



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

43

YIL: 11 - SAYI: 43 - TEMMUZ 2020

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR

Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayınlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "<https://yayin.taa.gov.tr>" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", 150-250 kelime arası "Özet" ve 5-8 kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stiline 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az, 12.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayımlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Derginin dijital versiyonuna "<https://yayin.taa.gov.tr>" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Bülent KENT
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BÖZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Prof. Dr. Kadir ARICI
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veyysel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN	1
Epistokrasinin Analizi ve Demokrasiye Katkıları <i>Analyses of Epistocracy and it's Contributions to Democracy</i>	
Av. Dr. Alptekin Burak BOYDAK	23
Anayasa Mahkemesinin Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Rücu İlişkisine Dair Kararının Değerlendirilmesi <i>Evaluation of the Decisions of the Constitutional Court Regarding Relation Between the Main Employer and Sub-Employer</i>	
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA.....	35
Uluslararası Suçlar–Devletlerin Bağışıklığı <i>International Crimes-State Immunities</i>	
İsmail Emrah PERDECİOĞLU.....	49
İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü <i>The Horizontal Effect of Human Rights and the Horizontal Effect of the Right to Property in the European Court of Human Rights Case Law</i>	
Dr. Murat ŞAŞI	79
Mülkiyet Hakkı Bağlamında Türk ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemelerinin Güncel Fiili Yol İçtihadı <i>Current Actual Road of the Turkish and French Dispute Courts in the Context of the Property Right</i>	
Av. Güzel ERYÜREK	97
Rusya Federasyonu Kanunlarında Haksız Rekabet <i>Unfair Competition in the Russian Federation Law</i>	
Rumeysa ERDOĞAN.....	115
Anonim Şirketlerde Ek Tasfiye <i>Additional Liquidation at Joint Stock Companies</i>	

Hasan Burak ÖNDİN	145
Terör Örgütü Üyeliği Suçunda Etkin Pişmanlık <i>Active Repentance in Terrorist Organization Membership</i>	
Fatih AKINCI	177
Lekelenmeme Hakkı <i>Right not to be Labelled as Criminal</i>	
Ömer BATUR	203
Vergi Uyuşmazlıklarında Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesi <i>The Institution of Giving up the Legal Remedy in Tax Disputes</i>	
Dr. Öğretim Üyesi Ahu KARAKURT EREN	219
Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu <i>The Crime of Production, Proliferation or Possession of Devices, Computer Programs, Passwords or Security Codes in Order to Commit Cybercrimes or other Criminal Offences in which Information Systems are Used as Tools</i>	
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ	247
Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki <i>Authority in Terms of Time in Tax Audit</i>	
Zeynel Abidin AKSAKAL	265
Beşinci Günden Önce Açılan Elektronik Tebligatın Tebliğ Tarihi <i>Date of Notification if the Electronic Notification is Opened before the Fifth Day</i>	
Dr. Doğan GEDİK	283
Akaryakıt Kaçakçılığıyla Mücadelede Teknik ve İdari Yöntem Olarak Ulusal Marker <i>National Marker as a Technical and Administrative Tool in Fighting Oil Smuggling</i>	

Dr. Öğretim Üyesi Can CANPOLAT315

Yabancıların İadesi: “Türkiye’den Yabancı Devlete İadenin Şartları
Yönünden Bir İnceleme”

*Extradition of Non-Citizens: “a Review of the Terms of Extradition from
Turkey to Foreign Countries”*

Özge ÖZSOY.....351

Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Avrupa
Birliği Markaları

*European Union Trademarks that are Contrary to Public Policy or to
Accepted Principles of Morality in Light of Case Laws*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

EPISTOKRASİNİN ANALİZİ VE DEMOKRASİYE KATKILARI

Analyses of Epistocracy and it's Contributions to Democracy

Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN*

Geliş Tarihi:24.04.2019 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Epistokrasi, seçmenin siyasi sistem içerisinde bilgi düzeyinin yüksek olmasına ve sorumlu davranmasına dayanır. Günümüz dünyasında, demokrasi en çağdaş ve en popüler yönetim biçimi olarak kabul görmektedir. Demokratik süreçlerin işleminde ana aktör olan halktır. Temel kamu politikaların belirlenmesi, halkın seçtiği parlamenterler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu noktada, halkın seçimlerde doğru tercihler yapmış olması temel politikaların başarısı için önemlidir. Bu nedenle epistokrasi seçmenin bilinç düzeyinin artmasını amaçlar. Seçmenin bilinç düzeyinin artması daha isabetli siyasi kararlara erişimi sağlayacaktır. Seçmenin kullandığı oyun sorumluluğunu taşıması gerekir. Diğer yandan, seçmen davranışlarının analizi epistokrasi çalışmalarında önemli bir etkidir. Epistokrasi, seçmenin rasyonel olmayan davranışları üzerinde durur ve bu davranışların doğru netice alınması için düzeltilmesine çabalar. Bu noktada epistokrasi, bilgili seçmen düşüncesi altında fazladan güç oluşturmak suretiyle parlamentolara katkı sağlayabilir. Epistokrasi seçimlerin önemini göstermek için seçmenlere eğitim verilmesine destek verir. Epistokrasi, seçmenlerde bazı nitelikler arayıp siyasi sistemde bazı ölçüler arayabilir. Epistokratik ölçülere pek çok eleştiri yöneltilmekle birlikte demokrasi dahi bünyesinde "seçmen olma yaşı" gibi bazı doğal epistokratik sınırlar barındırmaktadır. Sonuç olarak, makalede epistokratik sınırların demokrasi üzerindeki bazı etkileri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, Epistokrasi, Seçim, Bilgi, Parlamento.

ABSTRACT

Epistocracy bases on high level knowledge and responsible behavior of voter in political system. Democracy is accepted as most popular and most contemporary regime in our world. Public, is main actor in management of democratic process. Defining of main public politics occur via voted members of parliament. In this point, right choice of people is important for success of main politics. For this reason, Epistocracy aims to rise level of voters consciousness. Rising of voters consciousness provides to reach more appropriate political decisions. Voters should bear responsibility of their votes. On the other hand, analyses of voters' behaviors is important factor for conducting a research about Epistocracy. Epistocracy emphasizes on irrational behaviors of voters and endeavors to correct these behaviors for successful result. In this point, Epistocracy can contributed parliaments via creating extra force under the consideration of wise voter. Epistocracy supprt to give education to voters for demonstrating importance of elections. Epistocracy can seek some qualificaitons for voters and some criterias for political system. There are many critiques for epistocratic criterias, but democracy contains some natural epistocratic criterias just like "age of being voters." Finally, there are analyzes about some effects of epistocratic limits on democracy in this article.

Keywords: Democracy, Epistocracy, Election, Knowledge, Parliament.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: malizengin@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1263-5102.

GİRİŞ

Epistokrasi yani bilginin yönetimi olarak dile getirilen yaklaşım demokrasinin farklı açılardan ele alınabileceğini göstermektedir. Buna göre epistokrasi kavramı demokrasinin kapsamına dair bazı tartışmaları ortaya çıkartmaktadır. Seçmen çoğunluğunun tercihlerinin ne yöne doğru gerçekleştiği ve bu eğilimin ortaya çıkarttığı sonuçların başarı ya da başarısızlıkları ve bunun nedenleri üzerinde durulmaktadır. İşte epistokrasi seçmen tercihlerinin olumsuz sonuçlarını yine seçmenin kendisinde, yani yeterliliğinde aramaktadır. Bu yaklaşım aslında “profesyonel seçmen” arayışına yönelmekte ve bunu bir hekimin bilgisiyle mesleğini icra etmesi gibi düşünmektedir. Buna göre seçmen de toplumun tümünü etkileyecek olan tercihlerinde temel bir bilgi seviyesine sahip olmalıdır. Aksi durumda alınacak kararların sıhhati ve başarılı neticeler verebilmesi risk altına girebilecektir. Örneğin oy verme eğiliminin sezgisel ve anlık olduğu bir politik zeminde ortaya çıkan olumsuz durumdan bütün seçmenler etkilenecektir. Bu durumda da daha bilinçli seçmen kitleleri, oy verme bilincine sahip olmayan seçmenlerin ihmali yaklaşımlarına kurban gidebilmektedir. Bununla birlikte seçmenler arasında bilgi farklılıkları temelinde bir sınıflandırma yapabilmek oldukça güç bir durumdur. Zira seçmenlerin hangi konularda ve ne tür bir elemenden geçirileceği büyük bir belirsizliktir. Ancak seçmenlerin tercihlerini bilinçli ve siyasi gerçeklere uygun olarak kullanmaları da doğru neticelerin alınabilmesinde göz ardı edilemeyecek bir durumdur. Epistokrasi ile ortaya atılan düşünceler genel bir tartışma ortamı oluştursa da kaynaklar ve ileri sürülen öneriler bakımından aslında konu oldukça sınırlı bir alana sıkışmış durumdadır. Kanaatimizce konu oldukça güncel bir konu olup ilerleyen zamanlarda da tartışmaların devamı gelecek niteliktedir. Buna göre demokrasi ve kurumları, sabit ve belirli kalıplara oturtulmuş bir vaziyetten, sorgulanır bir hale dönüşmektedir. Bu noktada demokrasiyi ya da siyasi katılımı toplumun tümüne yaymak zaten hali hazırda mümkün değildir. Örneğin seçmen olmanın şartlarını taşımayan bireyler zaten siyasi katılımdan mahrum olacaklardır. Bu durum bile aslında başlı başına epistokratik bir yaklaşım örneği ortaya koymaktadır. Epistokrasi tartışmaları siyasi güç kullanımının belirlenmesinde daha profesyonel bir yaklaşım sergilenmesine dayanmaktadır. İlk bakışta epistokrasi seçkinci ya da elitist bir yaklaşım olarak görülebilir. Ancak bu değerlendirme son derece yüzeysel bir değerlendirme olacaktır. Bu nedenle konu pek çok açıdan ele alınıp olumlu ve olumsuz özellikleriyle birlikte düşünülmelidir. Ortaya konulan çalışma bu amaca hizmet etmektedir.

1. Epistokrasi Kavramı

Epistokrasi kavramı “episteme” şeklinde Yunanca bir kökene dayanmaktadır. Buna göre “episteme” bilgi anlamına gelmektedir. Bu durumda epistokrasi kısaca bilginlerin yönetimi ya da bilgi temelli yönetim şeklinde dile getirilebilir. Epistokratik yönetim biçimi zenginlerin yönetimine yani plütokrasiye

(plutocracy), mülk sahiplerinin yönetimine yani timokraziye (timocracy), dar bir zümrenin yönetimine yani oligarşiye (oligarchy), ruhbanların yönetimine yani teokraziye (theocracy) ve nihayet özünde halkın yönetimi olan demokrasiye bir alternatif oluşturmaktadır. Bununla birlikte epistokrasinin farklı versiyonları ve dereceleri bulunmaktadır. Burada ise epistokrasinin genel karakteri üzerinde durulmakta olup belirli başlı farklılıklara değinilmektedir. Epistokrazi kavramı, yeni türetilen bir kavram olmakla birlikte kavramın içeriğine duyulan ihtiyaç daha önceden dile getirilmiştir. Teknokrazi bir epistokrazi türü olarak değerlendirilse de ikisi aslında farklı kavramlardır. Bu noktada teknokrasinin toplumsal meşruluğu zayıf görülmekte ve uzak durulan bir kavram olarak karşılık bulmaktadır.¹

Diğer bir açıdan epistokrazi bilginin yönetimi anlamına gelmektedir. Buna göre iktidarı kullanma gücü, seçimlerde dahil olmak üzere, bireylerin yararına olarak taksim edilmektedir.² Epistokrazi demokrasi ilişkisi çok farklı açılardan farklılık gösterse de tipolojik olarak en belirli farklılık modern öncesi ve modern dönem şeklinde tezahür etmektedir. Toplumlardaki tüm sosyolojik farklılıklara ve değişime karşın dönüşüm temelde üç noktada gerçekleşmiş ya da gerçekleşecektir. Bunlar sırasıyla sanayi devrimi, demokratik devrim ve meritokratik devrim şeklindedir. İşte epistokrazi temelde bu sonuncu devrim yani bilgi ve liyakat devriminin kurumsallaşmış adıdır.³

Epistokrazi yaklaşımı, aslında felsefe tarihinin başlangıcına dayanmaktadır. Platon'un filozof kral yaklaşımı ya da Aristoteles'in bilgelerin yönetimini esas alan yaklaşımları, modern öncesi epistokrasinin iyi bilinen örneklerini oluşturmaktadır. Bu örnekler, o dönem için genel kabul görmüş ve demokrasinin yerini alacak yaklaşımlar olmamakla birlikte daha modern dönemlerde Roma Cumhuriyetinden, İtalyan şehir devletlerine kadar epistokratik uygulamaların olduğu bilinmektedir. Bugün ise Avrupa Birliğinde ortak politika ve kurumsal ayarlamalar bakımından bilgi ya da bilginler yönetiminin esas alındığı dile getirilmektedir.⁴

2. Epistokrazi ve Demokrasi Arasındaki İlişki

Bilindiği üzere demokrasi yaklaşımları doğrudan ve temsili demokrasi olarak sınıflandırılabilir. Buna göre seçmenler doğrudan demokraside kendi menfaatlerini doğrudan tayin edebilme hakkına sahiplerdir. Ancak yine menfaatleri gereği seçimden imtina da edebilirler.⁵ Oysa temsili demokraside

¹ HOLST, Cathrine, Epistocracy: Conceptual Clarifications, www.uio.no/english/research/interfaculty-research-areas/democracy/news-and-events/events/seminars/2011/papers-yale-2011/Yale-Holst.pdf (E.t.06.02.2019)

² LEMIEUX, Pierre, Power to the Knowers, Regulation Vol. 40, 2017, s.54.

³ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications, (E.t.06.02.2019)

⁴ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications, (E.t.06.02.2019)

⁵ SEROTA, Michael; LEIB Ethan J., The Political Morality of Voting in Direct Democracy, 97 Minnesota. Law Review, Vol.97, 2013, s. 1619-1620.

siyasi temsil, siyasetin moral değerleriyle sınırlıdır. Bunula birlikte temsili demokrasilerde salt politika uğruna da kararlar alınabilmektedir.⁶ Epistokrasi ve demokrasi ilişkisi ise günümüz demokratik toplumlarının analizinde kullanılmaktadır. Buna göre bu ilişki demokrasinin kalitesini ortaya çıkartacaktır. Bu noktada teknokrasi kavramı ile epistokrasi arasındaki farklılığın da sergilenmesinde fayda bulunmaktadır. Teknokrasi aslında epistokrasinin bir türü veya görünüm biçimidir. Zira teknokraside de dar bir kapsamda da olsa, bilgi temelli bir karar olma mekanizması söz konusudur. Burada da alınan kararlar halkın dışında yer alan, teknik bir uzmanlar kesimince alınmaktadır. Buna göre bu uzmanlar, hukukun kendilerine çizdiği sınırlar dahilinde teknik bir konuda karara varmaktadır. Teknokrasiye yönelik sert eleştiriler olmasına karşın epistokrasinin yeterli ve meşru bir zeminde kurumsallaştırılması halinde kabullenilebilecek bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.⁷ En azından biyo-etik gibi özel alanlarda politika belirlenmesine, makul ve bilinçli olan sınırlı bir seçmen grubunun katılması uygun görülmemekte olup aksi halde istenmeyen sonuçların ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Bu noktada biyo-etik konularında belirlenecek politikaların mümkün olduğunca demokratik ve katılımcı olmasının yanı sıra epistokratik yaklaşımların da uygulanmasının yararlı olabileceği düşünülmektedir.⁸ Bu noktada biyo-teknolojik gelişmeler sayesinde insanların bilgi tutma kapasitesinin genişletilmesi hedeflenmektedir. Bu epistokratik ilerleme sayesinde bireyler teorik, pratik ve moral değerlerle ilgili geniş bilgilere sahip olabilecektir.⁹

Epistokrasi kavramı, demokrasinin seçmeni güçlü kılma ve seçimin sonuçları bakımından daha etkin adımların atılmasını sağlama konusunda yeterli olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre demokrasi içerisinde daha güçlü bir yönetim formuna ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan sistemin önceliği, politik bilgi sahibi seçmen sayısını en üst seviyeye çıkartmaktır. Bugün epistokrasinin uygulandığı bir ülke bulunmamaktadır. Ancak geçmişte 1950'lere kadar geçen dönemde İngiltere'de üniversite mezunu seçmenlerin birden fazla oy hakkına sahip olmaları kısmi bir örnek olarak ele alınabilir. Ancak üniversite mezunu olmak politik değerlendirme yapabilecek yetkinlikte olduğu anlamına gelmemektedir. Öte yandan Atina şehir devletinde, doğrudan demokrasinin yanı sıra sadece politik tecrübe ve birikim sahibi olanların oy kullanabilmeleri epistokrasiye örnek gösterilmektedir.¹⁰

⁶ SEROTA, LEIB, 2013, s. 1604.

⁷ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications, (E.t.06.02.2019)

⁸ SCHIAVONE, Giuseppe; MAMELI, Matteo; BONIOLO, Giovanni, Epistocracy for Online Deliberative Bioethics, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Vol. 24, 2015, s.274, 275.

⁹ DANAHER, John, On the Need for Epistemic Enhancement: Democratic Legitimacy and the Enhancement Project, Law Innovation and Technology, Vol.5, 2013, s. 88.

¹⁰ BRENNAN, Jason, Epistocracy, www.vox.com/2018/7/23/17581394/against-democracy-book-Epistocracy-jason-brennan (E.t.26.01.2019)

Çoğu Amerikalı (ABD'li) için demokrasinin varlığı sonradan akla gelmiş bir fikir gibi gözükmemektedir. 18 yaşına erişen bireyler oy kullanabilir. Ebeveynler seçim günü oy vermeye giderken genç çocuklarını da yanlarında götürürler. Okullarda demokrasiye katılımın önemi öğretilir. Amerikalılar bir demokratik sisteme katılma arzusu içerisinde oldukları faraziyesine dayalı olarak yetiştirilirler. Ancak günümüzde Amerikalıların demokratik süreçlere duyarsızlaştığı söylenebilir. Bu durum aslında bir sürpriz değildir. 2012 Başkanlık seçimlerinde katılım oranı %50'nin altına inmiştir. Buna göre Amerikan normları demokrasiyi normalleştirmek zorundadır.¹¹ Demokrasi her ne kadar çoğunluğun yönetimi olarak karşımıza çıksa da burada herkesin dahil olduğu bir bütün içerisindeki çoğunluk kastedilmemektedir.¹² Özellikle katılım oranlarının çok düşük olduğu seçimlerde aslında seçmenlerin oldukça az bir kısmının çoğunluğunun iradesi tecelli etmektedir. Aslında Amerikalıların demokrasiye olan bakış açısı eskisi gibi değildir. Amerikalılar demokrasiye olan inançlarını kaybetmişlerdir. Özellikle genç seçmenler büyük bir hayal kırıklığı içerisinde. Demokrasi ciddi bir şekilde göz önüne alınmalıdır.¹³ Buna göre demokraside ortaya çıkan kırılma ve eksiklikler bilgi eliyle düzeltilenektir.¹⁴ Yine ABD'de 1948, 1952 ve 1956 Başkanlık seçimlerine yönelik yapılan araştırmalar seçmenlerin önemli bir bilgi eksikliğiyle tercihte bulduklarını göstermektedir. Buna göre seçmenin tamamına yakını yürütmenin karar alma süreci hakkında bilgi sahibi değildir. Yine seçmenlerin önemli bir bölümü toplumsal sorunlar hakkında partilerin hangi çözüm tekliflerini ileri sürdüklerini bilmemektedirler. Ayrıca yine bu seçmenler hükümetin icraatlarını akılcı bir şekilde muhakeme edebilecek durumda değildir.¹⁵ Bu durumda da demokrasinin problemlerinin epistokrazi ile giderilebileceğine yönelik inanç oldukça popüler hale gelmiştir. Epistokrazi kısaca, bilgi esaslı-temelli bir oy sistemidir. Demokraside herkesin genel oy hakkına sahip olmasının aksine, bir epistokraside, politik sistem bilgisini ispatlayanların oyları daha değerlidir. Bu görüşü savunanlara göre bilgisiz seçmenlerin oy verme sorunu bu yolla aşılabılır. Bilgili seçmenler, tercihlerine dair daha iyi kararlar alabilirler. Böylece bir demokraside politik bilgi eksikliğine dayalı sorunlar ortadan kalkmış olacaktır. ¹⁶ Öte yandan bilgili seçmene üstünlük sağlamanın bir diğer gerekçesi de bilgisiz seçmenin politik tercihleri neticesinde toplumun diğer kesimlerine zarar verecek olma riskini ortadan kaldırmak olarak görülmektedir.¹⁷ Epistokrazi de temel soru

¹¹ Epistocracy, www.pensivepost.com/egalitarianism-or-Epistocracy-81f7949d524a (E.t.26.01.2019)

¹² LEMIEUX, 2017, s.54.

¹³ Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

¹⁴ LEMIEUX, 2017, s.54.

¹⁵ CAMPBELL, Angus, et al., *The American Voter*, Hoboken, 1960, 539 vd.

¹⁶ Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

¹⁷ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273.

sıradan vatandaşın politik bilgisinin ne kadar olduğu üzerinedir. Birleşik Devletler gibi büyük demokrasilerde sıradan seçmenin seçimler hakkında bilgi edinme çabası bulunmamaktadır. Epistokrasi, demokrasinin sonu olmayıp sadece demokrasinin biraz daraltılmasıdır.¹⁸ Ayrıca epistokraside belirlenecek politikaların refaha ve insancıl amaçlara ulaşmada daha iyi neticeler vereceği düşünülmektedir.¹⁹ Epistokrasi kimin seçmen olabileceği konusunda sosyo-ekonomik bir önyargıya dayanmaktadır. Buna göre büyük partiler, seçimler oy kaybına uğrayacak olup bu seçmenlerin düşük gelir grubundan olacağı ortaya konulmaktadır. Bu noktada eğitim durumu ya da gelir seviyesi seçmenlik için önkoşul olacaktır.²⁰ Bununla birlikte daha eğitilmiş seçmenlerin oy kullanmasının daha iyi sonuçlar vereceğinin bir garantisi bulunmamaktadır. Zira politik açıdan bakıldığında bazı politikacılar ile bazı bireyler arasında politik görüş ayrılıkları bulunabilir. Her ne kadar bu insanların politik yaklaşımlarından rahatsızlık duysanız da onlar geniş bir politik bilgi birikimine sahip olabilirler. Ancak sadece politik bilgi birikimine sahip olmak, başlı başına oy hakkını bu insanlara bahsetmez. Çünkü çoğu insan aynı politik bilgi seviyesine sahip olmasına karşın tecrübe ve alt yapı farklılığı nedeniyle konuları farklı biçimlerde yorumlayabilmektedir.²¹ Seçmenler bakımından yeterli bilgi birikiminin olmaması, alınan kararların makul moral değerlere dayandırılmasına mâni olabilmektedir. En basitinden bir jüri tesisinde dahi, üyelerin karar alabilecek kapasitede olmamaları durumunda alınan kararlar makul moral değerlere dayanmayacak ve neticede alınan karar yanlış ya da zarar verici nitelikte olacaktır. Buna göre ehil olmayan seçmenler eliyle yapılacak seçimlerde yaşama, özgürlük ya da mülk hakkı gibi temel haklara sahip diğer vatandaşların bu haklarından mahrum edilmeleri adaletsizlik olacaktır.²² Buna karşın, her ne kadar demokrasi içerisinde bazı sorunlar olsa da demokratik kurumların tamamen terki büyük sorunlara yol açacaktır. Bunun yerine toplumdaki bireylerin daha makul kararlar almalarını sağlayıcı etkenler üzerine tekrar yoğunlaşmak gerekecektir. Buna göre hemen bir çözüm yolu olarak görülmesi de tüm bireyler açısından eğitim kalitesinin yükseltilmesi hedeflenmelidir. Zira bundan daha iyi bir çözüm henüz mevcut değildir.²³

3. Epistokrasinin Oy Vermenin Genelliği ve Seçimlerin Serbestliğine Etkileri

Demokraside oy vermenin genelliği ilkesi, oy vermede “yetkin olma” ilkesini ihlal etmektedir. Buna karşın epistokraside ise tam tersi, oyların

¹⁸ Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

¹⁹ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273.

²⁰ Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

²¹ Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

²² SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273.

²³ Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

genelliği ihlal edilmektedir. Bu noktada demokrasideki ihlalinin daha ağır bir ihlal olduğu, zira genel oy ilkesinde dahi oy vermenin yaş sınırının bulunduğu, bu sınırlamanın da aslında epistokrasinin *zayıf bir görünümü* olduğu dile getirilmektedir.²⁴ Yine demokrasilerde seçmen tercihlerini etkileyen farklı etkenler bulunmaktadır. Buna göre aile bağlarından tutun rastgele kullanılan oylara kadar çeşitli açılardan oy verme davranışları sergilenmektedir. Yine seçmenlerin politikacıların geçmiş icraatlarını da göz ardı etmedikleri görülmektedir. Buna göre seçmenin ekonomik vaziyeti politikaya yönelimlerini etkilemektedir.²⁵ Hatta doğal afetler dahi politikacılara oy kaybettirebilmektedir. Örneğin 2000 yılında Amerikan başkanlık seçimlerinde doğal afetler nedeniyle başkan adayı Al Gore'un 2,8 milyon civarında bir oy kaybettiği dile getirilmektedir.²⁶ Netice itibarıyla seçmen davranışları titiz bir analizden, gerekli politik bilgiden ve faydalı politik ideolojiden yoksun bir vaziyettir.²⁷ Seçimlerde oy verme işleminin ciddiye alınmaması, ihmal edilmesi gibi durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu sorunlu bulgunun demokrasinin yararına olacak şekilde giderilmesi gerekmektedir. Bu noktada seçimlerin, seçmenler üzerinde üç farklı etki doğurduğu düşünülebilir. Buna göre seçimler, seçmenin ne istediğini, anonim de olsa, kim olduğunu ortaya çıkartan ve seçmenin politik bilgilerini ölçen bir sınav mahiyetindedir. Aslında epistokraside amaç bazı seçmenlerin dışlanması olmayıp ne istediğini bilen seçmenler hakkında, bu istemi doğru olarak belirleyebilmektir.²⁸ Buna karşın demokrasinin iki çekirdek özelliği bulunmakta olup bunlardan ilki, insanların yaşamını etkileyecek kararların yine bundan etkilenecek insanlar tarafından alınması, diğeri ise bireylerin serbest ve eşit olmasının bu kolektif özelliğin gereği olarak görülmesidir.²⁹ Ayrıca demokratik katılım, seçmenin kognitif (bilişsel) performansını geliştirebileceği gibi seçmeni yetkin kılabilir.³⁰ Bununla birlikte hangi seçmenin, hangi özelliklere göre "yetkin" olacağını belirlenmesi tartışmalara neden olmaktadır. Bu noktada makul olarak belirlenecek bireyler arasında da yetkinliğin ölçülebilmesi mümkün gözükmemektedir.³¹

Öte yandan epistokraside seçmen üç türe ayrılmaktadır. İlk grup politikadan tamamen kopuk ve ilgisiz kesim (hobbit), ikinci kesim holiganlık boyutunda olan ve ne olursa olsun kendi partisinin kazanmasını arzulayan seçmen (holigan), son olarak da duygularından ziyade akılcı bir yaklaşımla hareket eden ve bilgi

²⁴ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273.

²⁵ PETTYS Todd E., Partisanship, Social Identity, and American Government: Reality and Reflections, Lewis & Clark Law Review, Vol.22, 2018, s. 313.

²⁶ ACHEN, Christopher H, BARTELS, Larry M., Democracy For Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government, Princeton University Press, Princeton, 2016, s.135.

²⁷ PETTYS, 2018, s. 315.

²⁸ BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

²⁹ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.276.

³⁰ ELLIOTT, Kevin J. Against Democracy, Contemporary Political Theory, Vol.17, 2018, s.94–97.

³¹ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273

ve bulgular doğrultusunda oyunu, hak ettiğini düşündüğü partiye veren bilge (vulcan) seçmendir. Buna göre son grupta yer alan bilinçli seçmenin sayısı çok az olmakla birlikte holigan tipi seçmenin sayısı çoğunluktadır.³² Bu konuda bazı düşüncelere göre seçmenler hobbitlikten bilge seçmenliğe geçmelidir. Bazılarına göre ise bu dönüşüm hobbitlikten holiganlığa doğru olmalıdır. Buna göre seçmenlerin çoğu ya hobbit ya da holigan olmakla birlikte çoğu hobbitlikten holiganlığa geçme eğilimindedir.³³

4. Epistokrasinin Türleri

Epistokrasi kurumsal ya da biçimsel varlığının yanı sıra sosyal ve kültürel alanda da bir varlığa sahiptir. Kültürel epistokraside toplum, bilgi ve bilginleri önemser ve alınan kararlarda bilginin ve bilginlerin önemli rol oynamasını meşru görür. Bu toplumda, bilgi organize edilmiştir ve toplumsal bir değer taşır. Burada bilginin türü sadece akademik derece ya da kariyere göre edinilen bilgi olmayıp moral değerlere dayalı bilgi, uzmanlık bilgisi ya da teknokratik bilgi olabilir.³⁴ Bu yönde atılacak adımlardan biri olarak seçmenlerin “Wikipedia” benzeri dijital bilgi kaynakları aracılığıyla bilgilendirilmesi ve temel düzeyde, bilgiyi ölçücü testlere tabi olabileceği ileri sürülmektedir.³⁵ Anayasal epistokraside ise anayasa üç ana esas üzerinde değerlendirilmektedir. Buna göre anayasanın düzenleyici normları, hesap verebilirlik üzerine normlar ve devlet, devlet-dışı kurumlara dair normlar dikkate alınmaktadır. Epistokrasinin anayasal formu az ya da çok epistokratik bir karakter taşıyabilir. Bunlardan radikal olan modele göre sivil ve politik haklara sadece bilginler sahip olabilmektedir. Daha makul olan bir diğer forma göre tüm bireyler sivil ve politik haklara sahip olmakla birlikte uzmanlık konusunda özellikle de yargısal denetim bakımından anayasada epistokratik düzenlemeler yer almaktadır. Yine epistokraside devlet sınırlı bir fonksiyona sahip olmalıdır. Karar alma süreçleri bakımından iki farklı usul izlenebilmektedir. Buna göre parlamenterlerin ortalamasının üstünde bir eğitim seviyesine sahip olmaları istenebilecektir. Diğer yandan bunun yerine parlamentoda ve siyasi partilerde uzmanlık yapan personelin önemi ve etkinliğini artırma yoluna gidilebilir. Bu ayrıcalığa sahip olacak uzman ya da bilginler grubunun nasıl bir ayrıcalığa sahip olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu noktada AB de uygulanan sistem örnek olarak ele alınabilir. Buna göre AB komisyonlarında binlerce uzman farklı alanlarda politik arenada çalışma yürütmektedir. Yine AB üyesi çoğu devlette “bulgu temelli” (evidence-based) politika belirleme programı kapsamında çalışan, bilgi üreticisi kurumlar bulunmaktadır. Bununla birlikte AB de politik kararlar sonrasında yapılan yargı denetiminde dahi bazı belirsizlikler ortaya çıkabilmektedir. Bu belirsizliklerin

³² ELLIOTT, 2018, s.94–97.

³³ BRENNAN, Jason, *Against Democracy*, Princeton University Press, 2016, s. 6.

³⁴ HOLST, *Epistocracy: Conceptual Clarifications* (E.t.06.02.2019)

³⁵ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.278.

giderilmesinde de uzmanlığa ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, cinsiyet eşitliği ya da eşit ücret konularında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin rolü önemsenmektedir. Buna göre Mahkeme, Roma Anlaşmasının 119. maddesinde de belirtildiği üzere eşit işe eşit ücreti öngörmektedir. Ancak burada eşit değerde işin ne olacağı belirsizdir ve belirlenmeye ihtiyacı vardır. Bu nedenle özellikle politik kararların alınmasında da uzmanlığa ihtiyaç duyulacaktır.³⁶ Öte yandan, politik kararların alınmasında olgular, teknik sorunlar yanı sıra etik ve moral değerler de göz önüne alınabilmektedir. Bu bakımdan karar alıcıların bu faktörlere dair ilave bilgilere sahip olmaları arzu edilebilir. Örneğin kadın erkek eşitliği bakımından karar alıcılar arasında doğrudan konunun uzmanlarının olması, uzmanların tavsiye ve görüşlerine başvurmadan daha verimli ve etkili neticeler doğurabilmektedir. Bu durumun örneği Birleşmiş Milletler (BM) ve AB karar alma mekanizmalarında görülebilmektedir.³⁷ Bu noktada bilindiği üzere politik kararlar az ya da çok toplumun tümü ya da belirli kesimlerine yönelik değişiklikler meydana getirmektedir.³⁸ Bu konuda özellikle biyo-etik alanında alınacak kararlar bakımından epistokratik sınırların, katılımcı demokrasi ile uyumlu olacağı dile getirilmektedir.³⁹

Epistokrasinin farklı uygulanış biçimleri vardır. Bunların sayısını arttırmakla birlikte bazılarını açıklamak yerinde olacaktır;⁴⁰

Eşit Oy Hakkının Sınırlandırılması: Bu yöntemde kurumlar temsili demokrasideki ile aynıdır. Fakat herkesin oy verme hakkı bulunmamakta, bu hak sadece bilgili ve oy vermeye ehil olanlara tanınmaktadır.

Çoklu Oy Hakkı: Demokrasilerde her seçmenin tek oy hakkı bulunmaktadır. Buna karşın seçmenlerin hepsi rasyonel ve bilinçli oy kullanabilecek yeterli eğitim ve beceriye sahip olamayabilir. İşte bu durumda isabetli tercihlerde bulunabilecek yeterli beceri ve ehliyete sahip olan seçmenlerin birden fazla oy hakkına sahip olmaları ileri sürülmektedir.

Oy Verme Hakkı Çekilişi: Bu yaklaşımda tüm vatandaşlar seçme hakkına sahip olmayıp seçim öncesinde vatandaşlar arasında bir rastgele bir çekiliş yapılmaktadır. Bu çekiliş sonrasında belirlenen bireyler ön-seçmen olarak seçimler konusunda eğitime alınırlar. Bu sayede oy verme konusunda hazır hale gele seçmenler oy verme işlemine katılırlar.

Epistokratik Veto: Demokraside tüm kanunlar demokratik kurumların sürecinden geçerler. Sınırlı bir üye profilinden oluşan epistokratik kurumlar ise işleyen bu sürece kanunların veto edilmesi hakkını ellerinde bulundurarak dahil olurlar.

³⁶ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications, (E.t.06.02.2019)

³⁷ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications (E.t.06.02.2019)

³⁸ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications, (E.t.06.02.2019)

³⁹ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.272.

⁴⁰ BRENNAN, 2016, s.15.

Ağırlıklı Oy: Bu yaklaşımda tüm seçmenler oy hakkına sahip olmakla birlikte oylarının değeri sahip oldukları temel politik bilgilere göre belirlenmektedir.

Bu epistokratik yöntemler örnek olarak sayılmakta olup bunlar daha fazla çeşitlendirilebilir. Bu noktada senato ve temsilciler meclisi şeklinde çift meclis uygulaması ya da nitelikli seçmenlerin seçileceği iki türlü bir seçim modeli de bünyesinde epistokratik uygulamaları barındıran yaklaşımlardır.

5. Epistokrasinin Değeri ve Demokratik Sisteme Katkıları

Epistokrasinin önemli kazanımlarından birisi ehil bir yönetime sahip olmayı bireyler açısından bir hak olarak görmesidir. Buna göre demokrasilerde seçmenler bu hakka farazi olarak sahip olmaktadır. Öte yandan ehil bir yönetimin belirleyicisi yine seçmen davranışlarında aranmaktadır. Bu noktada seçmen ihmali, irrasyonel, noksan veya etik dışı tercihlerde bulunabilmektedir. Demokrasinin bu dezavantajı karşısında epistokrasi politik yetkiyi, ehliyet ya da bilgi temelinde dağıtmaktadır.⁴¹ Günümüzde demokrasinin üç söylemi bulunmaktadır ki bunlar; değer, meşruluk ve özellikle adaletin sağlanması için gerekliliktir. Demokrasiye yönelik bu “üstüncü” yaklaşımın ne oranda gerçeği yansıttığı ise tartışmalıdır. BRENANA’a göre demokrasi için söylenen üstün özelliklerden ikisi gerçeği yansıtmamaktadır. Buna göre demokrasinin bir kıymet, bir değer olduğu söylemi yanıltıcıdır. Zira demokratik katılım, seçmenlerin çoğu bakımından fazla bir öneme sahip değildir. Ayrıca demokratik katılım gerçekleşse bile netice olarak bu, seçmeni çürüten ve yozlaştıran bir süreç haline gelmiştir. Seçmenler, diğer seçmenleri sivil düşman olarak nefret duygularıyla algılamaktadır. Yine seçme hakkı, ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü ya da örgütlenme özgürlüğü gibi diğer sivil özgürlüklerden farklı bir konumdadır. Buna göre seçme hakkı kendisinde “sınırlı” bir politik yetki barındırır. Seçme hakkı doğrudan idareye ya da yönetime dair bir hak olmayıp sadece bir tercih ya da onaydan ibarettir.⁴² ⁴³Bu noktada, evrensel bir genel ve eşit oy hakkı anlayışının, moral olarak bazı çıkmazları olduğu dile getirilmektedir. Zira BRENNAN’a göre bilinçsiz, ihmalkâr ve irrasyonel şekilde oy kullanan seçmenler, oy verme işlemini diğer seçmenler üzerinde bir baskı aracı haline getirebilmektedirler.⁴⁴ Yıllar boyunca politika bilimcilerin yaptıkları araştırmalar, seçmenlerin bilinç düzeyini ve oy tercihlerini etkileyen etkenler üzerine yoğunlaşmıştır. Bu çalışmalardan

⁴¹ ELLIOTT, 2018, s.94–97.

⁴² BRENNAN, 2016, s.7.

⁴³ “Seçme ve seçilme hakkı, kişiye devlet yönetiminde yer alacak kimseleri seçebilme imkânı ile birlikte, kişinin kendisinin devlet yönetimine seçilebilmesini mümkün kılan, böylelikle kişinin devlet yönetimine iştirakini sağlayan, siyasal nitelikteki iki ayrı hakkı ifade etmektedir.” GÜVEYİ, Ümit, Türkiye’de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü, TBB Dergisi, 2018/137, s.38.

⁴⁴ BRENNAN, 2016, s.7.

çıkartılabilecek sonuçları kısaca özetlemek gerekirse, seçmen tercihlerinde, dini eğilimlerden kişisel bakış açılarına kadar çeşitli etkenler olduğu görülebilir. Kimi seçmen yıllarca aynı ideolojiyi takip ederken kimi seçmende sürekli karar değiştirmektedir.⁴⁵ Kimi seçmen her konuya aynı yaklaşımla yaklaşırken bazıları her konuda farklı yaklaşımlar sergileyebilmektedir. Yine kimi seçmenler, tercihlerini sağlam gerekçelere dayandırırken kimileri tercihlerini sadece medyaya göre belirlemektedir. Bazı seçmenler ise görüşlerini hiç temellendirememekte ya da politika hakkında hiçbir bilgiye sahip bulunmamaktadır. Ayrıca seçmenler kendileri gibi tercihte bulunmayanlar hakkında onların akılsız olduklarından tutun, melun olabileceklerine kadar farklı düşüncelere sahip olabileceklerdir. Yine seçmenler, seçim sürecinde farklı statülere bürünebilmektedirler. Buna göre katılımın seçmenlik seviyesinden başlayıp, gönüllülük, kampanya yürütücüsü ve bağışçı olmak üzere farklı seviyeleri bulunmaktadır. Buna karşın bazı seçmenler, seçime hiç katılmamakla birlikte siyasi hakları ortadan kaldırılsa bile bunu umursamayacak bir vaziyettedirler.⁴⁶ Bu noktada seçim vergisi gibi epistokratik bir uygulama, getirilmesinin kalabalığı takip ederek bir eğlence niyetiyle seçime katılacak bireylerin katılım oranını düşürecek bir mekanizma olarak değerlendirilmektedir.⁴⁷ Zira seçim vergisi ödemek istemeyen seçmenler isimlerini seçmen listelerine yazdırmaktan kaçınacaklardır. Ancak bu yöntemin sadece bu seçmen profiline yönelik zararı olmayıp bilinçli seçmen üzerinde de bir baskı oluşturacağı dile getirilebilir. Öte yandan liberal demokrasiye dayalı yönetim modelinin monarşi, diktatörlük, tek parti sistemi ya da oligarşik yönetim sistemleri karşısında yaşanabilecek en iyi yönetim biçimi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bununla birlikte demokrasi halen ideal ya da en tatmin edici yönetim biçimi olarak görülmediği gibi geliştirilmeye de muhtaçtır. Bu noktada demokrasi dışında daha iyi bir yönetim alternatifi bulunsa dahi demokrasiden vazgeçilemeyeceği anlayışı tutucu, dogmatik bir anlayıştır. Liberal demokraside bireyin hakları, toplumun ortak yararı karşısında olumlu sonuçlar doğuracak dahi olsa feda edilemezler. Bu yaklaşıma göre bireyler sadece kendi kendilerine zarar verecek oldukları sürece en kötü kararları alma konusunda da serbest olmalıydılar. Bu nedenle özgürlük, temel bir politik değer olarak görülmektedir.⁴⁸ Buna göre sorun seçmende değil devlet aygıtının büyüklüğündedir. Buna göre devletin hacminin minimuma indirilmesi sayesinde özellikle temsili demokrasi kaynaklı olumsuzluklar sınırlanmış olacak ve cumhuriyet mantığı temelinde bir yetki paylaşımı olacaktır.⁴⁹ Ancak bir

⁴⁵ BRENNAN, 2016, s.3-4.

⁴⁶ BRENNAN, 2016, s.4.

⁴⁷ LEMIEUX, 2017, s.54.

⁴⁸ BRENNAN, 2016, s.8.

⁴⁹ LEMIEUX, 2017, s.54.

bireyin aşırı yemek yemesi, spor yapmaması ve müsrif olması halinde kalp krizi riskinin artıyor olması, kendi kendisine zarar verdiği için bu bireyin kendi hayatını, kendi uygun gördüğü şekilde yaşama hakkı vardır. Bu bakımdan bu bireyi durdurma hakkı söz konusu değildir. Tıpkı bu bireyin kötü, rasyonel olmayan ve düşüncesizce alınan kararları gibi demokraside de bu gibi kararlar alınabilmektedir.⁵⁰ Ancak seçmenin bireysel özgürlük temelinde sahip olduğu bu serbesti sonuç olarak toplumun geneli için alınan kararları ortaya çıkarmaktadır. Yani bu bireysel özgürlük karşısında toplumu geleceğinin tayini gibi bir sorumluluğa barındırmaktadır. Bu noktada da seçmenin, toplumun geneline dair taşıdığı sorumluluğu taşıyabileceği bir bilgi düzeyine sahip olması gerekmektedir. Tıpkı bir hekimin tıbbi uygulama yapmadan evvel bilgisini ortaya koyması gibi seçmenlerinde en azından oy verme işlemi öncesi analitik düşünce yeterliliğine dair temel bir bilgiye sahip olması gerekir.⁵¹ Buna göre seçimler bir bireye eş tutulamaz. Yani seçmenlerin çoğunluğunun, rasyonel olmayan kötü tercihlerde bulunmaları karşısında, bundan sadece kendileri etkilenmemektedirler. Politik kararlar kişisel olmayıp tüm toplumu etkileyecek kararlardır. Buna göre seçmenin çoğunluğunun, akılcı olmayan kötü bir karar alması halinde sadece kendileri değil diğer seçmenlerde zarar görme riski altında olacaktırlar. Bu noktada demokrasilerde alınacak kötü kararların neden diğer seçmenlere empoze edilmesinin meşru görülüp görülmeyeceği üzerinde düşünülmesi gerekir.⁵² Demokrasinin değeri konusunda ise farklı örnekler sergilenmekte ve buradan hareketle “araçsal” değerle arasında bir ilişki kurulmaktadır.⁵³ Buna göre çekicin değeri kullanımına bağlı olarak araçsaldır. Bir resmin değeri ise kişilerde uyandırdığı hislere bağlı olarak sembolik değerdedir. Bir insanın değeri ise onura dayalı, özgün ve içsel bir anlam taşır. Buna göre demokrasinin de çekiç örneğinde olduğu gibi ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından araçsal bir değere sahip olduğu ileri sürülmektedir. Buna karşın demokrasiyi sembolik ya da içsel bir değer olarak gören düşünürler de bulunabilir.^{54 55} Araçsal yaklaşımda iyi, doğru ve kabullenilebilir kararlar sonuçlarına göre belirlenir. Buna karşın prosedürel

⁵⁰ BRENNAN, 2016, s.9.

⁵¹ LEMIEUX, 2017, s.54.

⁵² BRENNAN, 2016, s.9.

⁵³ VALERIE, Soon, Review of "Against Democracy", Essays in Philosophy, Vol. 19: Iss. 1, 2018, s.3.

⁵⁴ BRENNAN, 2016, s.12-13.

⁵⁵ Aksi durumda demokrasi farklı bir anlam taşımaktadır. Buna göre demokrasi “sadece insanın insanla değil, insanın toplum ve devletle olan ilişkisini, diğer siyasi sistemlere göre en fazla koruyan ve teminat altına alan bir rejim olmasıdır. Diğer bir ifadeyle demokrasinin ayırdedici özelliği, bütün kurum ve kurallarının, bireyi, birey hak ve özgürlüklerini tanımlayışında yatmaktadır.” URAL, Şafak, Demokrasi Kavramı, Toplumsal Değerler ve Birey, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 40/1 Aralık, 1999, s 452.

yaklaşımında ise iyi ve kabullenilebilir bir karar, içsel (intrinsic) olarak fark edilir. Buna göre demokratik yollarla alınan kararlar meşru iken monarşik olarak alınan kararlar kötüdür. Görüldüğü üzere prosedürel yaklaşımda kararın alınış yöntemi, usulü önemli iken araçsal yaklaşımda bizzat kararın kendisi, içeriği ve neticeleri önemsenmektedir. Öte yandan saf prosedürel yaklaşım bazı eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Örneğin yağma eylemini suç olmaktan çıkaran bir karar tamamen prosedürel koşullara uygun olarak alınmış olsa bu karar doğru ve meşru mu kabul edilecektir?⁵⁶ Yine araçsal yaklaşımda bazı açılardan eleştirilmektedir. Bu yaklaşıma göre doğru ve meşru bir sonuç neyi gerektiriyorsa bu yönde hareket edilmelidir. Bu durumda doğru ve meşru bir sonuç bir monark atanmasını gerektiriyorsa bu yapılmalı ya da siyahi kadınların ancak 24 yaşından sonra kamu görevinde çalıştırılmalarına izin verilecek olması doğru ve meşru bir sonuç ise bu yapılmalıdır. Görüldüğü üzere salt araçsal bir yaklaşımında başlı başına sorun üreteceği ortadadır. Bu nedenle bu iki yaklaşım arasında bir sentez yapılması daha yararlı olacaktır. Örneğin demokrasi, prosedürel bakışa göre sadece demokrasi olduğu için değil amaca ulaşmaya yani doğru karar almaya en yakın sistem olduğu ve monarşi ya da anarşi olmadığı için tercih edilmelidir.⁵⁷ Demokrasinin epistemik araçsallığı ise, bu aracın bizatihi güvenilirliğine ve adaleti takip etme kapasitesine dayalı olarak savunulmaktadır.⁵⁸ Bununla birlikte seçmendeki epistokratik genişleme öncelikle demokratik kararların araçsal meşruluğu yaklaşımına katkı sağlayacaktır. Buna göre daha çok bilgi sahibi olan seçmen duygusal sapmalardan uzak ve daha gerçekçi tercihlerde bulunabilecektir. Bilgi bakımından daha donanımlı seçmen daha bağımsız hale gelecek diğer bireylerin görüşlerine bağımlılıktan kurtulacaktır.⁵⁹ Ancak demokrasinin araçsal meşruluğunun bu duruma gelmesi toplumun belirli bir sosyo-ekonomik seviyeye gelmesine bağlı görülmektedir.⁶⁰ Yine epistokratik yöntemlerin demokrasi içerisinde kullanımı, olumlu sonuçlar verebilir. Örneğin seçmenlere yönelik geniş katılımcı çalıştayların düzenlenmesi bunlardan bir tanesidir. Böyle bir uygulama az maliyetli ve kapsayıcı bir şekilde gerçekleştirilebilir. Yine böyle bir uygulama seçmene bilgi birikimi bakımından bir fırsat sunacak ve seçmeni bilgi sahibi olmaya teşvik edecektir.⁶¹ Bu yolla bilinçli seçmen ait olduğu toplumun yararına alınacak kararlarda daha etkin olabilecektir.⁶²

⁵⁶ BRENNAN, 2016, s.12-13.

⁵⁷ BRENNAN, 2016, s.13-14.

⁵⁸ SESHAGIRI, 2010, s. 562.

⁵⁹ DANAHER, 2013, s. 99-100.

⁶⁰ SESHAGIRI, Lee, Democratic Disobedience: Reconceiving Self-Determination and Secession at International Law, Harvard International Law Journal, Vol.51, 2010, s. 561.

⁶¹ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.279.

⁶² SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.279.

Aslında epistokratik yaklaşımların temelini Platon'a kadar dayandırmak mümkündür. Platon yüzyıllar öncesinde demokratik seçimler neticesinde alınacak irrasyonel ve kötü kararlar karşısında endişeye kapılmıştır. Ona göre en ideal yönetim asil ve bilge bir filozof kral tarafından yönetilmektir. Bu yaklaşımlar karşısında Platon epistokrat olarak nitelendirilebilir. Epistokrasinin buradaki anlamı ise bilginin yönetimidir ve politik güç, bilgi ve ehliyete dayalı olarak dağıtılır. Aristo ise en ideal yönetimin, filozof kralın yönetimi olduğunu ancak böyle bir krala asla sahip olunamayacağını dile getirmektedir. Gerçek dünyada yönetim, tek bir kişinin üstlenebileceği bir iş değildir. Dahası epistokrasi filozof krala umut bağlayacak bir yaklaşım değildir.⁶³ Epistokraside daha bilgili vatandaş, az bilgili vatandaştan daha fazla politik güce sahip olacaktır. Aslında bu temel düşünce farklı şekillerde de karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin bir masa etrafında oturanlar arasında, karar alma bakımından daha yetkin olanlar belirleyici rol üstlenirler.⁶⁴ Epistokrasinin demokrasi karşısında üstünlüğü konusunda sağlam bir dayanak sunulamamaktadır. Buna göre epistokrasi faraziyeler üzerinden savunulmakta olup reel olarak somut bir uygulaması bulunmamaktadır.⁶⁵ Aslında epistokrasinin bazı uygulamaları mevcut demokrasilerde bulunmaktadır.⁶⁶ En azından seçilenler bakımından bu uygulamalar dile getirilebilir. Örneğin devlet başkanı seçimlerinde adayların yüksek öğrenim görmeleri şartı bu kapsamda değerlendirilebilir. Yine seçmenlik yaşı da epistokrasinin basit bir halini ortaya koymaktadır. Öte yandan epistokrasinin savunulduğu üç temel dayanak noktası bulunmaktadır. Buna göre epistokraside politik sorulara, en azından bazılarına, doğru cevaplar verilmektedir. Yine epistokraside bazı vatandaşlar hakikatin belirlenmesinde diğerlerine göre daha çok bilgi sahibidirler. Bu nedenle epistokraside hakikate ulaşılma durumu daha elverişlidir. Son olarak eğer bazı vatandaşlar oy verme sorumluluğunu taşıyamıyor yani bu konuda irrasyonel ve ihmalkâr davranıyorlarsa bu durumda onların diğer vatandaşlar üzerinde politik yetki kullanması engellenebilir ya da sınırlanabilir. Zira masum bireylerin ehliyetsiz bireylerin zararlarından korunmaları gerekmektedir.⁶⁷ Bu noktada oy vermeye gitmeyen seçmenin, oyunu ihmalkâr bir şekilde kullanan seçmenden daha iyi olduğu ifade edilmektedir.⁶⁸

Politik yetkide eşitsizlik adaletsizliğin bir belirteci olarak görülmektedir. Tarihsel süreç içerisinde de politik yetkinin tesisinde çoğu zaman

⁶³ BRENNAN, 2016, s.14.

⁶⁴ VALERIE, 2018, s.4.

⁶⁵ BRENNAN, 2016, s.16.

⁶⁶ Örneğin epistokratik bir eğilim taşıdığını düşündüğümüz çift meclis uygulaması ile yasa enflasyonunun önleneceği ve yasa kalitesinin artacağı düşünülmektedir. DOĞAN, Oğuz Kaan, Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi TBB Dergisi 2011/94, s.390.

⁶⁷ BRENNAN, 2016, s.16-17.

⁶⁸ LEMIEUX, 2017, s.54.

adaletsizlikler yaşanmış ve demokratik süreçler bunu önlemeye yönünde bir rota belirlemiştir. Bu noktada geçmişte politik yetkiye sahip olma bakımından ortaya çıkan eşitsizlikler etnisite, inanç farklılığı, servet esaslı ya da soyluluk gibi kötü gerekçelere dayanmaktaydı. Buna karşın bazen politik yetki konusunda iyi ya da haklı sebepler mevcut ise bu yetkiden daha az pay sahibi edilme gibi durumların olabileceği ileri sürülmektedir. Burada söz konusu olan eşitsizlik ırk, din ya da asalet gibi bir gerekçeyle üretilmemektedir. Buna göre sürücü olma hakkının sınırlandırılması, doğrudan adaletsizlik olarak algılanmamaktadır. Zira araba sürmeye ehliyeti olmayan bireylerin dışlanması haklı bir nedene dayanmakta ve diğer bireylerin bundan zarar görmeleri engellenmeye çalışılmaktadır. Aynen bunun gibi politik katılım bakımından ehliyetsiz olanların engellenmesi de haklı bir nedene dayanmaktadır. Zira masum bireylerin, politik yetkinlik bakımından, ehil olmayan bireylerin oluşturacağı yüksek risk karşısında korunmayı isteme hakları bulunmaktadır.⁶⁹ Epistokrasinin hukuk kurallarının anlaşılıp kabullenilmesinde de etkisi bulunmaktadır. Örneğin okul kaydı konusunda bireylerin çocuklarını en yakın okula kaydettirmelerini buyuran bir kuralın teknik verilerle daha iyi sonuçlar vereceğinin ortaya konulması ve velilerinde bu raporları değerlendirebilecek bilgi seviyesine sahip olmaları, onların alınan kararlar karşısında ikna olmalarını sağlayacaktır. Sonuçta hukukun emredici buyruklarının temelindeki moral değerlerin kamu genelinde anlaşılabilir ve makul olarak kabullenilebilir olması gerekmektedir. Bu noktada epistokratik genişleme alınan kararların duygusal sapmalardan, önyargılardan uzak, ortaya konulan karmaşık verilerin daha kolay anlaşılabilirliği ve yorumlanabilirliği bir zemin oluşturmak suretiyle demokratik meşruluğa katkıda bulunmaktadır.⁷⁰

6. Epistokrasiyeye Yönelik Eleştiri ve Savunmalar

Demokrasi bireylerin düşüncelerini eşit değerde ifade etmelerinin medeni bir yolu olarak görülmektedir. Bununla birlikte politika ise iyi sonuçlar üretecek, stabil ve etkin olacak ve milletin zararına olan davranışlardan kaçınan bir yönetim oluşturmada bir araç olarak görülmektedir. Bu nedenle yönetimin nasıl oluşacağından ziyade sonuç ya da çıktılar göz önüne alınırsa yani politika yöneldiği amacı gerçekleştirirse, ortada bir sorun kalmamış olur.^{71,72} Epistokraside de oy verme, bireye ait bir güç olarak görülmektedir ve bu gücün kötüye

⁶⁹ BRENNAN, 2016, s.18.

⁷⁰ DANAHER, 2013, s. 100-101.

⁷¹ BRENNAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

⁷² Bu noktada politikanın kapsamı da önem taşımaktadır. Örneğin, ekonomi politikasına yer vermeden demokrasiye dair bütün çabaların başarısız olacağı ileri sürülmektedir. ZABUNOĞLU, Gökçe, Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66 (4) 2017, s.804-805.

kullanılmasını engelleyici kurumlara ihtiyaç vardır.⁷³ Buna göre epistokratik yaklaşımda yetkin seçmeni belirlemede farklı yöntemler bulunmakla birlikte bunlardan daha az maliyetli ve makul olanı “seçmenleri yazılı bir test sınavına tabi tutulmak” olacağı düşünülmektedir. . Sınavın içeriği ise politik-ekonomi ve moral değerleri kapsamaktadır. Sınavı bir kez geçen birey “seçmenlik lisansına” ömür boyu sahip olacak ve seçimlerde oy kullanabilecektir. ⁷⁴ Bu noktada sınav içeriğinin sadece politik-ekonomi ve moral değerler olarak belirlenmesi eleştirilmekte ve yeterli bilgi düzeyine sahip olunduğunun ispatı karşısında sınav konusu alanların zamanla değişikliğe uğrayacağı ve bu “yetkinliğin” güncelliğini kaybedeceği ileri sürülmektedir.⁷⁵ Bununla birlikte epistokrasinin dışladığı seçmenlerin, bu durumu kabullenmelerini sağlayacak ikna edici gerekçelerin neler olacağı merak konusudur. Bu konu demokrasi ve meşruluk gibi iki farklı noktadan ele alınmaktadır. Buna göre epistokrasi kuralları, demokrasi içerisinde gerçekleştirilmektedir. Ancak yönetimin meşruluğu konusu, demokratik değerlendirmeler bakımından farklılıklar gösterebilmektedir. Örneğin, Rusya ya da Çin gibi ülkeler demokratik olarak çok iyi bir seviyede olmamalarına karşın vatandaşlarının bu yönetimleri *olumlama* ya da *meşru görme* eğilimi içerisinde oldukları ve bunun alışıla gelen bir duruma dönüştüğü düşünülmektedir. Kaldı ki, bazı seçmenlerin dışlanması epistokrasinin kesin olarak öngördüğü bir şey olmayıp bu yönde farklı modeller geliştirilebilir.⁷⁶

Öte yandan epistokrasi açısından bir diğer önemli sorun, seçmen olarak oy verebilecek olanların hangi ölçülere göre ve kim tarafından belirleneceği konusunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre böyle bir yetkiye sahip olacak olanlar büyük bir güç elde edeceklerdir ve bu gücün kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Bu durum karşısında alınacak tedbirler arasında bu belirlemeyi yapacak olanların rast gele seçilmesi gösterilmektedir. Buna göre 500 kişilik bir seçmen grubu, rast gele seçilir ve bu görev kendilerine verilerek her türlü mali ve diğer imkanlar kendilerine tahsis edilir. Bu grubun yapacağı çalışma neticesinde seçmenlerin oy değerleri ortaya konur ve seçim sonrasında buna göre bir değerlendirme yapılır. ⁷⁷ Diğer yandan yukarıda bahsi geçtiği üzere seçmenlerin belirlenmesinde doğrudan bir sınav yapılması ve kazananların seçmen olmaya hak kazanması da alternatif bir öneri olarak dile getirilmektedir.⁷⁸ Ancak sınavın riskli olduğu ve bunun yerine Adam Smith’in öngördüğü gibi eğitim derecesine göre ilave oy hakkının tanınmasının daha

⁷³ BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

⁷⁴ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.275.

⁷⁵ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.275.

⁷⁶ BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

⁷⁷ BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

⁷⁸ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273.

uygun olacağı düşünülmektedir.⁷⁹ Diğer bir bakış açısına göre günümüz demokratik seçimlerinde seçmen oy verme işlemini ciddiye almayabilmekte ve bu işlemi irrasyonel bir şekilde savuşturabilmektedir. Epistokraside ise seçimde ehliyet ya da yeterlilik şartı öne sürülürken *katılımcılık* göz ardı edilmektedir. Ancak epistokrasi de katılımcılık, demokratik bir hak olmanın ötesinde, *seçmen kesimlerine arzuları dışında bazı sonuçların dayatılması*, anlamı taşıdığı düşünülerek eleştirilmektedir. Bu durumda bazı seçmenlerin bu dayatma hakkına sahip olması düşünülemez gibi en azından bu durumda bir sorumluluk yükü söz konusu olmalıdır. ⁸⁰ Öte yandan “yetkin seçmen” yaklaşımının patroncu ve üstten bakan bir mantığa dayandığı, ileri sürülerek eleştirilmekte ancak epistokratik anlayışın üstün seçmen arayışından ziyade, negatif bir yaklaşımla, yani “yetersiz” seçmenin oy hakkından mahrum edilmesi üzerinde durduğu düşünülmektedir. Buna göre bireyin moral değerlerinin makulün dışında olması ya da ihmalciliği seçme hakkından mahrum kılınması için haklı sebep olarak görülmektedir.⁸¹ Demokrasinin olumsuz yönlerinden bir diğeri olarak, demokrasilerde oy kullanmanın kimlik siyaseti üzerinden cereyan ettiği ve bunun da farklılıkları körüklediği düşünülmektedir. Buna göre seçmenler bu düşünce üzere ya da bazı tarihsel gerekçelerle oy kullanma eğiliminde olabilirler. Bu noktada seçmenler, hakkında hiç politik bilgi sahibi olmadıkları partilere oy verebilmektedirler. Hatta, seçmenlere görüşlerini sorduğunuzda görüş olarak oy verdiği partiden ziyade başka bir partinin profiline uygun düştüğü görülebilmektedir. Örneğin ABD’de Cumhuriyetçiler gibi düşünüp Demokratlara oy veren seçmenlerin bulunduğu bahsedilmektedir. Bununla birlikte, ülkemizde de alışkın olduğumuz bir tanımlama gereğince, politik bağlılıklar ya da taraftarlıklar bir spor takımına bağlılık şeklinde, fanatik bir bağlılık olarak değerlendirilmektedir. Özellikle sosyal medya çağında politik ayrılıklar daha da derinleşmekte ve bu durum politikayı işlevsizleştirip demokrasiye zarar vermektedir.⁸² Öte yandan demokrasi rejiminin kendini ispatlamış bir rejim olduğu ve bu nedenle başka arayışların anlamsız olacağı düşünülmektedir. Buna karşın epistokrasi, bir demokrasi karşıtlığı olarak algılanmamalı ve demokrasinin geliştirilemeyeceği gibi bir düşünce de söz konusu olmamalıdır. Bu noktada demokrasinin daha iyi nasıl çalıştırılabileceğini düşünmek ve bunun arayışı içerisinde olmak durumundayız.⁸³

Epistokrasi bakımından ortaya çıkan bir diğer eleştiri, karar alıcı olacakların bilgilerinin niteliklerinin tespiti konusundadır. Bu konuda ikili

⁷⁹ LEMIEUX, 2017, s.54.

⁸⁰ BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

⁸¹ SCHIAVONE, MAMELI, BONIOLO, 2015, s.273.

⁸² BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

⁸³ BRENAN, Epistocracy, (E.t.26.01.2019)

bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre ilk olarak teorik bilgiye sahip olanlar, örneğin akademisyenler, bu karar alıcılar arasında sayılırken, konunun pratik alandaki tecrübeli isimlerinin de bilginler sınıfına dahil olacağı ifade edilmektedir. Buna göre Avrupa Birliği (AB) Komitelerine akademisyenlerin yanı sıra kamu görevlileri, konunun uzmanları ve hükümet dışı organların (HDO) temsilcileri de katılmaktadırlar. Bu noktada moral ve teknik bilgi gerektiren uzmanlıkların yanı sıra normatif sorunlar için politika uzmanları da komitelerde görev alacaklardır. Örneğin, somut olarak, Norveç'in AB ile ilişkileri konusunda hukukçular tarafından hazırlanan bir raporun, politikacılar tarafından hazırlanan raporlardan oldukça farklı görüneceği düşünülmektedir. Yine epistokratik bir yaklaşımda, işsizliğin nedenlerine dair yapılacak bir incelemede, bugünün aksine, normal sıradan, rast gele bir tercihin ötesinde, bu konunun uzmanları titizlikle belirlenir. Buna göre bilgi temelli yönetimde uzmanlar ya da bilginler, tavsiye verici olmanın ötesinde epistokratik ya da kognitif (bilişsel) özellikte karar alma süreçlerine katılırlar.⁸⁴ Diğer yandan seçmenlerin oy tercihlerinde bulunurken bilgi eksikliklerinin olduğu ve alınan kararların isabetli olmayacağı düşünülebilirse de epistokrazi açısından ortaya konan yaklaşımda iyi, sağlam politik kararlar alabilmek için bilinmesi gereken bilginin ne olacağı ortaya konulamamıştır. Zira yapılan araştırmalarda, belirlenen soruların ölçücü olamayacağı ve bu soruların elitist bir önyargı ile hazırlandığı düşünülmektedir.⁸⁵ Buna karşın epistokrazi elitist bir yaklaşım olarak sergilenmekle birlikte epistokrasideki elitizmin yani seçmene verilecek *ustalık lisansının* bir berber ya da tesisatçıya verilecek lisans belgesinden daha fazla elitist olmayacağı ileri sürülmektedir.⁸⁶

Karar alma sürecinin kognitif (bilişsel) niteliği güçlü veya zayıf da olsa alınan kararların daha rasyonel çıktılara dayalı, nitelikli kararlar olacağı dile getirilmektedir. Buna karşın "nitelikli karar" araştırmacılığının demokratik sistemlerde bir görev olmadığı ve bilginin niteliği ve kalitesi bakımından olağan ve sıradan bir yöntem izlendiği ileri sürülmektedir. Burada *epistokratik karakterli demokrasinin* en önemli farkı, bilginin ve buna dayalı kurumların, sistemin bizzat içerisinde temel bir unsur olarak görülmesidir. Olağan demokrasi de ise bilgi sistemin içerisinde olmayıp felsefe ya da yasal teori gibi sistemin dışında tutulmaktadır. Burada epistokrasinin meşruluğu, demokratik çıktılar üzerinde konumlandırılmaktadır. Buna göre, burada biraz daha Kant'ın faydacı yaklaşımının ön plana alındığı görülebilmektedir. Zira bilgi temelli ve bilinçli bir şekilde alınan kararların etkinliği ve verimliliği sayesinde toplumsal fayda maksimize edilmiş olacaktır.⁸⁷ Son olarak epistokraziye yönelik eleştirilerden

⁸⁴ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications (E.t.06.02.2019)

⁸⁵ ELLIOTT, 2018, s.94-97.

⁸⁶ LEMIEUX, 2017, s.54.

⁸⁷ HOLST, Epistocracy: Conceptual Clarifications (E.t.06.02.2019)

bir diğeri ise seçmen davranışlarının, bireylerin sosyal ilişkilerinin husumete dayandığı faraziyesine göre ele alınmasıdır. Buna göre epistokraside oyların eşitliği evrensel ilkesi kabul edilmemekte, bazı seçmenlerin oy kullanma ya da tercih becerisinin bulunmadığı düşünülmektedir. Bu düşünce, iki temel gerekçe üzerine inşa edilmiştir. İlk gerekçeye göre politik kurumların bilgiye dayalı olmasında bir sınır olmayıp neticede en iyi sonuç elde edilecektir. İkinci gerekçe ise oyun etik görünümü ile ilgilidir. Buna göre oy verme öncelikli olarak seçmenin sesini duyurmasının bir aracı olarak görülmeyip seçmenlerin diğer seçmenler üzerinde kullanacakları bir güç ya da yetki olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte demokraside bireyin güçsüzlüğü iddiası karşısında, seçmenlerin menfaatleri doğrultusunda oy kullanmalarının, özelliklede ortak menfaate sahip olanlar bakımından, grup ile birlikte bireylerinde güç kazanacağı dile getirilmektedir.⁸⁸

SONUÇ

Epistokrasi tüm yönleriyle ele alınması gereken bir kavramdır. Zira çalışmamızda da görüldüğü üzere vergi sisteminden, doğal afetlere, seçmenin eğitim düzeyinden, seçmenin lisans almasına kadar konu geniş bir alana yayılabilmektedir. Aslında epistokrasi, demokratik sistemlerde seçmen davranışları ve bunun neticelerini sorgulama üzerine yol almaktadır. Buna göre bazı ülkelerde demokratik seçimlere katılım oranlarının düşük olması ya da alınan neticelerin başarıya ulaşamaması sorgulanmaktadır. Epistokrasi başlı başına demokrasiye bir alternatif değildir ya da en azından alternatif olarak görülmemelidir. Buna göre epistokrasi demokrasinin yukarıda bahsi geçen bazı olumsuzluklarını giderici ya da ıslah edici bir rol oynamalıdır. Yani epistokratik yöntemler, demokratik sistemlerin rasyonelleştirilmesinde kullanılabilir. Öte yandan epistokrasiyi sadece bazı seçmenlerin oy vermekten mahrum edilmesi yaklaşımına da indirgememek gerekir. Demokrasinin önemli eksikliklerinden biri, seçmenin bilinçsizliği ve siyasi işleyişe olumlu katkı sağlayamaması, şeklinde ifade edilebilir. Bu noktada seçmenlerin daha bilinçli olmaları ve tercihlerini buna göre şekillendirmeleri elbette ki halk iradesinin tam olarak tecellisine hizmet etmektedir. Aslında seçmenin iradesinin tam olarak sandığa yansması bir bilgi zeminini gerektirmektedir. Buna göre ülkenin sorunları ve partilerin bunlara yönelik çözüm önerileri üzerinde muhakeme yapabilen bilinçli seçmen daha isabetli sonuçlara ulaşabilecektir. Bu nedenle dahi epistokrasinin önümüze çıkarttığı alternatifler dikkate alınmaya değerdir. Örneğin, seçmen eğitim programları ya da epistokratik veto gibi uygulamalar demokrasiden umulan faydayı arttıracaktır. Öte yandan halkın temsilcilerinin oluşturduğu meclislere senatonun eklenmesi de epistokratik bir uygulama olarak değerlendirilebilir.

⁸⁸ ELLIOTT, 2018, s.94–97.

KAYNAKÇA

- ACHEN, Christopher H, BARTELS, Larry M., Democracy For Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government, Princeton University Press, Princeton, 2016.
- BRENNAN, Jason, Against Democracy, Princeton University Press, 2016.
- BRENNAN, Jason, Epistocracy, www.vox.com/2018/7/23/17581394/against-democracy-book-Epistocracy-jason-brennan (E.t.26.01.2019)
- CAMPBELL, Angus, etal., The American Voter, Hoboken, 1960.
- DANAHER, John, On the Need for Epistemic Enhancement: Democratic Legitimacy and the Enhancement Project, Law Innovation and Technology, Vol.5, 2013.
- DOĞAN, Oğuz Kaan, Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi TBB Dergisi 2011/94.
- ELLIOTT, Kevin J. Against Democracy, Contemporary Political Theory, Vol.17, 2018.
- Epistocracy, www.pensivepost.com/egalitarianism-or-Epistocracy-81f7949d524a (E.t.26. 01.2019)
- GÜVEYİ, Ümit, Türkiye’de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü, TBB Dergisi, 2018/137.
- HOLST, Cathrine, Epistocracy: Conceptual Clarifications, www.uio.no/english/research/interfaculty-research-areas/democracy/news-and-events/events/seminars/2011/papers-yale-2011/Yale-Holst.pdf (E.t.06.02.2019)
- LEMIEUX, Pierre, Power to the Knowers, Regulation Vol. 40, 2017.
- PETTYS Todd E., Partisanship, Social Identity, and American Government: Reality and Reflections, Lewis & Clark Law Review, Vol.22, 2018.
- SESHAGIRI, Lee, Democratic Disobedience: Reconceiving Self-Determination and Secession at International Law, Harvard International Law Journal, Vol.51, 2010.
- SEROTA, Michael; LEIB Ethan J., The Political Morality of Voting in Direct Democracy, Minnesota. Law Review, Vol.97, 2013.
- SCHIAVONE, Giuseppe; MAMELI, Matteo; BONIOLO, Giovanni, Epistocracy for Online Deliberative Bioethics, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Vol. 24, 2015.
- URAL, Şafak, Demokrasi Kavramı, Toplumsal Değerler ve Birey, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 40/1 Aralık, 1999.

- VALERIE, Soon, Review of "Against Democracy", Essays in Philosophy, Vol. 19: Iss. 1, 2018.
- ZABUNOĞLU, Gökçe, Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66 (4) 2017.

ANAYASA MAHKEMESİNİN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİNE DAİR KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Decisions of the Constitutional Court Regarding Relation Between the Main Employer and Sub-Employer

Dr. Alptekin Burak BOYDAK *

Geliş Tarihi:28.11.2019 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Kamuda hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatlarını müteselsil sorumluluk borcu kapsamında ödeyen kamuidarelerinin yüklenici firmalara bu tutarın rücuen tazmini için açtığı davalar ulaştığı hacim itibarıyla mahkemelerin önemli bir iş yükünü oluşturur hale gelmiştir. Her ne kadar 7166 sayılı Kanun ile yasakoyucu 11.09.2014 tarihinden sonraki dönem için bu davaların önüne geçebilmek amacıyla bir düzenleme yapma yoluna gitmiş ise de düzenleme hukuk tekniği açısından sorunu çözmek yerine yeni tartışmaları beraberinde getirmiş ve düzenleme Anayasa Mahkemesinin önüne kadar gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerden somut norm denetimi yoluyla önüne gelen başvuruları incelemiş ve E: 2019/42, K: 2019/73 Sayılı kararı ile yüklenici firma nezdinde çalışan işçilerin kıdem tazminatlarını ödeyen kamu idarelerinin 11.09.2014 tarihinden sonraki dönem bakımından alt işverene rücu etmesini zorlaştıran hükmü eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı ve karar sonrası mevcut davaların durumu da irdelenerek hukuki açıdan bir değerlendirmede ve bu sorunun çözümü için önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aslı işveren alt işveren ilişkisi, rücuen tazminat

ABSTRACT

The lawsuits filed by the public administrations that pay the severance payments of the workers working in the scope of service procurement within the scope of joint liability constitute a significant workload of the courts in terms of the volume it reaches. Although the Law No. 7166 prohibited the legislator to make an arrangement in order to prevent these lawsuits for the period following 11.09.2014, instead of solving the problem in terms of legal technique, the regulation brought new controversial and the regulation came before the Constitutional Court.

The Constitutional Court examined the applications brought before the domestic courts through concrete norm control and made a decision with the decision E: 2019/42, K: 2019/73, which made it difficult for the public administrations paying the severance payments of the workers working with the contractor company to reclaim the sub-employer for the period after 11.09.2014. equality principle.

In this study, the cancellation decision of the Constitutional Court and the status of the existing cases after the decision were examined and a legal evaluation was made and suggestions were made for the solution of this problem.

Keywords: Principal employer subcontractor relationship, recourse compensation

* Avukat, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, e-posta: alptekin_burakb@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9136-4621.

GİRİŞ

Kamuda hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatlarında sorumluluk meselesi gerek dış ilişki gerek iç ilişki itibariyle yıllardır hukuk sistemimizde tartışma konusu olan bir hukuki mesele olarak önümüzde durmaktadır.

Kamuda hizmet alımı kapsamında çalışan işçiler bir yanda kendilerini istihdam eden ama çoğu kez adını dahi bilmedikleri bir yüklenici firma diğeri de mesailerini icra ettikleri kamu idareleri olmak üzere iki işverenle muhatap olmakta ve genelde mali açıdan daha güvenilir bulunduğu kamu idarelerinden yargı yoluyla işçilik haklarını istemektedirler.

6552 sayılı Kanun ihdas edilene kadar yüklenici firma işçilerinin kıdem tazminatlarının doğrudan kamu idarelerince ödenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, bu nedenle de işçiler 4857 sayılı Kanunun 2. maddesindeki asıl işveren alt işveren arasındaki mütesesil sorumluluk hükmü gereğince asıl işveren olarak niteledikleri kamu idarelerinden yargı yoluyla kıdem tazminatlarını istemekte idiler.¹ İşçilerin yargı yoluna başvurmadan doğrudan bu alacaklarını tahsil edebilmeleri amacıyla 11.09.2014 tarihinde “Alt işveren işçilerinin iş mevzuatından kaynaklanan haklarını kullanmalarını sağlayan, hak kayıplarını ortadan kaldıran, ücretlerini garantiye alan, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan alt işveren sözleşmeleri ve uygulamalarının iş mevzuatına uygunluğunu sağlayan, alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler ile alt işveren yanında çalışan işçilerin hak kayıplarının sosyal hukuk devleti olmanın gereklerine uygun olarak ortadan kaldırılmasına, alt işverenlik ilişkisinin kanuni sınırlar içinde özellikle kamu kesiminde daha sınırlı fakat işlevsel olarak kullanılmasına imkân sağlama”² gerekçesiyle 6552 sayılı Kanun ihdas edilmiştir.

Bir başka deyişle 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı yasa ile işçilerin daha önceden mahkemeye başvurmak suretiyle kamu idarelerinden alabildikleri kıdem tazminatlarının mahkemeye başvurmaksızın doğrudan belirli şartlar dahilinde idare tarafından ödenebilmesinin önü açılmıştır.³

Söz konusu 6552 sayılı Kanunun 8 nci maddesiyle 4857 sayılı Kanunun 112 nci maddesinde yapılan değişiklikle kamu idarelerinde hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatlarının;

- işçilerin alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu işyerinde çalışanların ya da

¹ Başbuğ A.- Yücel Bodur M. , İş Hukuku , İstanbul 2018, s. 87.

² <http://www.sayilikanun.com/6552-sayili-torba-kanunun-gerekcesi> (Çevrimiçi: 05.11.2019).

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. , Boydak A. B. , 6552 Sayılı Kanun Gereğince Kamu İdarelerinin Kıdem Tazminatı Ödeme Yükümlülüğü, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2016, s. 21.

- kamu işyerinin ihale verdiği alt işverenin daha sonra işçisini bir başka işyerinde çalıştırıp bu sırada iş sözleşmeleri kıdem tazminatına hak kazandıracak bir şekilde sona erenlerin

kamu idarelerinde çalıştıkları döneme ilişkin kısmının doğrudan kamu idareleri tarafından ödenmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.⁴

Bilindiği üzere kıdem tazminatlarını ödeyen idarelerin alt işverenlere karşı rücu hakları mevcuttur.⁵ Bahsi geçen 6552 sayılı Kanunla getirilen hüküm üzerine kimi görüşlerde, 25.10.2015 tarihli 29156 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklik ile Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.30 maddesinde kıdem tazminatları, 11.09.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere "Sözleşme

⁴ 4857 sayılı Kanun md. 112; "4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları;

a) Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından,

b) Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından, işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırmaya devam olunan ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı talebi hâlinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

...

İkinci fıkranın (b) bendi veya üçüncü fıkraya uyarınca farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkraya hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılmaz. Kıdem tazminatı tutarı, 4734 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde kıdem tazminatı ile ilgili açılacak bütçe tertibinden, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın ödenir."

⁵ Şakar M. , İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2018, s. 35.

giderleri ve genel giderler” kapsamında çıkarıldığı, bu nedenle artık bu tarihten sonraki ihaleler kapsamında işçi çalıştırılması halinde ödenen kıdem tazminatı bakımından firmalara rücu edilemeyeceği⁶ öne sürülmüştür.

Buna karşılık kamu idarelerine işçinin kıdem tazminatını ödeme noktasında yükümlülük getiren 6552 sayılı Kanunla değişik 4857 Sayılı İş Kanununun 112. Maddesinin amacı; hizmet alımı kapsamında kamuda işçi çalıştıran firmaların kıdem tazminatlarından sorumluluğunu kaldırmak değil işçilerin kıdem tazminatları dava açmaya gerek olmaksızın İdarelerden ve firmalardan tahsilini sağlamaktır. Bir başka deyişle, değişikle getirilmek istenen davalı şirketlerin sorumluluklarını kaldırmak değil sadece işçilerin işçilik alacaklarını almalarında devletin garanti ve gözetiminin sağlanması olduğu açıktır.⁷ Nitekim yargı kararlarında da 6552 sayılı Kanunun idarenin rücu hakkına bir engel oluşturmayacağı artık müstekar hale gelmiştir.

7166 sayılı Kanun ile yapılan değişikle ise 11.09.2014 tarihinden sonraki ihale sözleşmeleri kapsamında hizmet alan ve bu hizmet kapsamında çalıştırdığı işçilerin kıdem tazminatlarını ödeyen idarelerinin bu tutarı rücu edebilmesi ancak sözleşmelerde rücu edilebilmesine ilişkin açık bir hükmün varlığını koşul saymıştır. Böyle bir hüküm olmadan daha önceden açılmış davalar ve ilamlar bakımından da mahkemelerin ve icra dairlerinin düşme kararı vermesini düzenlemiştir.⁸

7166 sayılı Kanunun söz konusu düzenlemesi uygulamada tartışmaları da bereberinde getirmiş ve kimi mahkemelerce bu hükümler özel sektör asıl işverenleriyle kamu sektörü asıl işverenleri arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve yürüyen davalara müdahale niteliği taşıdığından Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir.

I. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİNE DAİR MEVCUT DÜZENLEMELER:

6552 sayılı Kanun gereğince işçilerin ilgili döneme ait kıdem tazminatını ödeyen İdarelerin diğer idarelere karşı rücu hakkı ile ilgili olarak 6552 sayılı Kanunda hüküm bulunmasına karşılık ihaleyi alan alt işverenlere karşı rücu haklarıyla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle rücu ilişkisi ile ilgili olarak genel hükümlere başvurma zorunluluğu doğduğundan müteselsil sorumluluk kurumunun irdelenmesi gerekli olmaktadır.

⁶ Çelik C., 6552 Sayılı Yasa Değişikliğinden Sonra, Kamuda Çalışan Taşeron İşçilerin Kıdem Tazminatını Ödeyecek Olan İdareler, Taşeron Firmalara Rücu Edebilir Mi? İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89,Sayı: 5,2015, s. 188-198.

⁷ Boydak A. B., Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 121; Akyiğit E. , İş Hukuku,İstanbul 2018, s. 388.

⁸ Senyen Kaplan E. T. ; Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019, s. 362.

Türk Borçlar Kanununun 162. maddesinde: “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.” hükmüne yer verilmek suretiyle müteselsil borçluluğun ya taraf iradelerinden ya da kanundan doğacağını hükme bağlamıştır.⁹

4857 sayılı İş Kanununun 2/6 ncı ve takip eden 2/7 nci maddelerinde ifadesini bulan “ Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” hükmündeki birlikte sorumluluk hali Kanundan doğan birlikte sorumluluk hallerinin uygulamada en çok karşılaşılan örneklerinden birini teşkil etmektedir.

Kanunda “birlikte” ibaresi ile tanımlanan bu sorumluluk Borçlar Kanununda ifadesini bulan kanundan doğan müteselsil sorumluluk olup bu husus öğreti ve uygulamada da çoğunlukla kabul görmektedir.¹⁰ İşçinin alacağına kavuşmasını sağlama için getirilen birlikte sorumluluk olgusu alt işverenin sıfatı, konum, mali durumu bakımından herhangi bir ayırıma tabi olmaksızın asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisine giren işverenin mutlak, kayıtsız-şartsız bir sorumluluğu olarak kabul görmektedir.¹¹

Türk Borçlar Kanunu’nun 62 nci maddesinde, “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” hükmüne yer verilmiştir.

⁹ Boydak A. B., Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi Ankara 2017, s. 112.

¹⁰ Çelik-Caniklioğlu-Canbolat; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 119; Akın L. , Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AUHFD, 60 (4) 2011: 733-774, s. 743; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s.70.

¹¹ Narmanlıoğlu Ü., Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar (Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler), s. 53-75; Süzek S. , İş Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018, s.159.

Türk Borçlar Kanununun 167. maddesinde “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.” ifadelerine yer verilmiştir. “Aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresi bizi işçilik alacaklarına ilişkin ödemeyi gerçekleştiren kamu işverenleri ile hizmet satın alınan firmalar arasındaki iç ilişkinin tespiti bakımından taraflar arasında kanunda öngörülen yarı yarıya sorumluluk hükmü yerine başka bir hüküm konulup konulmadığının araştırılmasını gerekli kılar.

Taraflar arasındaki şartname veya sözleşmelerde işçilerin İş Hukuku kaynaklı alacaklarından ihaleyi alan firmanın sorumlu olacağına dair bir hüküm yahut idarenin işçiye ödediği tutarı ihaleyi alan firmalardan rücu isteyebileceğine ilişkin bir hüküm mevcut olması halinde ve ihaleyi alan firma işçinin son çalıştığı firma ise kamu işverenleri işçilere yaptıkları ödemenin tamamı bakımından iç ilişkide ihaleyi alan firmaya rücu edebilmekte; bu yönde bir hüküm yok ise ödediği miktarın yarısı oranında rücu hakkına sahip olabilmektedirler.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN KONUYA BAKIŞI VE KARARI:

7166 sayılı Kanunun çalışmamıza konu ve Anayasa Mahkemesinin önüne gelen hükmünde;

" 4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez.

Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme karan verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin iptaline ilişkin kararında konuyu Anayasanın eşitlik ilkesi temelinde değerlendirerek özel sektör asıl işverenleri ile kamu sektörü asıl işverenleri arasında makul bir sebebe dayanmadan farklı uygulama tesis etmenin eşitlik ilkesine uygun olmadığı gerekçesine yer vererek iptal kararı vermiştir.¹²

¹² “ Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar"* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

... İtiraz konusu kurallarla ilgili olarak eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişiler arasında farklılığın gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından farklı uygulamanın nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

... Buna göre 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar kapsamında asıl-alt işveren ilişkisinde rücu hakkının kullanımı, şartları ve sınırları ile ilgili olarak özel sektör asıl işverenleriyle sözleşme yapan alt işverenler ile kamuda hizmet alım yöntemiyle iş alan alt işverenler benzer hukuki konumda bulunmaktadır. İtiraz konusu kurallar ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işverenlik sözleşmesiyle kamu idarelerinden iş alan alt işverenler, yalnızca sözleşmede kendilerine rücu edilebileceğine dair açık hüküm bulunması durumunda kamu (asıl) işverenlerine karşı işçilerin kıdem tazminatından sorumlu tutulmaya devam ederken benzer durumda olan özel hukuk tüzelkişileri ya da şahıslardan iş alan alt işverenler, kıdem tazminatı ile ilgili olarak her durumda rücu davasına muhatap olmaya devam edeceklerdir. Bu yönüyle kamudaki alt işverenler lehine farklı bir uygulama getirildiği anlaşılmaktadır. Eşitlik ilkesine aykırı olmaması açısından benzer durumda olanlar arasında bir taraf lehine getirilen farklı düzenlemenin nesnel ve makul bir temele dayanması ve ölçülü olması gerekir. 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar gereği aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça bütün alt işverenler, asıl işverenlerce kendi işçilerine yapılan kıdem tazminatı ödemelerinden ötürü rücu davasına muhatap olabilmektedir. İtiraz konusu kuralların yer aldığı 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinin altıncı fıkrası ile aynı Kanun'un geçici 9. maddesinde, kamu işverenlerinin alt işverenlere rücu hakkının sözleşmede açık bir hüküm bulunması hâli dışında yasaklanarak bu kapsamda açılan davaların sonlandırılması öngörülmektedir. Anılan düzenlemelerin amacı ve dayandığı temelle ilgili olarak Kanun'un gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bu itibarla kamuda 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesine taraf olan alt yüklenicilere karşı sözleşmede açık hüküm bulunması dışında rücu yolunun kapatılması ve bu kapsamdaki derdest davaların sonlandırılmasını öngören itiraz konusu kuralların bu kesimdeki alt işverenler yönünden farklı bir uygulama getirmesinin nesnel ve makul bir temele dayalı olduğu söylenemez. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla getirilen farklı düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.”

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KARAR SONRASI DAVALARIN DURUMU

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı irdelendiğinde konuya salt eşitlik ilkesi bağlamında baktığı ve özel sektör asıl işverenlerinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın alt işverene rücu edebilmesi mümkün iken kamu işverenlerinin bu haklarının neden sınırlandırıldığı makul ve nesnel bir hukuki gerekçeye dayanmamasını iptal kararına temel aldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da makul ve nesnel bir hukuki gerekçeyi kanunun konuluş amacında aramış; kanunun gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemesini iptal gerekçesine esas almıştır.¹³

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, Anayasanın 10 uncu maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi ve ilkeye dair Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar tetkik edildiğinde 1982 Anayasasında anayasanın kurucu iradesinde eşitlik ilkesi; “farklı yönde muamelede bulunulmasını haklı kılacak özel bir durumu olmayan ya da hukuki yönden farklı bir statüde bulunmayan, diğer bir ifadeyle hukuk karşısında eşit konumda bulunan kişilere aynı yönde işlemler tesis edilmesi” olarak tezahür etmektedir.¹⁴

Her ne kadar kararın karşı oy yazılarında kimi üyelerce kamu işverenleri ile özel sektör işverenlerinin hukuksal durumlarının aynı olmaması nedeniyle aynı hukuki statüye tabi olmayan tüzel kişiler arasında eşitlik ilkesinin söz konusu olmayacağı belirtilmiş ise de fikrimizce, kamu işverenleri ile özel sektör işverenleri arasında rücu ilişkisi bakımından farklı bir yönde bir işlemde bulunulmasını haklı kılacak özel bir durum söz konusu değildir.

5538 sayılı Kanunla da, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesine 8. ve 9. fıkralar eklenmek suretiyle; kamu kurum ve kuruluşlarının ihale yoluyla hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanların, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak kamu kurumlarının kendilerinin asıl işvereni olduğu iddialarının önüne geçilmeye çalışılmıştı. Buna karşılık öğretide, getirilen düzenlemenin muvazaa iddiasının ve sonuçlarının kamu işverenlerine ve ortaklıklarına uygulanamayacağı ve kamu işverenleri bünyesinde alt işverenler aracılığı ile çalıştırılan işçilerin asıl işverenlerine karşı muvazaa iddiasını ileri sürmelerinin kanunla engellendiğini belirterek bu halin hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini öne sürülmüştür.¹⁵ Yargıtay da konuyla ilgili verdiği kararında 5538 sayılı Kanun ile getirilen

¹³ Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesiyle ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çağlar S. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu , Ankara Barosu Dergisi , 2012/ 3

¹⁴ Yıldırım T. , Göçgün M. ; İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016, s. 42

¹⁵ Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2015 s. 296-298; Ayrıca bkz., Ekmeççi Ö. , Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İSGHD, Sayı:12 Yıl: 2006.

değişikliğin asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluğu düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmediğinden kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamayacağı gerekçesiyle özel sektör ile kamu işverenleri arasında uygulama farklılığına gidilmesinin eşitlik ilkesini ihlal edeceğine karar vermiştir.¹⁶

Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesini gerekçe göstererek verdiği iptal kararı yerinde bir karar olmakla birlikte gerekçe açısından salt eşitlik ilkesi haricinde diğer gerekçelere de dayansa idi hukuki açıdan daha doyurucu bir karar olacağı kanaatindeyiz. Nitekim iptale konu düzenlemede neden salt 11.09.2014 tarihinden sonraki sözleşmelerde rücuya ilişkin açık bir hüküm yoksa rücu edilemeyeceği belirtilmişken bu tarihten önceki sözleşmelerde bir sınırlama olmaması anlaşılammaktadır. 11.09.2014 tarihinin 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olması bağlamda rücu hakkının sınırlanması istenmiş ise 6552 sayılı Kanunun idarenin rücu hakkına bir engel oluşturmadığı yargı kararlarıyla istikrar kazandığından bu düşünceyle yapılmış bir düzenleme de hukuki açıdan yerinde olmayacaktır.

4857 sayılı Kanunun 2. maddesindeki asıl işveren ve alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk hükmü ile müteselsil sorumlular arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen Borçlar Kanununun 167. maddesindeki “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar.” hükmü mevcutken 11.09.2014 tarihinden sonraki kısım için rücu edilmesine sınırlama getirip önceki tarih için bir sınırlama getirilmemesi de özel hukuk mantığı içerisinde yerinde bir norm olmamıştır.

Kanaatimizce, buradaki temel mesele kamu idarelerinin hizmet alımı hususunun ve bu kapsamdaki problemlerin bir yanda kamu hukuku niteliğini haiz olması diğer tarafta da büyük ölçüde özel hukuk ilişkisi olmasıdır. Bu kaotik yapı Anayasa Mahkemesinin önüne gelen davaya konu düzenlemede olduğu gibi çözülmesi zor problemlere yol açabilmektedir.

¹⁶ “...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.” Yargıtay 9. H. D. , 21.01.2010 tarih, 41520/669, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 26, 2010/3, s. 440.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında uygulamada kimi mahkemelerin Anayasa Mahkemesi kararının geriye yürümeyeceği gerekçesiyle iptal edilen hüküm esas alınarak eldeki rücu davalarına bakmaya devam ettikleri müşahede edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geriye yürümesi yasağını iptalden önce açılan davalara uygulamak ve davaları Anayasaya aykırılığı yüksek mahkemece saptanmış iptal edilen bir hükme göre yürütmek anayasa mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesiyle ilgili olmadığı gibi hukuk devleti ilkesine de açıkça aykırıdır.

Danıştay 2. Dairesinin konuyla ilgili verdiği kararında, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve fakat iptal kararının yürürlük tarihi ileri bir tarih olan belirlenen bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği mahkemece bilindiği halde yürüyen bir davadaki uyuşmazlığın Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görülüp çözümlenmesinin Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemeyeceği¹⁷ içtihadı ile iptal hükmünün henüz yürürlüğe girmediği hallerde dahi mevcut davaların iptal edilmiş hükme göre çözülemeyeceğini açıkça ortaya koymuş iken iptal edilen ve iptal kararı yürürlüğe giren hallerde evleviyetle mahkemelerin Anayasaya aykırılığı saptanmış maddeye göre davayı çözümlenmemesi gerekmektedir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin kamu idarelerinin alt işverenlere rücu hakkına sınırlama getiren hükmüne yönelik iptal kararı gerekçesinin daha da ayrıntılı olması mümkün olsa bile sonucu itibarıyla hukuki açıdan yerinde bir karar olarak gözükmektedir. Zira kamu işverenleri ile özel sektör işverenleri arasında rücu tazminat davaları bakımından farklı hukuki düzenlemeler belirlemenin anayasal güvence altına alınmış eşitlik ilkesinde yeri olmadığı açıktır.

¹⁷ "... iptal hükmünün yürürlük tarihi konusunda bir süre belirlenmesi yasama organına bu konuda yeni bir düzenleme yapması için tanınmış bir süre olup, bu zaman zarfında iptal edilmiş olan bir Kanun ya da Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre idarenin tasarrufla bulunabilme hakkını öngören bir süre olmadığı; bu nedenle, Anayasa Mahkemesince Kanun Hükmünde Kararnamenin tamamının Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği mahkemece bilindiği halde dava konusu uyuşmazlığın Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görülüp çözümlenmesinin Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemeyeceği; öte yandan, Anayasanın 153 üncü maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplumun huzurunun bozulmasına yol açacak sorunları önlemek amacıyla kabul edilmiş olup, bu kuralın mutlak anlamda anlaşılıp uygulanamayacağına açık olduğu..." Dan.2.Dai., 01.06.2005 Gün, E:2004/1545, K:2005/1886 (Bayraktar A. , Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi Ve Bağlayıcılığı, Ankara 2013, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s. 111).

Bunun haricinde iptal edilen düzenlemede 11.09.2014 tarihinin bir milat olarak kabul edilerek bu tarihten önceki sözleşmeler kapsamında yapılacak rücu talepleri ile bu tarihten sonraki sözleşmeler kapsamında rücu talepleri arasında bir fark belirlemek uygulayıcı tatmin etmemiş olduğu gibi hukuken anlaşılması zor bir hüküm niteliğini de almıştı.

Yasakoyucunun amacı rücu tazminat davalarını azaltmak ise ihdas edeceği düzenlemenin özel sektör işverenleri ile kamu işverenleri arasında eşitlik ilkesine uygunluğu, özel hukukun müteselsil sorumlular arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerini ve kamu ihale hukukunu gözetererek yapması yerinde olacaktır. Örneğin kamudan ihale alacak bir firmanın ihale alabilmesinin şartları arasında geçmiş dönemden kalma işçilik haklarına ilişkin herhangi bir borcunun olmaması ile doğmuş ve doğacak işçilik haklarına mukabil belirli bir teminat bırakmasının kamu ihale mevzuatına eklenmesi ilk elde düşünülmesi mümkün tedbirlerdendir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde mevcut davaların hukuki akıbetleri noktasında da mahkemelerin Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından saptanmış bir hükmü esas alarak yargılamaya devam etmemeleri, mevcut davaları müteselsil sorumluluğa ilişkin mevcut hükümler çerçevesinde karara bağlamaları hukuken doğru ve gereklidir.

KAYNAKÇA

- Akın L.: Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asil İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AUHFD, 60 (4) 2011: 733-774.
- Akyiğit E.: İş Hukuku, İstanbul 2018.
- Aydın İ.: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu Ankara 2015.
- Başbuğ A.- Yücel Bodur M.: İş Hukuku , İstanbul 2018.
- Bayraktar A. : Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi Ve Bağlayıcılığı, Ankara 2013.
- Boydak A. B.: 6552 Sayılı Kanun Gereğince Kamu İdarelerinin Kıdem Tazminatı Ödeme Yükümlülüğü, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2016.
- Boydak A. B.: Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi Ankara 2017
- Çelik N./Caniklioglu N./Canbolat T.: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- Çağlar S. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3.
- Ekmekçi Ö.: Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal, Sayı:12 2006.

- Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U.: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.
- Narmanlıoğlu Ü.: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişisinden Doğan Sorumluluklar (Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler), s. 53-75.
- Senyen Kaplan E.T. : Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019.
- Sarper S.: İş Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018.
- Şakar M.: İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2018.
- Yıldırım T. : Göçğün M.: İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016.

ULUSLARARASI SUÇLAR–DEVLETLERİN BAĞIŞIKLIĞI

International Crimes-State Immunities

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA*

Geliş Tarihi:03.01.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

İtalyan Anayasa Mahkemesi 2014’te vermiş olduğu kararla uluslararası suçlar bakımından devletlerin yargı bağışıklığını anayasanın temel prensiplerine aykırılık nedeniyle reddetmiştir. Uluslararası Adalet Divanının devletlerin yargı bağışıklığını kabul eden kararına ters düşen bu karar Anayasa Mahkemesi kararları ile Uluslararası Adalet Divanı kararları arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşmasını gerektirmektedir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığının anayasaya istinaden sorgulanması İtalyan yargısını zor durumda bırakmıştır. Makalede İtalyan Anayasa Mahkemesinin ve Almanya’nın ileri sürdüğü gerekçeler ışığında devletlerin yargı bağışıklığı konusuna ışık tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Feragat bildirimleri, anayasanın temel prensipleri, New York anlaşması, Londra Borçlar Anlaşması.

ABSTRACT

The Italian constitutional court rejected the jurisdictional immunity of states in terms of international crimes in 2014 because of a violation of the basic principles of the constitution. This decision, contrary to the decision of the International Court of Justice which accepts the immunity of states, requires clarification of the relationship between the decisions of the Constitutional Court and the decisions of the Court of Justice. The questioning of the nature of the decisions of the International Court of Justice in accordance with the constitution left the Italian judiciary in a difficult position. The article sheds light on the immunity of states in the light of the reasons put forward by the Italian constitutional court and Germany.

Keywords: Waiver of immunity, basic principles of the constitution, New York agreement, London Debt Agreement.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2275-7664.

GİRİŞ

İtalyan Anayasa Mahkemesinin 238/2014 sayılı ve tarihli kararı ile uluslararası suçlar bakımından devletlerin yargı bağışıklığını anayasanın temel prensiplerine aykırı düşeceği gerekçesi ile reddetmesi, dolayısı ile Uluslararası Adalet Divanının devletlerin bağışıklıkları ile ilgili kararına uymayı reddetmesi Anayasa Mahkemesi kararları ve Uluslararası Adalet Divanı kararları arasındaki ilişkinin ve dava tarafları bakımından bu kararların anlam ve etkisinin açıklığa kavuşturulması gerekliliğini gündeme getirmiştir.

İtalyan Anayasa Mahkemesi Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya lehine verdiği kararı anayasasının temel prensibini ihlâl ettiği gerekçesine istinaden reddetmiştir. İtalyan anayasasının 10.madde, 1.fıkrasına göre uluslararası teamül hukuku ve BM Şartından doğan mükellefiyetler anayasa hiyerarşisine sahip olmakla beraber, anayasasının temel prensipleri bu bağlamda en yüksek hiyerarşiye sahiptir. Anayasa Mahkemesi anayasasının 24.maddesinde öngörülen hukuki koruma ile bağlantılı olarak insan onurunun da dahil olduğu insan haklarını anayasasının 2.maddesi muvacehesinde anayasasının temel prensibi olarak kabul etmiştir. Devletlerin yargı bağışıklığı anayasaya aykırı bir prensip olmamakla beraber, anayasasının 2.maddesine göre ihlâli mümkün olmayan haklara ilişkin hukuki korumayı engellediği nispette anayasaya aykırıdır. Egemenlik tasarruflarının yol açtığı ağır uluslararası hukuk ihlalleri bakımından bu bağlamda yargı bağışıklığı istisnasının kabulü insan haklarının *ius cogens* karakterinin icabıdır.

Dava konusu tazminat talebi 1943-1945 yılları arasında İtalya'nın Almanya tarafından işgali esnasında işlenen katliam, yerinden etme, sivillerin ve askerlerin zorla çalıştırılması gibi uluslararası suçlara ilişkin olarak yapılmıştır. İtalyan davacıların Almanya'ya karşı açtığı davalar İtalya'nın Almanya'ya yaptığı feragat bildirimini ışığında hukuki bir tartışmaya yol açmıştır. İtalyan anayasası anayasasının temel prensiplerini öngören bir katalog öngörmemektedir. Anayasa Mahkemesi 1971'de verdiği üç kararda obiter dictum (dolaylı olarak) anayasasının atıfta bulunduğu kimi hukuki prensiplerin anayasa hiyerarşisine sahip olduğunu, bunların anayasasının temel prensiplerine uygunluk denetiminde ölçü olduğunu vurgulamıştır. Anayasasının temel prensipleri yabancı hukuk normlarının yürürlüğe girmesini bir bariyer gibi engelleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bariyer nitelikli prensiplere ilişkin söz konusu bu içtihatı Avrupa Birliği hukuku ile ilgili anayasada özel bir düzenleme olmaması nedeniyle bugün Avrupa Birliği hukukunun İtalyan anayasa hukukundaki yeri ile ilgili de sonuçlar doğurmaktadır. Anayasasının 10.madde, 2.fıkrası bu bağlamda “*transformatöre permenente*” olarak nitelendirilmektedir. Uluslararası teamül hukuku düalist yaklaşım ışığında İtalyan hukukunda anayasa hiyerarşisi ile geçerli olmaktadır. Bunun ötesinde İtalyan anayasasının 11.maddesi, diğer devletlerle eşit olmak koşulu ile uluslararası barış ve adaletin teminine matuf

bir hukuk düzeninin gereği olduğu takdirde uluslararası anlaşmalar üzerinden ulusal egemenliğin sınırlanmasını kabul etmektedir. İtalya'nın 1955'te BM'e katılımı bağlamında anayasada kabul edilen bu düzenleme İtalya'nın BM'e katılımının ve Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığının dayanağıdır. Bunun dışında İtalyan anayasası uluslararası hukuk anlaşmalarının İtalyan hukukunda basit kanun hiyerarşisine sahip olduğunu kabul etmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi 183/1973 sayı ve tarihli kararından itibaren o dönemdeki adı ile Avrupa Topluluklarının barış ve adaleti temin eden hukuk düzeni teşkil ettiğinden hareket ederek Avrupa Birliği hukukunun önceliğini kabul etmiştir. Bu tablo AB hukuku için sadece anayasanın temel prensipleri ışığında denetim yapılabileceğini ortaya koymaktadır. 2001'de yapılan anayasa reformu ile kabul edilen devlet ve bölgeler arasındaki yetki ilişkisini düzenleyen anayasanın 117.maddesinde devletin ve bölgelerin anayasaya saygı ışığında AB hukuk düzeninden ve uluslararası yükümlülüklerden doğan sınırlamalar muvacehesinde yasama yetkisi kullanması kabul edilmiştir. Bu şekilde İtalyan hukukunda uluslararası hukuk anlaşmaları anayasa ve kanunlar arasında bir hiyerarşi elde ederken, BM hukuku ve AB hukuku, uluslararası teamül hukuku sadece anayasanın temel prensiplerine göre değerlendirilmesi mümkün olan anayasal bir hiyerarşi elde etmiştir.

I. İTALYAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN (CORTE COSTITUZIONALE) KARARININ BAĞLAYICI ETKİSİ

Almanya-İtalya arasındaki uyuşmazlıkta dönüm noktası oluşturan Kassation mahkemesinin (Yargıtay) 2004 tarihli Ferrini kararında, Almanya'nın 1943-1945 arasındaki İtalya işgali esnasında işlemiş olduğu uluslararası suçlar nedeniyle açılan tazminat davalarında Almanya'nın İtalyan mahkemelerinde devletlerin yargı bağımsızlığına istinat etmesi kabul edilmemiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın 2012'de vermiş olduğu kararla "*ius cogens exception*"ı reddetmesi ertesinde Kassation mahkemesi aynı yıl kararını değiştirmiş ve Uluslararası Adalet Divanı'nın kararını benimsemiştir.

İtalyan Parlamentosu devletlerin bağımsızlığına ilişkin 2004 tarihli New York anlaşmasına ilişkin uygun bulma kanununda ad hoc bir paragraf kabul ederek, bir taraftan hukuki güveni temin amacıyla Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığını, diğer taraftan da Adalet Divanı kararlarından sapmayı mümkün kılan bir prosedür kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu bağlamda verdiği 2014 tarihli kararında ilk olarak öngörülen ad hoc paragrafın anayasaya aykırılığını saptamıştır. Anayasa Mahkemesi ikinci olarak uluslararası teamül hukuku oluşturan devletlerin yargı bağımsızlığının anayasanın temel prensipleri muvacehesinde insan onurunun da dâhil olduğu insan haklarının kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir. Bu kararı ile Anayasa Mahkemesi yargı bağımsızlığına ilişkin normun Uluslararası

Adalet Divanı tarafından yorumlanma tekelini teyit etmiş ve bunun mantıklı sonucu olarak caiz olan bir durumu kanun etkisi ile düzenleyen hiçbir ulusal tasarrufun anayasanın 134.maddesine göre anayasaya aykırılık iddiası konusu yapılamayacağını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi bununla beraber bu kararı ile bir taraftan devletlerin yargı bağışıklığının anayasanın temel normlarına aykırılığı iddiasını reddederken, diğer taraftan da devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin normun İtalyan hukukuna transforme edilmesini engelleyen bir yaklaşım benimsemiştir. Bu tablo Anayasa Mahkemesinin devletlerin yargı bağışıklığı konusunda yorum yetkisi kullanmaktan kaçındığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin *erga omnes* etkili anayasaya aykırılığı tespit eden kararlarının tersine bu tür kararları sadece başvuru yapan mahkemeyi bağlamaktadır. Şekli hukuk bakımından bu nedenle Floransa yerel mahkemesi dışında diğer İtalyan mahkemelerinin kararın yargı bağışıklığının İtalya’da etkisini önleyen bölümüyle bağlı olma mükellefiyeti bulunmamaktadır.

Kassation mahkemesi Floransa yerel mahkemesi kararına karşı yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına rağmen Uluslararası Adalet Divanı’nın kararına istinaden Almanya’nın yargı bağışıklığı iddiasını kabul etmiştir. İtalya, Kassation mahkemesine göre BM Şartı’nın 94.maddesine göre Uluslararası Adalet Divanı kararlarının gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Benzer bir sonuç 1957 tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararlarının gereğinin yerine getirilmesini öngören uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözümlenmesine ilişkin Avrupa Konseyi anlaşmasının 39.maddesi nedeniyle de söz konusudur (bknz.: CETS Nr.023).

II. İTALYA’NIN FERAGAT BİLDİRİMLERİ

İlk bildirim 1947 tarihli İtalya ve müttefik devletler ve ortakları arasında yapılan barış anlaşmasının 77.madde, 4.fıkrasında karşımıza çıkmaktadır.¹ İki diğer bildirim İtalya ve Federal Almanya Cumhuriyeti arasında 1962’de yapılan Bonn anlaşmasında yer almaktadır.² İtalyan mahkemeleri İtalya tarafından yapılan feragat bildirimlerini *ratione personae, materiae ve temporis* reddetmiştir. Anayasa Mahkemesine başvuru yapan Floransa yerel mahkemesi bu hukuki görüşü benimsemiş ve Almanya’yı 50.000 Euro ödemeye mahkûm etmiştir.³ Floransa Mahkemesi Kassation mahkemesinin 2008 tarihli Milde davasında verdiği karara istinat etmiştir. İhtisas mahkemeleri 2012 tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararından önce bu içtihatı takip etmiştir. Kassation mahkemesi ise 1953 tarihli eski bir kararında barış anlaşmasında yer alan feragat bildirimine istinat etmiştir.

¹ UNTS 49 (1950), Nr.747

² BGBl.II 1963, 669; BGBl. II 1963, 793

³ www.questionegiustizia.it

1. Feragat Bildiriminin *Ratione Personae* Doğurduğu Sonuç

İtalyan mahkemeleri 1947 tarihli barış anlaşmasında yer alan feragat bildirimının sübjektif bağlayıcılığıyla bağlantılı olarak, bu anlaşmada Almanya'nın taraf olmaması nedeniyle söz konusu bildirim sadece müttefik devletlerinin istinat etmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Kassation mahkemesi 1953'de bir Alman tüzel kişinin feragat bildirimine istinat etmesi üzerine üçüncü kişi lehine bir anlaşma hükmünün mevcut olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme İtalya'nın ve Almanya'nın müttefik devletler karşısında eşit olmayan bir statüde bulunmaları nedeniyle uluslararası anlaşmalar hukuku prensiplerinin 1947 tarihli barış anlaşması için ne ölçüde geçerli olduğu konusunda tereddüte düşmüştür. Bu çerçevedeki tereddütler bir kenara bırakılıp, Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 36.madde hükmü esas alındığı takdirde üçüncü tarafın rıza verme gerekliliğinden hareket edildiği görülmektedir (*"the parties to the treaty intend the provision to accord that right"*). Diğer bir ifade ile münferit durumda üçüncü tarafa hak verilip verilmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle feragat bildiriminin bu koşulları yerine getirip getirmediği, diğer bir ifade ile hakkın devrine imkân verip vermediğinin incelenmesi gerekmektedir. Kassation mahkemesi 1953'te düalist yaklaşımla bu sorunu çözmüştür. Bu yaklaşıma göre barış anlaşmasının anlaşmaya ilişkin bir kanunla iç hukuka transforme edilmesi nedeniyle bildirim uluslararası hukuktaki bağlayıcılığından bağımsız olarak bildirim İtalyan mahkemeleri nezdinde Alman tüzel kişilerinin de istinat etmesi mümkündür. Kassation mahkemesi 1953'de bir kez daha anlaşma hükmünün üçüncü kişi lehine bir düzenleme getirip getirmediğini incelemiştir. 1953 ortasında yürürlüğe giren Londra Borçlar Anlaşması hem Almanya hem de İtalya tarafından onaylanmıştır.⁴ Londra Borçlar Anlaşmasının 5.madde, 4.fıkrası, Alman İmparatorluğu ile bağlantı içinde olan devletlerle yapılan barış anlaşmalarına atıf yapmıştır. Bu bağlamda Almanya ile yapılacak nihai anlaşmaya kadar moratoryum öngörülen Almanya'ya karşı feragat bildiri içeren tüm barış anlaşmalarında İtalya'nın da dâhil olduğu eski Mihver Devletlere Londra Borçlar Anlaşmasının 4.maddesinde diğer devletlere nazaran daha sınırlı bir pozisyon verilmiştir.

2. Feragat Bildiriminin *Ratione Materiae* Doğurduğu Sonuç

İtalyan mahkemelerinde tartışılan diğer bir konu da barış anlaşmasının 77.madde, 4.fıkrasının öngördüğü feragatin kapsamıdır. Floransa yerel mahkemesi barış anlaşmasının 97.maddesinin Almanya ve İtalya arasındaki

⁴ Burkhard Hess, *Kriegsentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, bknz.: Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Entschädigung nach bewaffneten Konflikten; die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Referate und Thesen*, C.F.Müller, Heidelberg, 2003, s.107 vd.

ekonomik ilişkileri feragat konusu olarak düzenlediğinden, buna karşılık mülkiyetin geri verilmesi konularıyla iştiğal etmediğinden hareket etmiştir. Ancak barış anlaşmasında yer alan “*all claims for loss or damage arising during the War*” ifadesi Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 31.maddesi muvacehesinde bu ifadenin 77.madde ile sınırlı olarak değil, anlaşmanın anlam ve amacı ışığında tüm anlaşmayı kapsar şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. İtalya ile yapılan barış anlaşması iki başka feragat bildirisi içermektedir. Barış anlaşmasının 76.maddesinde İtalya müttefik devletler ve ortaklarına karşı tazminat talebinden feragat etmiştir. Barış anlaşmasının 77.maddesi de müttefik devletler ve ortaklarının İtalya’ya karşı tazminat taleplerinden feragatlerini düzenlemektedir. Barış anlaşmasının 77.maddesinin dar yorumu İtalya ile yapılan, küresel sonuçları olan barış anlaşmasının anlam ve amacına uygun değildir. Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 32.maddesine göre tamamlayıcı yorum aracı olarak kullanılması mümkün olan, aynı gün Bulgaristan, Finlandiya, Macaristan, Romanya ile yapılan barış anlaşmalarına bakıldığı zaman, bu anlaşmaların da lâfzen Almanya ve diğer Mihver Devletlere karşı aynı feragat düzenlemeleri içerdiği görülmektedir.⁵ Müttefik devletlerin geçiş anlaşması ile Almanya’ya ilân ettikleri moratoryum Londra Borçlar Anlaşmasının Almanya dışında Mihver Devletler için varlık kazanmasını sağlamıştır.

İtalyan mahkemeleri tarafından temsil edilen, barış anlaşmasının 77.maddesinde yer alan feragat hükmünün ekonomik ilişkilerle sınırlı oluşuna ilişkin tezin müttefik devletlerin Mihver Devletler arasında doğan savaş zararlarının düzenlenmesi konusunu onlara bıraktığı gibi bir yanılğının doğmasına yol açması mümkündür. Oysa müttefik devletlerin Mihver Devletler arasındaki ilişkiler bakımından ne derece hassas oldukları, Almanya ile yapılan barış anlaşmasının 77.madde, 2.fıkrasında yeralan 3.9.1943 öncesi Almanya’ya geçen İtalyan mülklerinin iade edilmemesini öngören düzenleme örneğinde görülmektedir. Aynı zaman sınırlaması diğer beş barış anlaşmasında da müttefik devletlerin bu ülkelere giriş tarihi olarak belirlenmiştir. Alman mülkleri konusunda Almanya’nın eski ortaklarının elinin serbest bırakılması müttefik devletlerin çıkarına uygun bir durum değildir. Almanya ve Mihver Devletler arasında yapılan anlaşmalarda eksik olan feragat düzenlemesinin yegâne rasyonel açıklaması Mihver Devletler arasında telafi edilecek bir zararın bulunmamasıdır. Bu durum ancak İtalya bakımından 1943 itibariyle İtalyan vatandaşlarına karşı işlenen uluslararası suçlar nedeniyle isabetli değildir. İtalya ile yapılan barış anlaşmasının 77.maddesinin dar yorumlaması

⁵ Romanya ile yapılan barış anlaşmasının 28.maddesi; Bulgaristan’la yapılan barış anlaşmasının 26.maddesi; Macaristan ile yapılan barış anlaşmasının 30.maddesi; Finlandiya ile yapılan barış anlaşmasının 28.maddesi

İtalya'nın Almanya'nın eski müttefiki olması nedeni ile İtalya'nın dost/düşman olarak nitelendirilmesi bağlamında tereddüt yaratmaktadır. Buna karşılık barış anlaşmasının 77.maddesinin geniş yorumlanması rasyonel gözükmektedir. Yaptırım benzeri bir şekilde o zamanki Mihver Devletler 1947'de Almanya'ya karşı talep yapmaktan feragat ederken, müttefik devletler ve ortakları Londra Borçlar Anlaşması ile taleplerini ilk etapta sadece dondurmuşlardır.

Diğer iki feragat bildirimini 1962 tarihli nasyonal sosyalistlerin takibi sonucu doğan mali ve ekonomik tazminat konularını düzenleyen Almanya-İtalya arasında yapılan iki Bonn anlaşmasında yer almaktadır. Bonn tazminat anlaşması 1947 tarihli barış anlaşması gibi İtalya ile sınırlı olmayıp Federal Alman Cumhuriyeti'nin birçok Avrupa ülkesi ile yaptığı bir dizi bilateral tazminat anlaşmasının bir parçasıdır. Tazminat Federal Almanya'nın hukuki görüşüne göre açıkça ihtiyari nitelik taşımaktadır. İtalyan vatandaşlarının tazminat talepleri kısmen Federal Almanya tazminat kanunu muvacehesinde barış anlaşmasının 77.maddesine istinaden reddedilmiştir. Anlaşmaya ek bir mektup ile Almanya taleplerin reddine yönelik idari uygulamayı önleme taahhüdü yapmıştır. Uluslararası Adalet Divanı'nda cereyan eden prosedürde İtalya mektup teatisi prosedürünü barış anlaşmasının 77.maddesinin uygulama dışı bırakılmasına ilişkin talebinin Almanya tarafından kabul edildiğinin kanıtı olarak göstermiştir (<http://www.icj-cij.org>). Söz konusu mektup teatisi Almanya hernekadar Alman tazminat kanunu muvacehesinde barış anlaşmasının 77.maddesine istinat etme iradesine sahip olmasa da Almanya'nın İtalya'nın barış anlaşmasının 77.maddesinin mülkiyet hakları dışındaki zararları kapsamadığına ilişkin yorumuna itiraz etmediğini göstermektedir.

Bonn tazminat anlaşmasının 1.maddesine göre Alman tazminat kanunu muvacehesinde ırkçı nedenlerle nasyonal sosyalistlerin takibine uğrayanların tazminat talebi yapma hakkı kabul edilmiştir. Bu durum İtalya'nın açık şekilde anlaşma konusuna atıfta bulunan feragat bildirimiminin 3.maddesi için geçerlidir. Bu sebeplerle bağlantısı olmayan savaş suçları ve sürgünler tazminat önlemlerinin ve bunun sonucu olarak Bonn tazminat anlaşmasının kapsamında değildir. Tazminat anlaşmasında yer alan feragatin tersine Bonn ekonomi anlaşmasının 2.maddesi lâfzı itibarıyla kapsamlı formüle edilmiş bir feragat bildirimidir. İtalyan yargısı barış anlaşmasında olduğu gibi, bu düzenlemenin *lex materiae* olarak mülkiyet hakları dışındaki zararları kapsamadığını ileri sürmüştür. Barış anlaşmasının 77.maddesinin dar yorumunun madde hükmünün anlam ve amacına ve savaş sonrası düzenlemelerin koşullarına uygun düşmemesine karşın, Bonn ekonomi anlaşmasının 2.maddesinin dar yorumu rasyonel gözükmektedir. Anlaşmanın "kimi mülkiyet haklarının, ekonomik ve mali sorunların düzenlenmesi" başlığı ve ekonomik içeriği anlaşmanın dar yorumlanması gereğine işaret etmektedir. Aynı şekilde Almanya tarafından ödenen 40 milyon DM'nin dağıtımına ilişkin

İtalyan icra kanununa göre Almanya'nın savaş suçları nedeniyle ödediği tazminat icra kanununun 3.maddesinde yer alan sebeplerden hiçbirine istinat etmemektedir.⁶

3. Feragat Bildiriminin Ratione Temporis Doğurduğu Sonuç

İtalyan mahkemelerinin üstünde durdukları bir konu da feragat bildiriminin zamansal etkisidir. Barış anlaşmasında yer alan “claims ...outstanding on May 1945” ve Bonn ekonomi anlaşmasında yer alan henüz ortada olan kesinleşmemiş iddia ve talepler ifadesi İtalyan mahkemeleri tarafından mevcut prosedürlerle ilgili olarak yeni prosedürleri kapsamayacak şekilde yorumlanmaktadır. Bunun nedeni her iki durumda da barış anlaşmasında “outstanding” kavramının İtalyancaya “pendente” olarak tercüme edilmesidir. “Pendente” İtalya yargısında derdest anlamında yorumlanmaktadır. Bonn anlaşması bağlamında Alman kaynakları derdest kavramı yerine “schwebend” kavramını kullanmaktadır. Feragat bildiriminin barış anlaşmasının yapıldığı esnada derdest olan prosedürlerle sınırlanması, feragat bildiriminin Alman işgali sırasında yahut 2.4.1945, Almanya'nın İtalya'da teslim olması ve Almanya'nın tam teslim tarihi 8.5.1945'te derdest olan prosedürlerle sınırlı olarak geçerli olması sonucunu doğurur. Bu nedenle 1962 tarihli nasyonal sosyalistlerin takibi sonucu doğan mali ve ekonomik tazminat konularını düzenleyen Almanya-İtalya arasında yapılan iki Bonn anlaşması muvacehesinde davacıların 1962'den sonra anlaşmaya istinaden Almanya'ya karşı yeni talepler yapabilmesi olasılığı bulunmamaktadır.

III. HUKUKİ DAYANAK, ZAMAN AŞIMI, İCRAİ BAĞISIKLIK

Ferrini davasından itibaren İtalyan yargısı tazminat taleplerinin hukuki dayanağı olarak İtalyan medeni kanununun sorumluluk hukuku için geçerli 2043.maddesini esas almaktadır (ILR 128 (2004), 658). Bu şekilde Alman mahkemelerinde Yunanlıların açtığı davaların reddi örneğinde görüldüğü gibi La Haye kara savaşı kuralları muvacehesinde uluslararası hukuka istinat eden bireysel tazminat iddialarına ilişkin zorlukların üstesinden gelinmesi için bir yol açılmıştır. Alman mahkemeleri söz konusu davalarda, savaş durumunda insani hukukun idari sorumluluk hukukuna nazaran *lex specialis* önceliğe sahip olduğu gerekçesine istinaden kara savaşı kurallarında yer almayan bireysel tazminat taleplerinin karşılanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁷

⁶ Karin Oellers-Frahm, Judicial Redress of War-related Claims to Individuals: the Example of the Italian Courts, bkz.: Ulrich Fastenrath/Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Kahn/Andres Paulus/Sabine von Schorlemer/Christoph Vedder (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interests, FS für B.Simma, Oxford 2011, 1055 (1075 vd.)

⁷ Distoma, LG Bonn, 23.6.1997, AZ: 10 358/95; OLG Köln, 27.8.1998, OLG-Report Köln 1999, 5 vd.; BGH, 26.6.2003, NJW 56 (2003), 3488 vd.; BVerfG, Nichtannahmebeschluss 15.2.2006, BVerfGK 7.303 vd.

Yunanlılar tarafından açılan davaların Almanya'da akamete uğraması, Almanya'da İtalyanlar tarafından dava açılmasının bir sonuç getirmeyeceği düşüncesine yol açmıştır. Alman mahkemelerinde, İtalyan mahkemelerinde ve Uluslararası Adalet Divanında tartışılan devletlerin yargı bağımsızlığı konusu gündeme gelmemiştir. Alman mahkemelerinin Almanya'nın sorumluluğu konusunda karar verme yetkisine ilişkin bir tereddüt olmamasına karşın, Alman ve İtalyan mahkemelerinin taleplerin hukuki dayanağı konusunda birbirinden farklı yorumlar yapması, ulusal mahkemelerin devletler ve onların vatandaşları üzerinde önemli etkiler doğuran siyasi karakterli davalarda doğru bir platform olmadığını göstermiştir. Bu bağlamda Ferrini davasından sadece iki yıl önce Kassation mahkemesinin büyük dairesinde bir Sırbistan-Karadağ vatandaşı Markovic'in İtalya'ya karşı Kosova uyuşmazlığı esnasında Sırbistan televizyonunun bombalanması sonucu uğradığı zararın tazmini için açtığı dava⁸ savaş esnasında uğranılan zararın İtalyan mahkemelerinin yetkisi kapsamına girmediği, bunun siyasi bir yetki kullanımı sonucu doğduğu, bu yetkinin kullanımına karşı korunan ve yargısal olarak bu bağlamda karara bağlanabilecek bir hak bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Medeni kanununun 2947.madde, 3.fıkrasına göre zaman aşımı süresine suç teşkil eden fiilin işlendiği tarih esas alınmaktadır. Milde davasında üst mahkeme suç teşkil eden fiile istinaden ömür boyu hapis cezası kararı vermiştir.⁹ Ancak bu durum Almanya aleyhine açılan tüm davalar bakımından isabetli gözükmemektedir. Uluslararası suçların zaman aşımına uğramaması, zamansal sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kassation mahkemesi Ferrini kararında obiter dictum zaman aşımına karşı bir ifade kullanmıştır. Arezzo yerel mahkemesi yargılamanın iadesi davasında Ferrini davasında verilen kararda yer alan bu görüşü benimsememiş ve taleplerin zaman aşımına uğradığını karara bağlamıştır.¹⁰ Bu karara karşı Floransa üst mahkemesi nezdinde yapılan istinaf başvurusunda mahkeme zaman aşımını reddetmiştir.¹¹ La Spezia ve Turin yerel mahkemelerinin 1.hukuk dairesi 4.hukuk dairesinden farklı olarak zaman aşımını kabul ederek karar vermiştir.¹² Rossano yerel mahkemesine göre, uluslararası suçların zaman aşımına uğramaması 1945 sonrası kabul görmektedir; ceza hukukunun geriye dönük etki gösterme yasağının anayasanın temel prensibi olması nedeniyle somut dava bağlamında talepler zaman aşımına uğramıştır.¹³

⁸ Cass.civ.SS.UU, Beschluss/ordinanza 5.6.2002, Nr.8157, Riv.Dir.Int. 85 (2002), 800

⁹ Corte Militare d'Appello di Roma,18.12.2007/25.1.2008, Nr.72 (App.Milde)

¹⁰ Tribunale di Arezzo, 13.3.2007,Nr.316

¹¹ Corte d'Appello di Firenze, 11.4.2011, Nr.480

¹² Tribunale di La Spezia, 16.10.2008, Nr.1077; Tribunale di Torino, I sez.civ. 20.10.2009, Nr.7137 (Mantelli)

¹³ Tribunale di Rossano, Sez.civ. 16.9.2011, §4.2

Floransa yerel mahkemesi yargılamanın iadesi prosedürü bağlamında baktığı davada verdiği kararda zaman aşımına uğramama kuralının ikinci dünya savaşında işlenen suçları geriye dönük kapsayacak şekilde 1960'lı yıllarda oluştuğunu, bunun dışında özel hukuk taleplerinin ceza hukukunun geriye dönük etki gösterme yasağının kapsamında olmadığını vurgulamıştır. Uygulamada davacılar bakımından kesin hüküm karakterli kararların Almanya'ya karşı icra edilmesi önemli bir problem teşkil etmektedir. Alman mahkemeleri büyük bir ihtimalle Uluslararası Adalet Divanı'nın İtalyan mahkemelerinin yetkisizliğine ilişkin yaptığı tespit ışığında İtalyan mahkemelerinin kararlarını tanımaktan kaçınacaktır.¹⁴ İtalya'daki Alman mülkleri bakımından uluslararası hukuk muvacehesinde icrai bağışıklık söz konusudur. Egemenlik tasarrufları ve egemenlik dışı tasarruflar arasında yargı bağışıklığı bakımından yapılan ayırım icrai bağışıklık çerçevesinde etkisini "*governmental non-commercial purposes*" nitelikli mülkler için de göstermektedir.¹⁵ İtalyan yargısı da genel olarak mülke ilişkin amacı dikkate almaktadır. Elçilikler ve Konsolosluklar için bağışıklığın nedeni açık iken "Villa Vigoni" Alman-İtalyan Kültür Merkezi'ne karşı icra prosedürünün uygulanması Almanya'nın Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmasına neden olmuştur.

Floransa istinaf mahkemesi Yunanistan mahkemesi kararını tanıdıktan sonra icra prosedürü için Almanya'nın taşınmazlarına ipotek koydurtmuştur. Kanun hükmünde kararname ile acilen yürürlüğe konulan bu ipotekle derdest tüm dava ve icra prosedürleri Uluslararası Adalet Divanı kararı muvacehesinde bir süreliğine dondurulmuştur.¹⁶ Uluslararası Adalet Divanı kararından sonra bütün prosedürlerin nihai olarak durdurulması mümkünken, İtalyan Anayasa Mahkemesi kararından sonra herşey yeniden açık hale gelmiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararını verdiği 2012 başı ile Anayasa Mahkemesinin kararını verdiği 2014 sonu arasında kaç prosedürün hukuken durdurulduğu ve bu şekilde kaç davanın anayasaya aykırılık bildirimiminin geriye dönük etkisinin kapsamına girmediği bilinmemektedir. İtalyan mahkemelerinin Ferrini kararında yer alan "*ius cogens exception*" muvacehesinde anayasanın temel prensiplerine istinaden uluslararası suçlar bakımından icrai bağışıklığın aşılıp aşılmayacağı ilerde cevaplandırılacak bir soru olarak gündemde kalmaya devam etmektedir.

¹⁴ Burkhard Hess, *Kriegsentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, bkz.: Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Entschädigung nach bewaffneten Konflikten; die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Referate und Thesen*, C.F.Müller, Heidelberg, 2003, s.107 vd.

¹⁵ krş.: devletlerin ve mallarının yargı bağışıklığına ilişkin 2.12.2004 tarihli BM anlaşmasının 19.md.

¹⁶ Kanun hükmündeki kararname için bkz.: decreto-leggo 28.4.2010, Nr.63

IV. MÜZAKERELER VE ULUSLARARASI HUKUK SEVİYESİNDE YAPILAN GİRİŞİMLER

Anayasa Mahkemesi kararı muvacehesinde yeniden işletilen prosedürler Almanya üzerindeki baskıyı arttırmış ve İtalya ile kapsamlı bir tazminat müzakeresinin yapılmasına neden olmuştur. Almanya'ya karşı İtalya'nın iddialarının devam etmesi, İtalya'nın Uluslararası Adalet Divanı nezdinde bir karşı dava açmasına yol açmıştır. Açılan dava İtalya'nın feragat bildirimine hukuki bir açıklık getireceği düşüncesi ile Almanya tarafından desteklenmiştir. Açılan dava uyumsuzluk konusunun 1943-1945 arasında ortaya çıkması, dolayısıyla devletlerin bağımsızlığı konusunda yetki dayanağı oluşturan 1957'de yürürlüğe giren uyumsuzlukların çözümüne ilişkin anlaşmadan önce ortaya çıkmış olması nedeni ile Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkisini *ratione temporis* reddetmesi ile son bulmuştur.¹⁷ Yargısal denetim yapılamamasının müzakere olanağını ortadan kaldırması Almanya'nın Uluslararası Adalet Divanı'na müzakere talebinin yorumu için yeni bir başvuru yapmasını gündeme getirmektedir.¹⁸

Uluslararası Adalet Divanı kararının uluslararası Hukuk muvacehesinde İtalya'yı Almanya'nın yargı bağımsızlığını temin etmekle mükellef kılmasına rağmen Floransa'da Almanya'ya karşı prosedürün yeniden başlatılması, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletlerin sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının 31.maddesinde öngörülen "*full reparation*" yükümlülüğü muvacehesinde yeni bir uluslararası hukuk ihlâli iddiasını gündeme getirmektedir. Alman mülkleri üzerinde olası bir icrai işleme kadar Almanya için doğacak zarar dava masrafları hariç olmak üzere sadece maddi zarar olarak görülmemektedir. Uluslararası Adalet Divanı kararına rağmen Alman mülkleri üzerinde icrai bir işlem yapılması, bu bağlamda doğan zararların İtalya tarafından Almanya'ya ödenmesini gerektirebilecektir.¹⁹ Davaların yeniden görülmeye başlanması üzerine bu kez Almanya İtalya'ya karşı dava açmıştır. Açılan davada Floransa yerel mahkemesi İtalya'nın Almanya'ya karşı Uluslararası Hukuk ihlâli yaptığını kabul etmekle beraber, İtalya'nın İtalyan Medeni Kanununun 2045.maddesine istinaden insan onurunu koruma gerekliliği ile tasarrufta bulunduğunu kabul etmiştir.²⁰ Uluslararası Adalet Divanı'nın İtalya'nın yargı bağımsızlığı istisnası olarak ileri sürdüğü zorunluluk

¹⁷ bkz.: Jurisdictiona Immunitis of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6.7.2010, ICJ Reports 2010, 318 Rn.23 ve 320 vd., Rn.30-31

¹⁸ Karin Oellers-Frahm, Das italienische Verfassungsgericht und das Völkerrecht – eine unerfreuliche Beziehung, Anmerkung zur Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts vom 22.10.2014, EuGRZ Jahrgang 42, (2015), Heft 1, s.8-16

¹⁹ Christian Tomuschat, The National Constitution Trumps International Law, Italian Journal of Public Law Vol.6, Number 2 (2014), s.189-196

²⁰ www.questionegiustizia.it

durumunu *ultima ratio* reddetmesi söz konusu gerekçenin uluslararası hukuka göre bir dayanağı bulunmadığını ortaya koymaktadır.

SONUÇ

İtalyan mahkemeleri, İtalya ve müttefik devletler arasında yapılan 1947 tarihli barış anlaşmasında ve 1962 tarihli Almanya ve İtalya arasında yapılan iki anlaşmada yer alan Almanya'ya karşı yapılan feragat bildirimlerini dar yorumlamıştır. İtalyan vatandaşları tarafından açılan davalara dayanak olan söz konusu bu dar yorum yaklaşımı son olarak Floransa yerel mahkemesi tarafından yargılamanın iadesi prosedüründe yeniden benimsenmiştir. Londra Borçlar Anlaşması ile bağlantılı olarak barış anlaşmasında yer alan feragat bildirimine istinat ettirilen davalara Bonn anlaşmaları esas alınmamıştır. Davaların zaman aşımına uğrayıp uğramadığı konusu henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. Bunun için Kassation mahkemesi (Yargıtay) kararı gereklidir. En büyük problem şüphesiz icrai bağışıklık bağlamında ortaya çıkmaktadır. Buna rağmen Alman mülklerine karşı bir icrai takibat söz konusu olduğu takdirde, İtalya'nın devletlerin sorumluluğu prensibine göre doğan zararı tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilecektir. Anayasa Mahkemesinin kararında Almanya'yı tazminat konusunda müzakereye sevk edecek hususlar bulunsa da, karar gerekçesinde hakların korunması bağlamında eşdeğer bir tazminatın caiz kabul edilmemesi nedeniyle, yapılacak kapsamlı bir anlaşmanın anayasaya aykırı mütalâa edilmesi olanağı bulunmaktadır.

Aralarında uluslararası teamül hukuku, AB ve BM hukukunun da bulunduğu anayasa hiyerarşisine sahip yabancı hukuk düzenlerini Anayasa Mahkemesi 1970'li yıllardan itibaren anayasanın temel prensiplerine uygunluk bakımından (anayasanın temel hükümlerinin bariyer etkisi) denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi 238/2014 sayılı ve tarihli devletlerin yargı bağışıklığına sınırlama getirdiği kararında yer verdiği hakların korunması prensibini insan onurunun korunması ile ilişkilendirmiştir. Anayasa Mahkemesi kararına göre devletlerin yargı bağışıklığı dokunulmaz nitelikli hakların korunmasını engellemediği nispette *tour court* anayasaya aykırı değildir. Anayasa Mahkemesi uluslararası teamül hukukunun şekillendirilmesinde Uluslararası Adalet Divanı'nın tekel yetkisini kabul etmekle beraber, devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası teamül hukuku normunun İtalyan hukuk düzenine girmesine "*ius cogens exception*" çekincesi getirmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararının söz konusu bölümü mahkemeler bakımından yeni başvuruları imkânsız kılacak şekilde *erga omnes* etki doğurmamaktadır. Aynı şekilde yasama organının ad hoc müdahalelerinin de yeni bir başvuruya yol açması mümkündür. Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığının ulusal hukuka atfen sorgulanması İtalyan yargısını zor durumda bırakmıştır. Kassation mahkemesinin Ferrini davasından sadece iki yıl önce Kosova uyuşmazlığı

bağlamında Sırp-Karadağ vatandaşları tarafından İtalya'ya karşı açılan davalarda ulusal mahkemelerin bu tür davalar bakımından uygun platform oluşturmadığını karara bağlaması da bu bağlamda İtalyan yargısının çelişkili tutumunu ortaya koymaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin Uluslararası Adalet Divanı'nın tekel yetkisini sadece uluslararası teamül hukukunun oluşumu bakımından değil, kararlarının bağlayıcılığı bakımından da tanıması gerekmektedir.

KISALTMALAR:

Aufl.	Auflage (bası)
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGK	Bundesverfassungsgericht-Kammerentscheidungen
CETS	Conférence européenne sur les télécommunications par satellite
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Hrsg.	Herausgeber (editör)
ILR	International Law Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
<i>Rn</i>	<i>Randnummer</i>
Rs	Randsache
Slg.	Sammlung
UNTS	United Nations Treaty Series

BİBLİYOGRAFYA

- Burkhard Hess Kriegsentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsver-gleichender Sicht, bknz.: Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Entschädigung nach bewaffneten Konflikten; die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Referate und Thesen, C.F.Müller, Heidelberg, 2003.
- Christian Tomuschat The National Constitution Trumps International Law, Italian Journal of Public Law Vol.6, Number 2 (2014)
- Karin Oellers-Frahm Das italienische Verfassungsgericht und das Völkerrecht – eine unerfreuliche Beziehung, Anmerkung zur Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts vom 22.10.2014, EuGRZ Jahrgang 42, (2015), Heft 1
- Karin Oellers-Frahm Judicial Redress of War-related Claims to Individuals: the Example of the Italian Courts, bknz.: Ulrich Fastenrath/Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Kahn/Andres Paulus/Sabine von Schorlemer/ Christoph Vedder (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interests, FS für B.Simma, Oxford 2011

İNSAN HAKLARININ YATAY ETKİSİ VE MÜLKİYET HAKKININ YATAY ETKİSİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA GÖRÜNÜMÜ

The Horizontal Effect of Human Rights and the Horizontal Effect of the Right to Property in the European Court of Human Rights Case Law

İsmail Emrah PERDECİOĞLU*

Geliş Tarihi: 03.01.2020 Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

İnsan haklarının korunması amaçlı birey-devlet arası hukuki ilişkiler ile özel kişiler arası hukuki ilişkiler geçmişten bu yana hukukun iki ayrı alanına ait olarak görülmüştür. Ancak son yıllarda, özellikle Kıta Avrupa'sında, insan hakları ile özel hukuk alanı arasında geniş kapsamlı bir etkileşim bulunduğunu ortaya koyan birçok akademik yayım yapılmış, bu yöndeki görüşler yaygınlaşmıştır. Teorik alandaki bu gelişmeler beraberinde özellikle Alman Mahkemeleri'nin kararları ile insan hakları hukukunun özel hukuk alanına sirayet etmesinde ivme kazanılmıştır. Aynı yaklaşımın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenmesi ise temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiği düşüncesini ortaya koyan "yatay etki" kavramına ilişkin bilinci daha fazla artırmıştır. Bu mahkemenin kararları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan diğer haklar yönünden gözlemlendiği gibi "mülkiyet hakkı" yönünden de hakkın sağladığı korumanın özel kişiler arası alana doğru genişlemesi söz konusudur. Ancak tüm bunların sonuçları olarak ortaya çıkan ulusal makamların yerine geçerek karar verme eğilimi ile yatay etkinin sirayet ettiği diğer kişilerin de hesaba katılması gerektiği hususları meselenin başka boyutları olarak tartışmaya açık görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yatay etki, insan haklarının yatay etkisi, mülkiyet hakkının yatay etkisi.

ABSTRACT

Legal relationship between individuals and state for the purpose of protecting human rights and legal relationship between individuals in private sphere have been regarded as two different areas of law since the past. However, in recent years, many academic articles have been published indicating a wide interaction between human rights and private law, and opinions in this direction have become widespread, especially in Continental Europe. These developments in the theoretical field have accelerated the spreading of human rights law in the field of civil law, especially through the decisions of the German Courts. The adoption of the same approach by the European Court of Human Rights, on the other hand, increased the awareness of the concept of "horizontal effect", which asserts the idea that fundamental rights should be applied to private sphere. As observed in other rights protected under the European Convention on Human Rights by the decisions of this court, the protection provided by "right to property" also extends to the relationship between individuals. However, as a consequence to all these, other aspects of the issue seem to be open to discussion on the tendency to make decisions by replacing the national authorities and the requirement to take into account other individuals, who are affected by the horizontal effect.

Keywords: Horizontal effect, horizontal effect of human rights, horizontal effect of right to property.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, e-posta: ismail.emrah.perdecioğlu@anayasa.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-5914-0062.

GİRİŞ

İnsan hakları hukuku, özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik ulusal ve uluslararası mekanizmaların kurulması ile birlikte, düşünsel birikim yönünde hızla gelişen bir seyir izlemektedir. Bu seyrin dikkat çekici sonuçlarından biri insan hakları hukukunun birey ile devlet arasındaki alanda kalan hâkimiyetinin, bireyler arası alana doğru genişlemesi eğilimidir. Bu bağlamda insan hakları hukukunun yalnızca birey ile devlet arasında kalan alanda etkili olduğunu açıklayan dikey etki kavramının yanına “yatay etki” olarak açıklanan bir kavram daha eklenmiştir.

İnsan hakları hukukunun bireyler arası alanda sonuç doğurması ya da doğurmaması gerektiğine dönük tartışmalar son altmış yılda Alman doktrininde ortaya atılan “*Drittwirkung*” kavramının Alman Mahkemelerince benimsenmesi ile birlikte yoğunluk kazanmıştır. Bu tartışmalar insan haklarının bireyler arası alanda etki doğurması gerektiğinin kabulü halinde, böyle bir etkinin hangi yollardan ortaya çıkacağı sorusunu da tartışmaya açmıştır.

İnsan haklarının yatay etkisine ilişkin teorik alanda birçok görüş ortaya atılırken aynı zamanda bu etkinin birçok ulusal koruma mekanizmasında ve bazı uluslararası koruma mekanizmalarında benimsendiği görülmektedir. Bunlardan biri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) Sistemidir.

Sözleşme metninde yatay etkinin kabulüne yönelik açık bir düzenleme ortaya konulmamışsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) çeşitli yöntemler kullanarak bu etkinin işlevsel hale gelmesini sağlamaktadır.

Bu işlevselliği sağlayan içtihadı bakıldığında Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokolün 1. maddesi ile koruma altına alınan mülkiyet hakkı yönünden de yatay etkinin benimsendiği ancak içtihadın söz konusu hak bağlamında aşamalı bir seyir izlediği görülmektedir.

Bu çalışmada öncelikle insan haklarının bireyler arası alana etkisinin ne anlama geldiği açıklanacak ve bu etkinin altyapısını oluşturan belli başlı görüşler ortaya konulacaktır. Ardından bu etkinin teorik alandan uygulamaya geçişine ve uygulama bakımından genel kabul görmüş iki türüne değinilecektir. Devam eden kısımlarda ise yatay etkinin mülkiyet hakkı yönünden Sözleşme’nin koruma sistemi içindeki yeri özellikle AİHM içtihatları ile ortaya çıkan yöntemler yardımıyla irdelenecek dolayısıyla konuya ilişkin mülkiyet hakkı içtihadı ele alınacaktır.

1. İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ÖZEL HUKUK ALANINA ETKİSİ

1.1. Genel Açıklamalar

İnsan hakları hukukunun özel hukuk alanı üzerinde etki yaratabileceği düşüncesi, her iki hukuk düzeninin genel kabul görmüş öğretileri dikkate

alındığında, makul bir temelden yoksun görünmektedir. Ancak bu düşüncenin özellikle insan haklarına ilişkin koruma sistemlerinin giderek yaygınlaştığı son altmış yıllık süreçte teorik boyutta tartışıldığı ve ötesinde uygulamaya dönüştüğü fark edilmektedir.

İnsan haklarının korunması amaçlı birey-devlet arası hukuki ilişkiler ile salt özel kişiler arası hukuki ilişkiler geçmişten bu yana hukukun iki ayrı alanına ait olarak görülmektedir. İnsan haklarının korunması, devlet-birey arasında dikey bir uygulama yaratan kamu hukuku alanı kapsamında kalırken özel kişiler arası ilişkiler, birey-birey arası yatay uygulama yaratan özel hukuk alanı kapsamında değerlendirilir. Bu doğrultuda ilke olarak bireylerin kendilerini devletten koruma çabalarının özel hukuk alanında bir karşılığını aramak gereksiz görünmektedir.¹

Öte yandan son yıllarda, özellikle Kıta Avrupa'sında, insan hakları ile özel hukuk alanı arasında geniş kapsamlı bir ilişkinin ve ötesinde etkileşimin varlığını ortaya koyan birçok akademik yayım yapılmakta, bu yöndeki görüşler giderek yaygınlaşmaktadır.² Örneğin Alman akademisyen Christian Von Bar, insan haklarının özel hukuk yolu ile temel hak ve özgürlükleri koruduğunu³; Hollandalı akademisyen Cees van Dam, daha ötesinde insan hakları ile özel hukukun tam olarak aynı değerleri koruduğunu ileri sürmektedir.⁴ Bir başka Hollandalı akademisyen Elders ise özel hukuk ile insan haklarını aralarında bir karşılık varmış gibi mukayese etmenin yanlış olduğunu, farklı bir bakış açısı ile tipik olarak özel hukuk alanında görülebilecek bir takım değerlerin, temel hak ve özgürlüklerden biri olarak normlaştırıldığına ya da bir temel hak ya da özgürlük olarak korunduğunun gözlemlenebileceği görüşünü dile getirmektedir.⁵

Teorik alandaki bu gelişmeler ile birlikte yargıçların ve diğer hukukçuların insan hakları öğretisini özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulama eğilimleri,

¹ Cherednychenko, O., "Towards The Control Of Private Acts By The European Court of Human Rights", *Maastricht Journal of European and Comperative Law*, Cilt: 13, No: 2, 2006, s. 195.

² Somers, S., "Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective", *European Human Rights Review*, Sayı: 2, 2015, s. 149-150, yazar tarafından "tort law" olarak kullanılan ifade bu makalede Türkçeye "özel hukuk alanı" olarak çevrilmiştir.

³ Von Bar, C., *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Oxford University Press, 2009, s. 229.

⁴ Van Dam, C., *European Tort Law*, Oxford University Press, 2013, s.223.

⁵ J.L.M. Elders, *Privaatrecht en grondrechten*, Consultative Report for the Private Law Association, Lelystad, Koninklijke, Vermande,1986, akt. Ploeger, H.D. ve Stolker, C.J.J.M., "In search of the importance of Article 1 Protocol No.1 ECHR to private law", ed. Loof, J. P., Ploeger, H. ve Van Der Steur, A., *The Right to property The influence of Article 1 Protocol No.1 ECHR on several fields of domestic law*, Shaker Publishing, Maastricht, 2000, s. 69.

insan hakları hukuku ile özel hukuk alanı arası ilişki kuran bu yönde görüşlerin önemini de artırmaktadır.⁶

Öyleyse bu noktada, söz konusu görüşler ve onlara dönük eğilim doğrultusunda, insan hakları ile özel hukuk arasında kurulan bu türden bir bağlantının nereden kaynaklandığının açıklanması gerekmektedir. Bu açıklamayı yapabilmek içinse insan haklarının, özel hukukun herhangi bir alanına -tazminat, sözleşme ya da mülkiyete ilişkin- uygulanmasının nasıl mümkün olabileceği sorusu cevaplanmalıdır.

1.2. Düşünsel Temeller

İnsan haklarına ilişkin etkinliği olan uluslararası belgeler ve ulusal anayasalar, yoğunlukla kişi özgürlükleri ile siyasi hakları güvence altına almaktadır.⁷ Bu güvencenin temel amacı şiddet uygulama alanında tekel olarak kabul edilen devletin, bunu kötüye kullanması halinde kişilerin korunmasının sağlanmasıdır. Söz konusu belge ve anayasalarda bu koruma yargı kararı bulunmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılmama, kötü muameleye ya da işkenceye maruz kalınmasının engellenmesi gibi örnekler ile somutlaşır. Bu bağlamda insan hakları hukuku ile özel hukuk arasında bir bağlantı kurmak zor görünür.

Nitekim böyle bir bağlantının bulunmadığını, insan hakları hukukunun özel hukuka uygulanmasının en başta özel hukukun otonom yapısını bozacağını, devlet için yasama organı aracılığı ile bu otonom yapının sınırlarına müdahalede bulunma fırsatı doğacağını, özel hukukun mülkiyet, sözleşme, haksız fiil gibi çekirdek alanlarını yorumlama hususunda uzmanlaşmış olan özel hukuk mahkemelerinin yetkilerinin kamu hukuku mahkemelerine kayması ile özel hukukun uygulama alanının daralacağını ortaya koyan eleştiriler de haksız görünmemektedir.⁸ Zira bu eleştiriler esasında özel hukuk alanının korunması temelinde çekinceler içermektedir. Ancak insan hakları hukuku ile özel hukukun uyumsuzluğu üzerinde yoğunlaşan bu eleştiriler daha derin bir bakış açısı ile boşa çıkabilmektedir.

Bu bakış açısında ise temel hak ve özgürlükler ile bunların koruduğu birçok değer in özünde özel hukuk doktrininden esinlenerek oluşturulduğu

⁶ Barkhuysen, T. ve Van Emmerik, M., "Constitutionalistion of Private Law:The European Convention on Human Rights Perspective", <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12938>, erişim 16/1/2020, s. 44-45; Brüggemeier, G., "Constitutionalistion of Private Law, The German Perspective", ed. BARKHUYSEN, T. ve Lindenbergh, S., Constitutionalisation of Private Law, 2006, s.60-68; Mowbray, A., The Development of The Positive Obligations Under The European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2004, akt. Somers, S., "Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective", s. 150.

⁷ Collins, H., "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law", ed. Micklitz, H., Constitutionalization of European Private Law, Oxford University Press, 2014, s. 26.

⁸ Collins, H., "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law", s. 27.

görüŖü savunulmaktadır. Nitekim kiŖi özgürlüğü hakkının özel hukukun çekirdek alanlarından olan haksız fiil sorumluluğundan türediğı, mülkiyet hakkının kullanımını düzenleyen kuralların özel hukuk tarafından sağlandığı ya da özel hayatın tazminat hukuku vasıtasıyla korunduğı bu yöndeki görüşü ortaya çıkaran örnekler olarak gösterilmektedir. Böylece özel hukuk alanı, insan haklarına ilişkin düzenlemeler içeren belgelerde esasen korunmak istenen değerleri öteden beri kısmen kapsayan öncel bir oluşum olarak açıklanabilmektedir.⁹

Diğere taraftan insan hakları ile özel hukuk alanı arasında bir bağlantı bulunduğı ve ötesinde insan haklarının özel hukuk alanına uygulanabileceğı düşüncesinin, Thomas Hobbes ve Jean-Jacques Rousseau'nun en büyük açıklayıcısı ve geliştiricisi oldukları "*toplumsal sözleşme*" doktrininin bir yansıması olduğı da savunulmaktadır.¹⁰ Çünkü bir devlet oluşturma ve onun yönetimine tabi olma ihtiyacı, özellikle miras uyuşmazlıkları ve/veya inançsal ayrılıklar gibi sebeplerle bireyler arası süregelen çekişmelerin giderilmesi talepleri ile sonucu ortaya çıkmış, bu bağlamda Hobbes'a göre "*ulu*" devlet insanların birbirlerinin haklarını ihlal etmemelerini sağlamak ile yükümlü kılınmış, bunun için var edilmiştir. Devlet, bireyler arası tüm çatışmaları sonlandıracak yegâne aygıttır ve bireyler özerkliklerinden devlet lehine feragat ederek, toplumsal sözleşmenin tarafı olmuşlar, diğere bireylerden haklarına karşı gelecek müdahaleleri önlemekle devleti sorumlu tutmuşlardır.¹¹ Dolayısıyla klasik anlayışa göre insan hakları ihlallerinin potansiyel faili konumunda olan devlet aygıtı bu halde daha çok kişilerin diğere kişilerden kaynaklanan mağduriyetlerinin kollayıcısı konumunda olmaktadır.

Locke ise bu noktada biraz farklılaşarak insanların, doğuştan gelen ve devredilemeyen doğal haklarından devlet lehine feragat edemeyeceklerini ileri sürmekte, devletin bu haklara saygı göstermek zorluğunu vurgulamaktadır. İşte bu düşünce, -her ne kadar "*insan hakları*" ibaresi bizzat Locke tarafından kullanılsa da- doğal hakların devlet tarafından sadece kendinden kaynaklanan müdahalelerden değil diğere kişilerden gelen müdahalelerden de korunmasını gereğini ortaya koymaktadır.¹²

⁹ Barak, A., "Constitutional Human Rights and Private Law", ed. Friedmann, D. ve Barak-Erez, D., Human Rights in Private Law, Hart, Oxford, 2002, s. 21, 22; Smits, J., "Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View", ed. Barkhuysen, T., ve Lindenberg, S., Constitutionalisation of Private Law, s. 9.

¹⁰ Somers, S., "Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective", s. 151.

¹¹ Somers, S., "Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective", s. 151.

¹² Donnelly, J., Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell University Press, 2013, s. 34, akt. Somers, S., "Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective", s. 151.

Öyleyse Hobbes ve Lock'un görüşlerinden ortaya çıkan sonuca göre, devlet hem bireylerin birbirlerinin haklarını ihlal etmesini önlemek olan, var oluş amacını gerçekleştirmeli hem de bu amacı gerçekleştirirken kendisi de bireylerin haklarına saygı göstermelidir. Dolayısıyla devlet, kişilerin temel haklarının birbirlerine karşı sağlanmasından ve ayrıca bu hakların bireyler arası ilişkilerde etkili kullanımından ki bu durum özel hukuk alanında en azından bir gözetim vazifesi yüklenildiği anlamını taşır, sorumlu olmalı hem de bu hakların ihlalden kaçınmaktan ki bu durum da klasik insan hakları anlayışına işaret eder, sorumlu olmalıdır.¹³

2. İNSAN HAKLARININ YATAY ETKİSİ

2.1. Yatay Etki Kavramı

İnsan hakları hukuku ile özel hukuk arasında bir bağ ve ötesinde etkileşim bulunduğu dair teorik tartışma süredursun, on yıllardır gerek ulusal gerekse uluslararası insan hakları kuruluşlarınca böyle bir bağın varlığının kabulü ile hareket edilerek, bu bağın doğurduğu ilişkinin somut olaylara uygulandığı örneklerin sayısı giderek artmaktadır.¹⁴ Böylece özel hukuk alanına giren ilişkilerde, tabii ki taraflardan birinin devlet olmadığı ya da devleti temsil etmediği durumlarda, insan hakları hukukunun etki yaratması durumu yaygın kabul görmüş bir eğilim halini almaktadır.¹⁵ Temel hak ve özgürlüklerin genellikle anayasalarda yer bulmasından hareketle bu eğilim “*özel hukukun anayasallaşması*” ya da “*üçüncü kişilere etki*” ya da akademik alanda en yaygın kullanımı ile “*yatay etki*” ifadeleri ile açıklanmaktadır.¹⁶

¹³ Somers, S., “Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective”, s. 151, 152.

¹⁴ Bu tartışmanın ve uygulamaların ayrıntılı olarak ele alındığı çalışmalar için bkz. Van Der Walt, J., *The Horizontal Effect Revolution And The Question Of Sovereignty*, De Gruyter GmbH, Berlin-Boston, 2014; Mak, C., *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of The Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, 2007, https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf, erişim 16/1/2020; Sajo, A. ve Uitz, R., ed., *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, 2005; Rivera Pérez, W., *International Human Rights Law and The Horizontal Effect of Constitutional Rights in Latin America: a look at the direct application of constitutional rights in Argentina, Colombia and Puerto Rico*, S.J.D. University of California, 2010; Barkhuysen, T. ve Van Emmerik, M., “Constitutionalisation Of Private Law: The European Convention On Human Rights Perspective”; Phillipson, G., “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and The Common Law: A Bang or a Whimper?”, *The Modern Law Review*, Cilt: 62, No:6, 1999, s. 824-849.

¹⁵ Ergül, O., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Erdal Onar Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt: I, 2013, s. 437.

¹⁶ Temel hak ve özgürlüklerin bireyler arası ilişkilere uygulanmasına ilişkin farklı isimlendirmelere yönelik bkz. Ergül, O., s. 438-440.

İnsan haklarının kişinin devletle olan ilişkisini düzenlemek ile devlet iktidarını sınırlamak zorunluluklarını ortaya koyan ve temel hakların muhatabı olarak sadece devleti kabul eden “*dikey (klasik) etki*” den¹⁷ ayrık olarak insan haklarının “*yatay etkisi*”, temel hakların özel kişiler arası ilişkileri de düzenlediği ve özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiği düşüncesini ortaya koymaktadır. En basit anlatım ile insan haklarının yatay etkisi, insan hakları mevzuatının özel kişiler arasındaki alana uygulanması anlamına gelmektedir.¹⁸

2.2. Yatay Etkinin Ulusal İçtihatlarda Kabulü ve Alman Anayasa Mahkemesinin Rolü

İnsan haklarının yatay etkisi birçok ülke hukukunda farklı şekilde ele alınmakla birlikte tartışmaların çoğu Federal Almanya’da vücut bulan öğreti ve yargısal içtihatlarla dayanmaktadır.¹⁹ Bu bağlamda insan haklarının yatay bir etki yarattığı fikri, özellikle 1949 yılında Federal Alman Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden sonra Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadı ile gelişen “*Drittwirkung*” kavramı ile öğretide daha çok dikkat çeker hale gelmiştir.²⁰

Drittwirkung, Almanca kökenli bileşik bir kelime olup, iki taraflı bir ilişkinin üçüncü kişi (*dritter*) üzerinde etkisi (*wirkung*) olarak açıklanmaktadır.²¹ Bu kelime 1954 yılında Ipsen tarafından yazılmış bir makalede kullanılmış²², Alman Anayasa Mahkemesi de 1957 tarihli *Lüth Kararında* insan haklarının yatay etkisini gerekçesine dayanak almıştır. Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında anayasal güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin, özel hukuk ve kamu hukukundan oluşan tüm hukuk düzenine kesintisiz ve eşitçe uygulanmak zorunda olan “*objektif bir değer sistemi (Wertordnung)*” ürettiğini belirtmiş, bu objektif değerlerin uygulanmasının özel/kamu hukuku ayrımı nedeniyle sekteye uğratılmayacağını vurgulamıştır. Bu doğrultuda özel hukukun, bireyler arası uyumsuzlukları çözüme kavuştururken bahsedilen objektif değerler çerçevesinden ayrılmadan sonuca ulaşması gerektiğini ifade etmiştir.²³

¹⁷ Belling, W. D. ve İnce, N., “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 137, 2014, s. 3.

¹⁸ Hunter-Henin, M., “Horizontal Application and The Triumph of The European Convention on Human Rights”, ed. Dawn, O. ve Fedtke, J., *Human Rights and the private sphere: a comparative study*, London, New York, Routledge-Cavendish, 2007, s. 98.

¹⁹ Gören, Z., “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu* /den ayrı bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 1.4.

²⁰ Belling, W., D. ve İnce, N., “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, s. 3.

²¹ Fedtke, J., “Drittwirkung in Germany”, ed. Oliver, D. ve Fedtke, J., *Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007., s. 125.

²² Ergül, O., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, s. 439.

²³ Bobák, M., “The Horizontal Effect of The Right to a Healthy Environment”, Masaryk University, Faculty of Law, Diploma Thesis, 2013, https://is.muni.cz/th/al4or/The_Horizontal_Effect_of_the_Right_to_a_Healthy_Environment.pdf, erişim 16/1/2020, s. 14.

Lüth Kararının ardından hem Federal Alman Anayasa Mahkemesi, hem de diğer Alman mahkemeleri, söz konusu karar ile benimsenen yaklaşımı takip etmiştir.²⁴ Alman mahkemeleri bu yönde içtihatlarını geliştirirken anayasal hakları içine alan özel hukuk araçları ortaya koymakta tereddüt de etmemişlerdir. Örneğin özel kişiler arası gerçekleşen ifade özgürlüğü ihlallerinin hukuka aykırı olduğuna hükmedilerek, önceleri “*var olmayan düzenlemeye dayanılamayacağı*” ilkesi kapsamında kabul görmeyen manevi zarar taleplerinin karşılanmasına yönelik kararlar verilmiştir. Yine bir işçinin işten çıkartılmasına ilişkin bir davada, işten çıkarma için “*geçerli sebep*” gibi bir düzenlemeye dayanılıyorsa bile işçinin ifade özgürlüğünü kullanmasından dolayı işten çıkartılmış olma hali hukuka aykırı olarak değerlendirilmiştir.²⁵ Bu örneklerden anlaşıldığı kadarıyla Alman Mahkemelerinin benimsediği yaklaşım, devletin doğrudan taraf olmadığı durumlar dahi olsa, özel kişiler arası uyuşmazlıkların çözümünde yargıçların anayasal hakları gözeterek sonuca ulaşması gerekliliği bulunmaktadır.

İlerleyen dönemlerde anayasal hakların özel hukuk alanına etkisi birçok ülke uygulamasında da benimsenmiştir.²⁶ Böylece farklı uygulama örnekleri ile karşılaşılmış ve ancak ana akım iki farklı görüş ön plana çıkmıştır.²⁷

2.3. Doğrudan Yatay Etki Teorisi

Tam da Alman Anayasa Mahkemesinin *Lüth Kararı* ortaya konulduğunda, Alman akademisyen Nipperdey, insan haklarının özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması gerektiği görüşünü ortaya atmıştır²⁸. Nipperdey’e göre anayasal güvence altına alınmış temel haklar, normatif düzenlemeler olarak, irade özerkliğine dayanan özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanmalıdır.²⁹ Çünkü temel haklar hukuk sisteminin bütününe etki gösteren objektif ve bağlayıcı anayasa hükümleri olarak varlığını sürdürdüğünden rahatlıkla özel kişiler arası hukuki ilişkilere doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Öyle ki, normatif etkisi en üst seviyede olan anayasalarda düzenlenmiş temel haklara aykırı her tür hukuki işlem ya da kural yok hükmünde kabul edilmelidir.³⁰

²⁴ Beckmann, P., vd., “Germany”, ed. Brüggemeier, G., vd., *Fundamental Rights and Private Law in The European Union*, Cambridge University Press, 2010, s.266, akt. Ergül, O., s. 451.

²⁵ Ergül, O., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, s. 451, 452.

²⁶ Ergül, O., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, s. 452.

²⁷ Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi*, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/22-sezgioktemsongu.pdf>, erişim 16/1/2020, s. 615, 616.

²⁸ Bobâk, M., “The Horizontal Effect of The Right to a Healty Environment”, s. 16.

²⁹ Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, s. 616, 617.

³⁰ Belling, W., D. ve İnce, N., “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, s. 6.

Kişiler arası alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde başka bir hukuk kuralına başvurmadan sadece anayasa hükmünün uygulanması anlamına gelen³¹ ve “*mutlak etki teorisi*” olarak da isimlendirilen³² bu yaklaşım, kişiler arası ilişkilerde anayasanın emrettiği çerçevede hareket etmek gerektiğini ve bunun anayasal bir zorunluluk olduğunu savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre anayasada yer alan bir temel hak veya özgürlük, herhangi bir ara düzenlemeye ya da usule ihtiyaç duyulmaksızın tek başına bir dava sebebi oluşturabilmektedir³³. Yani birey böyle bir davada doğrudan temel haklara dayanabilmekte ve bu hakları diğer bireylere karşı ileri sürebilmektedir.³⁴

Yatay etkinin doğrudan uygulanabilirliğine kaynaklık edecek pozitif düzenlemelere Bazı Kıta Avrupası ülkelerinin anayasalarında rastlanmaktadır. Örneğin İsviçre, Estonya, Litvanya anayasalarında temel hak ve özgürlükler için bu yaklaşımın benimsediği görülmektedir.³⁵ Bu kapsamda İsviçre Anayasası’nın 35. maddesinde açıkça şöyle denmektedir:

“1. Temel haklar hukuki sistemin tamamında hüküm ifade eder.

2. Devlet adına hareket eden herkes temel haklara bağlıdır ve temel hakların gelişmesine katkı sunmakla yükümlüdür.

3. Resmi otoriteler uygun olduğu durumlarda özel kişiler arası ilişkilerde temel hakların uygulanmasını güvence altına almalıdır.”³⁶

Yine doğrudan yatay etkiye işaret edilen Estonya Anayasası’nın 19. maddesinde “Herkes hak ve özgürlüklerini kullanırken ve görevlerini yerine getirirken diğerlerinin hak ve özgürlüklerine saygı göstermek ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini gözetmek ve hukuka uymak zorundadır.”³⁷; Litvanya Anayasası’nın 28. maddesinde “Kişiler hak ve özgürlüklerini kullanırken Anayasa ile Litvanya Cumhuriyeti’nin kanunlarını gözetmek ve diğerlerinin hak ve çıkarlarını zedelememek zorundadır.”³⁸ hükümleri bulunmaktadır.

Ancak bu durumun Avrupa genelinde kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir. Birçok Avrupa ülkesinin anayasasında, temel hakların özel hukuka

³¹ Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, s. 616.

³² Belling, W., D. ve İnce, N., “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, s. 5.

³³ Ergül, O., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, s. 442.

³⁴ Gören, Z., “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, s. 10.

³⁵ Bobâk, M., “The Horizontal Effect of The Right to a Healthy Environment”, s. 17, 18.

³⁶ Bkz. İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası, Madde 35, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/202001010000/101.pdf>, erişim 8/4/2020.

³⁷ Bkz. Estonya Cumhuriyeti Anayasası Madde 19, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide>, erişim 8/4/2020.

³⁸ Bkz. Litvanya Cumhuriyeti Anayasası, Madde 28, http://europam.eu/data/mechanisms/COI/COI%20Laws/Lithuania/Lithuania_Constitution_1992,%20amended%20in%202003.pdf, erişim 8/4/2020.

uygulanması noktasında yargısal organlara yalnızca sınırlı bir yorumlama imkânı tanınmıştır.³⁹ Şüphesiz bu daraltıcı tutumda, aksinin kabulü halinde mahkemelere sınırları belirsiz bir takdir yetkisi tanınması endişesinin ve normların yasama yetkisinin kontrolünden çıkarak toplumda bir tür *juristokrasi* ortamı oluşacağı düşüncesinin payının olabileceği akla gelmektedir. Nitekim tam da bu noktada, Alman akademisyen Nipperdey'in öncülüğünü yaptığı doğrudan etki fikrinin Alman Anayasa Mahkemesince de kabul edilmediği⁴⁰ belirtilmelidir.

İnsan haklarının yatay etkisinin doğrudan sağlanması gerektiğini savunan düşünceye daha kapsamlı itirazlar da yapılmıştır. Genel olarak klasik liberaller olarak gruplandırılabilir bu itirazları ileri sürenler temel haklara yalnızca devletin saygı duymakla yükümlü olduğunu belirtmekte, temel hakların, farklı bir felsefesi, genel kabul görmüş bir öğretisi ve metodolojisi olan kamu hukukuna has öğeler olduğunu vurgulamaktadırlar. Bu nedenle temel hakların özel hukukun özerk alanına etki etmesinin mümkün olmadığını, ancak özel hukuk alanının otonomluğu tam olarak sağlandığında ve maksimize olduğunda böyle bir yatay etkiden yararlanmanın olanaklı olabileceğini belirtmektedirler.⁴¹ Ayrıca temel haklar aşırı siyasi bir yörünge içinde olduklarından ve görece olarak belirsizlik taşıdıklarından, kişiler arası ilişkilerin öngörülebilir ve istikrarlı olmasına engel olabilecek niteliktedirler ve bu nedenle de özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmaya müsait değildirler.⁴²

2.4. Dolaylı Yatay Etki Teorisi

Dolaylı etki (*mittelbare Drittwirkung*) teorisi, temel hakların özel hukuk alanına doğrudan uygulanmasını reddetmektedir.⁴³ Bu görüşe göre, her ne kadar temel haklar sadece devlet tarafından değil bireyler tarafından ihlal edilebilirse de böyle bir durumda oluşması beklenen yatay etki, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilir olduğu anlamına gelmemektedir.⁴⁴ Dolaylı yatay etki, kişiler arası uyumsuzlukların çözümünde ve bu kapsamda özel hukuk kurallarının yorumunda anayasal kural ve ilkelerden

³⁹ Bobâk, M., "The Horizontal Effect of The Right to a Healty Environment", s. 18.

⁴⁰ Bobâk, M., "The Horizontal Effect of The Right to a Healty Environment", s. 16.

⁴¹ Wagnerová, E., Univerzalita lidských práv a spektrum právních vztahů. ed. Hanus, J., Lidská práva-nárok na obecnou platnost a kulturní diferenciaci. Brno:Centrum pro studium demokracie a kultury, 2001, s. 56-64, akt., Bobâk, M., "The Horizontal Effect of The Right to a Healty Environment", s. 19.

⁴² Bobâk, M., "The Horizontal Effect of The Right to a Healty Environment", s. 19.

⁴³ Dürig, G., Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, s. 157 vd.; DÜRIG, Günter, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, s. 507, 525, akt. Belling, W., D. ve İnce, N., "Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", s. 7.

⁴⁴ Belling, W., D. ve İnce, N., "Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", s. 7.

bir yorum ölçüsü ya da kaynağı olarak yararlanma anlamına gelmektedir.⁴⁵ Buna göre örneğin mülkiyet hakkına ilişkin kişiler arası bir uyuşmazlıkta “sosyal devlet” ilkesine uygun yorum yapılmalıdır.⁴⁶

Doğrudan yatay etkinin aksine dolaylı yatay etki ile özel hukuk kurallarının tamamen dışlanması yerine bu kuralların yalnızca ilgili oldukları temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümler ışığında yorumlanabilmesi kabul edilmektedir. Dolaylıyatay etki, kişiler arası uyuşmazlıklarda tarafların haklarının birbirlerine karşı korunmasında yorumsal bir düzen kurar. Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak bir taraftan yorum yolu ile uyuşmazlığın çözümüne katılırken diğer taraftan uyuşmazlığa uygulanan özel hukuk normu esas kural olmayı sürdürür.

Dolaylı yatay etkinin kabul gördüğü bir hukuk sisteminde yasa koyucunun yeni düzenlemeler oluştururken anayasal temel hakların koruduğu alana dikkat ederek, bu temelde ortaya çıkma potansiyeli olan yargısal yorumu da hesaba katması doğru bir tercih olacaktır.⁴⁷ Böylece temel hakların ruhu özel hukuk alanında kendini gösterecek, hem özel hukuk alanı ile kamusal hukuk alanı arasındaki ontolojik boşluk küçülecek, hem de özel hukuk alanı bağımsız ve otonom yapısını tamamen kaybetmeyecektir. Alman hukukunda bu duruma “temel hakların yayılma etkisi (*Ausstrahlungswirkung*)” denilmekte, temel hakların özel hukuka giriş yaptığı noktalar da “sızma noktaları” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁸

Dolaylı yatay etki teorisini geliştiren Alman akademisyen Dürig’e göre temel haklar özel hukuk alanında doğrudan uygulanma imkânına sahip olmamakla birlikte, özel hukuka özgü ahlak, doğruluk, güven gibi kavramlar temel haklarda ifadesini bulan değerler sistemi ile doldurulabilecektir.⁴⁹ Bu şekilde bir özel hukuk uyuşmazlığında taraflar doğrudan temel haklara bağlı olmamalarına karşın, genel bir değerler sistemi üzerinden temel hakların etkisine gireceklerdir.⁵⁰

⁴⁵ Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, s. 618.

⁴⁶ Şahlanan, F., Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, İstanbul, 1980, akt. Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, s. 618.

⁴⁷ Bobák, M., “The Horizontal Effect of The Right to a Healthy Environment”, s. 20.

⁴⁸ Dürig, G., Grundrechte und Zivilrechtsprechung, akt. Belling, W., D. ve İnce, N., “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, s. 8.

⁴⁹ Soyer, M., Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 164, akt. Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, s. 620.

⁵⁰ Kılıçarslan İsfen, S., “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: I, Sayı: 1, 2011, akt. Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, s. 620.

Dolaylı yatay etki teorisi, Alman hukuk doktrini ve Alman Anayasa Mahkemesince de benimsenmiştir. Esasen Alman Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsi geçen *Lüth Kararı* dolaylı yatay etkinin ortaya konulduğu bir örnektir ve halen bu alanda emsal karar olarak değerlendirilmektedir.⁵¹

Temel hakların dolaylı yatay etkisi bugün insan hakları hukukunun özel hukuk alanına uygulanmasında yaygın tercih edilen bir yöntemdir.⁵² Örneğin Almanya gibi İtalya ve İspanya'da; Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadında⁵³ ve hatta Avrupa dışında Japonya'da dolaylı yatay etkinin benimsendiğini belirtmek gerekir.⁵⁴ Bu çerçevede mesela İtalya'da Medeni Kanun ile yalnızca maddi zararların karşılanması hüküm altına alınmışken, mahkemeler Medeni Kanun ile anayasal düzenlemeler arasında bir bağ kurarak, birey lehine manevi tazminata da hükmetmişler; yine İspanya'da bir işçinin diğer işçileri yönetime karşı temsil etmesi nedeniyle işten çıkarılmasında mahkemeler, anayasanın işçinin temsiline olanak tanıyan maddelerine aykırılık olduğunu tespit edip, tazminata ve ötesinde eski hale iadenin gerektiğine hükmetmişlerdir.⁵⁵

Buradan anlaşıldığına göre esasında mesele özel hukuk uyumsuzluklarında mahkemelerin, özel hukuk alanı ile anayasal temel haklar alanı arasında çözüme yönelik bir uyumlaştırma yapması gereğidir. Böyle bir uyumlaştırma ise ahlak, dürüstlük, iyi niyet gibi soyut değerlerin en azından anayasa koyucunun iradesinin ürünü olan anayasal hükümler gözetilerek yorumlanması anlamına gelmektedir.

İnsan haklarının korunması bağlamında olumlu yönlerine rağmen dolaylı yatay etki uygulaması da eleştirilebilir sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Bir kere bu uygulamanın temeli olan mahkemelerin yorumu meselesi, devletin temel erki olan kural koyma erkinin yetkili organı parlamentoların iradesini aşan sonuçlara yol açmaya her zaman müsaittir. Ayrıca klasik insan hakları anlayışı ile mahkemelerin temel hak ve özgürlükler lehine yorum yapması, devlet karşısında zayıf konumda olan kişiye menfaat sağlayıp devlete külfet yüklemekle sonuçlanırken, bu yorum faaliyetinin eşitler arası ilişkinin yürütüldüğü özel hukuk alanına sirayet etmesi, şüphesiz ortaya bir kaybeden çıkaracağından, külfetin bu defa bir başka kişide etki doğurmasına yol açarak adil olmayan sonuçlar yaratabilecektir.

⁵¹ Öktem Songu, S., "Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", s. 620.

⁵² Bobâk, M., "The Horizontal Effect of The Right to a Healty Environment", s. 20.

⁵³ Lohse, E., "Fundamental Freedoms and Private Actors-towards an 'Indirect Horizontal Effect'", European Public Law, Cilt: 13, Sayı: 1, Kluwer Law International, s. 167, 168.

⁵⁴ Ergül, O., "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", s. 453.

⁵⁵ Ergül, O., "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", s. 452.

2.5. Sözleşme İle Kurulan Koruma Sisteminde Yatay Etki

Sözleşme'nin taraf devletlere yükümlülükler getiren maddeleri incelendiğinde, koruma sağlanan hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanına sirayet edeceği yönünde açık bir kabulün bulunmadığı görülmektedir. Ancak Sözleşme'nin 32. maddesi ile⁵⁶ kendisine Sözleşmeyi yorumlama yetkisi verilen AİHM'in farklı kabullerin önünü açtığı ve bu yönde Sözleşmeyi yorumlamaya devam ettiği anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin özel kişiler arası ilişkilere uygulanması ve bu uygulamanın sınırları esasında tartışmalı bir konudur. Sözleşmeyi kaleme alanların, yatay etkiye ilişkin bir niyet taşımadıkları sıklıkla dile getirilmekle birlikte, 34. madde ile böyle bir etkinin oluşmasının önünde engel oluşturulduğu da akla gelmektedir.⁵⁷ Zira söz konusu maddenin doğrudan lafzına göre AİHM'e başvurabilmek için ancak taraf devletin kişiyi mağdur etmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte uzun bir süredir AİHM, farklı bir yaklaşımla Sözleşmenin birçok maddesinin lafzi ve ruhu ile yorumlanması gerektiği sonucuna vararak, üçüncü taraf etkisinin varlığı yönünde kabullerde bulunmaktadır.⁵⁸ Strazburg Mahkemesi bu kabullerinde taraf devletleri insan haklarını etkili olarak korumadıklarından bahisle sorumlu kılma yoluna gitmede çekince göstermemektedir.

AİHM'e göre bu sorumluluk Sözleşme'nin sağladığı korumanın pratik ve etkili olması gereğinden kaynaklanmaktadır.⁵⁹ Yani taraf devlet, bir uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmasa bile bu uyuşmazlıkta zarar gören kişiyi korumak için gerekli tedbirleri almayı, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediyse bundan dolayı olarak sorumludur.⁶⁰ Bu bakış açısı Sözleşme ile getirilen koruma sistemi kapsamında insan hakları prensiplerinin özel hukuk alanına uygulanmasında önemli bir rol oynamaktadır.

⁵⁶ Sözleşmenin 32. maddesi şöyledir: "Mahkemenin yargı yetkisi, ..., bu Sözleşmenin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar."

⁵⁷ Sözleşmenin 34. maddesi şöyledir: "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler."

⁵⁸ Spielmann, D., "The European Convention on Human Rights The European Court of Human Rights", ed. Oliver, D. ve Fedtke, J., Human Rights and the private sphere: a comparative study, London, New York, Routledge-Cavendish, 2007, s. 426.

⁵⁹ Somers, S., "Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective", s. 153, 154.

⁶⁰ Boyar, O., "Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. İnceoğlu, S., Beta Yayın, İstanbul, 2013, s. 61.

Bu doğrultuda AİHM birçok davada taraf devletlerin yalnızca “*ihlale yol açan bir eylemde bulunmadıklarına*” dayanarak sorumluluktan kaçamayacağını vurgulamaktadır. Bu vurgu özellikle Sözleşmenin 1. maddesinde yer bulan “... *sağlarlar*” ibaresinin taraf devletler açısından pozitif yükümlülükler içerdiği düşüncesiyle yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.⁶¹

Yine konumuz açısından Sözleşme'nin 53. maddesi de dikkat çekicidir.⁶² Madde ile taraf devletlerin temel hak ve özgürlükleri korurken Sözleşme'nin oluşturduğu sistemi daraltıcı bir unsur olarak kullanmalarının önüne geçilmek istenmektedir. Buna göre taraf devletler insan haklarının korunmasında salt Sözleşme'nin lafzına ve AİHM'in Sözleşme'yi yorumlamasıyla oluşan içtihadı saplanmamalı bu iki hukuki kaynağı asgari eşik olarak değerlendirmelidir. Dolayısıyla aslında taraf devletlerin insan haklarının yatay etkisi bağlamında Sözleşme'nin sağladığı korumayı aşan bir hukuk oluşturmaya engelleri de bulunmamaktadır.

Strazburg Mahkemesi'nin yatay etkinin kabulüne yönelik eğiliminin ilk belirtileri⁶³ 1985 tarihli *X ve Y/Hollanda Başvurusuna* ilişkin kararda görülmüştür. Söz konusu kararda Sözleşmenin 8. maddesi ile taraf devletlere özel hayata saygı hakkının korunması için yüklenen tedbir alma yükümlülüğünün, bireyler arası özel hukuk alanında kalan durumlar için de geçerli olduğu vurgulanmıştır.⁶⁴

Ancak AİHM Sözleşmenin yatay etkisi anlamında açıkça bir kavramsallaştırma yapmaktan kaçınmaktadır.⁶⁵ Nitekim 2001 tarihli *VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre* kararında AİHM, Sözleşme ile sağlanan güvencelerin özel kişiler arası ilişkilere yönelik genişletilmesinde genel bir teori ortaya koymanın gerekli olmadığı ifade etmiştir.⁶⁶ Bununla birlikte Sözleşme'nin yatay etkisine ilişkin AİHM içtihadı giderek genişlemektedir.

2.6. Türk Hukukunda Yatay Etki

Konuya ülkemiz hukuku yönünden bakıldığında başta Anayasa olmak üzere diğer mevzuatta da özellikle dolaylı yatay etkiye kapı aralar nitelikte düzenlemelerin bulunduğu fark edilmektedir. Örneğin Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre bir uyumsuzluğa uygulanacak kanunun, temel

⁶¹ Sunay, R., “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, Konya, 2015, s. 29.

⁶² Sözleşmenin 53. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”

⁶³ Boyar, O., “Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 63.

⁶⁴ X ve Y/Hollanda, B.No:8978/80, 26/3/1985.

⁶⁵ Spielmann, D., “The European Convention on Human Rights The European Court of Human Rights”, s. 427.

⁶⁶ VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, B. No: 24699/94, 28/6/2001, p. 46.

hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile çelişmesi halinde milletlerarası antlaşma hükümlerinin dikkate alınması gerekmekte bu sayede mahkemelere uluslararası hukuk alanına yönelip soyut kavramları bu alandan destek alarak yorumlama imkânı getirilmektedir. Yine 138. maddeye göre hâkime, hüküm verirken vicdani kanaatlerini de hesaba katılması gereği hatırlatılarak kanuna ve hukuka bağlı kalmak kaydıyla yorum alanı yaratılmaktadır.

Delaylı yatay etkinin uygulanmasına kaynaklık edecek düzenlemelere yoğunlukla özel kişiler arası uyuşmazlıklara uygulanan Türk Medeni Kanunu'ndan da birçok örnek verilebilir. Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen takdir yetkisi ile hâkime, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verme sorumluluğu yüklenmiş, yani yorum yapma olanağı tanınmıştır.⁶⁷ Yine 2. maddedeki "*dürüstlük*", 3. maddedeki "*iyiniyet*" kavramları ve yine Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki "*ahlak*" kavramı tamamıyla hâkim yorumuna muhtaçtır. Nitekim bu türden yorumlamalar yapılırken hakimlerin özel hukuk alanı ile temel haklar alanı arasında çözüme yönelik bir uyumlaştırma yapması ile insan haklarının kişiler arası ilişkilere uygulanabilmesi olanaklıdır.

İnsan haklarının yatay etkisinin etkinleştirilmesine özellikle bireysel başvuru yolunun faaliyete geçmesi ile Anayasa Mahkemesi'nin de büyük katkı sağladığı gözlemlenmektedir. Anayasa Mahkemesi birçok bireysel başvuru kararında AİHM içtihadını takip ederek hakların "*dolaylı yatay etkisini*" devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında incelemiştir.⁶⁸ Bu anlayışın izleri aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararlarında da gözlemlenmektedir.⁶⁹ Nitekim anayasallık denetiminde esas norm olan Anayasa'nın temel haklara ilişkin hükümleri de yatay etki uygulamasına cevaz verecek biçimde formüle edilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi içtihadının yatay etki yönünden zengin olduğu 20. maddede özel hayata saygı gösterilmesini istemenin ya da özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağını yalnızca devlet müdahalelerini kapsayacak şekilde kaleme alınmadığı açıktır.⁷⁰ Keza mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. madde için de aynı durum söz konusudur.⁷¹

⁶⁷ Türk Hukuku yönünden bu örnekler çoğaltılabilir. Yine Türk Medeni Kanun'unun 2. maddesinde dürüstlük, 3. maddesinde iyi niyet; Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde ise ahlak kavramları tamamen hâkim yorumuna muhtaçtır.

⁶⁸ Birçok karar arasından iki örnek için bkz. Tuna Ayçiçek, B. No: 2014/6526, 24/1/2018; Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016.

⁶⁹ Birçok karar arasından iki örnek için bkz. AYM, E.2017/30, 2017/165, 29/11/2017, § 8; AYM, E.2016/36, K.2016/187, 14/12/2016, § 17.

⁷⁰ Anayasa'nın 20. maddesinde şöyle denmektedir: "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

⁷¹ Anayasa'nın 35. maddesinde şöyle denmektedir: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."

Özellikle bireysel başvuru yolu ile Türk hukuku açısından insan haklarının yatay etkisinin sağlanmasında 2012 yılında bu yana azımsanamayacak bir mesafe kat edilmiştir. Bu yönden inceleme yapılan kararlarda Anayasa Mahkemesince bir temel hak ya da özgürlüğün ihlal edildiği yönünde değerlendirmeler yapılması ve uyuşmazlığın ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması için derece mahkemelerine geri dönmesi durumlarında Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği Anayasal ilkeler bağlamında yeniden yapılacak incelemeler insan haklarının yatay etkisinin sağlanması bakımından hukuk sistemimize büyük katkı sunacaktır.

3. SÖZLEŞME SİSTEMİNDE MÜLKİYET HAKKI KORUMASININ ÖZEL KİŞİLER ARASI HUKUKİ İLİŞKİLER YÖNÜNDE GENİŞLEMESİ

AİHM içtihadına bakıldığında Sözleşmenin sağladığı koruma alanının, özel hukuk ilişkileri yönünde genişlemesi eğiliminin hemen hemen Sözleşme ve ona ek protokoller ile güvence altına alınan hakların tümünde geçerli olduğu anlaşılmaktadır.⁷² Bu bağlamda mülkiyet hakkına ilişkin kararlara bakıldığında içtihadın kendine has özelliklerinin de bulunduğu anlaşılmaktadır.

3.1. İçtihadın Gelişimi

Mülkiyet hakkı yönünden yatay etki içtihadının, özellikle bazı haklarda olduğu kadar istikrarlı bir seyir izlediğini söylemek kolay değildir. Mesela Sözleşmenin yatay etkisine ilişkin ilk belirtinin ortaya konulduğu başvuru olan⁷³ ve Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılan *X ve Y/Hollanda Başvurusunun* karar yılı 1985'dir. Daha öncesinde 1982 yılında ele alınan *Bramelid ve Malmström/İsveç Başvurusunda* ise mülkiyet hakkının özel kişiler arası ilişkilerde sorumluluk doğurabileceği kabul edilmiş⁷⁴ ancak bu kabul ilerleyen yıllarda istikrarlı biçimde benimsenmemiştir. Strazburg Mahkemesi Sözleşme ile sağlanan korumanın mülkiyet hakkı yönünden özel kişiler arası alana sirayet ettirilmesi yönünde bir dönem olumsuz anlamda katı tutum sergilemiştir.

Örneğin 2001 tarihinde karara bağlanan *Voyager Limited/Türkiye Başvurusunda* üçüncü kişiler arası ortaya çıkan uyuşmazlıkta ileri sürülen mülkiyet hakkının ihlali iddiası açıkça temelsiz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur. Başvurucu şirketin bir başka şirkette sahip olduğu hisselerin üçüncü bir kişiye usulsüz olarak devredildiği ileri sürülen başvuruda

⁷² Bu tespite yönelik ayrıntılı incelemeler için bkz. Clapham, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 178-240; Spielmann, D., s. 447-463.

⁷³ Clapham, A., "The 'Drittwirkung' of The Convention", ed. Macdonald, R. ST. J. ve diğerleri, *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 163.

⁷⁴ *Bramelid ve Malmström/İsveç* (kk), B. No: 8588/79, 12/10/1982, s. 82, 83.

AİHM mülkiyet hakkının sağladığı korumanın bireyler arası uyuşmazlıkların çözülmesinden ziyade, mülkiyet hakkına yönelik devlet müdahaleleri için geçerli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme devamlı şikâyet konusu uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasındaki işlemlerden ve ulusal yargı yerlerinin söz konusu işlemlerin geçerliliğine ilişkin kararlarından kaynaklandığı değerlendirmesini yapmış bu bağlamda şikâyetin açıkça temelsiz olduğu sonucuna varmıştır. AİHM'e göre böyle bir şikâyet açısından taraf devlet sorumluluğu, ancak ulusal yargı sisteminin açıkça keyfi ve ölçsüz bir müdahalede bulunması halinde ortaya çıkabilecektir. Kararda bu inceleme ise 6. madde yönünden yapılmıştır.⁷⁵

Yine aynı yaklaşım, *Voyager/Türkiye Başvurusunun* incelenmesinden çok önce 1983 tarihli *H./Birleşik Krallık Başvurusunda*, başvuru ile BP şirketi arasındaki uyuşmazlıkta da görülmektedir.⁷⁶

Örnek verilen kararlardan anlaşıldığı üzere AİHM'in uzun bir süre mülkiyet hakkı kapsamında sağlanan korumanın özel hukuk alanına sirayet etmesi noktasında esnek olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yönde gelen şikâyetlerin ancak yargılama kapsamında açık ve bariz bir hata yapılmadıkça, yani Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bir sorun olmadıkça devletin sorumluluğunun bulunmadığı yaklaşımı ile ele alındığı anlaşılmaktadır.

Ancak Strazburg Mahkemesinin sonraki kararlarında bu yaklaşımının tamamen değiştiği görülür. Zaman içinde içtihat, mülkiyet hakkının sağladığı korumanın yatay etkiyi de kapsayacak biçimde genişlemesi yönünde seyir değiştirmiştir. Çalışmanın devam eden kısımlarında bu genişleme, Sözleşmenin yatay etkisini sağlayan ve yukarıda açıklanan yöntemler kapsamında gruplandırılarak ele alınacaktır.

3.2. Pozitif Yükümlülükler Doktrini ve Özel Hukuk Kurallarının Sözleşme İle Uyumlu Yorumlanması Yükümlülüğü Bağlamında Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisi

AİHM içtihatlarında taraf devletin sorumluluğu yolunu açmada önemli bir anahtar olan pozitif yükümlülükler doktrini aynı zamanda Sözleşme ile korunan hakların özel hukuk alanına sirayet etmesine büyük ölçüde katkı sağlamaktadır. Bu doktrin ile taraf devletlerin yalnızca insan haklarını ihlal etmekten kaçınmasından değil insan haklarını etkili olarak korumak için olumlu eylemde bulunmasından sorumlu tutulması amaçlanmaktadır.⁷⁷ Zira bu amaç doğrultusunda taraf devletlerin eylemsizlikleri ya da ihmallerinin özel kişiler arasındaki ilişkilere etkisine dair önemli sonuçlar doğmaktadır.

⁷⁵ *Voyager Limited/Türkiye* (kk), B. No: 35045/97, 4/9/2001.

⁷⁶ *H./Birleşik Krallık* (kk)[GK], B.No: 10000/82, 4/7/1983.

⁷⁷ Dickson, B., "Positive Obligations And The European Court Of Human Rights", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2010, Cilt: 61-3., s. 203.

Pozitif yükümlülükler doktrinine ilişkin teorik alanda etraflıca hazırlanmış birçok çalışma bulunmaktadır.⁷⁸ Bu çalışmalarda konunun derinliği görülmekle birlikte bu noktada daha etraflı açıklamalar yapmak çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır.

Pozitif yükümlülükler doktrini, özel hukuk alanında kalan mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda taraf devlete, hakkın korunması için usüli güvenceler sağlamaması ya da sağlanması için gerekenleri yerine getirmemesi kapsamında sorumluluk yükleyebilmektedir. Yine iç hukuk kurallarının Sözleşme ile uyumlu yorumlanması yükümlülüğüne de pozitif yükümlülükler doktrini ile kapı aralanmaktadır. Devam kısımlarda incelenen kararlar yatay etkinin ortaya çıkmasında istisnasız, taraf devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edilmesinin kaçınılmaz olduğunu ortaya koymaktadır.

AİHM, 2002 tarihli *Sovtransanto/Ukrayna Başvurusuna* ilişkin kararında, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklanan yargılama sürecinde taraf devletin mülkiyet hakkı bağlamında sorumluluğu bulunduğu hükmetmiştir. Başvuruya konu olayda başvurucunun başka bir şirkette bulunan payının, sermaye artırım ve ana sözleşme değişikliği sonucunda %49'dan %20,7'ye düşürülmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusudur. Paydaki bu azalma başvurucunun şirket üzerindeki kontrolünün azalmasına neden olmuştur. Başvuran tüm bu süreçlerde sermaye artırım ve ana sözleşme değişikliğini gerçekleştiren işlemlerin usulsüzlüğü iddiasıyla yargı makamları önünde hakkını aramaya çalışmış ancak umduğu sonuçları alamamıştır. İlerleyen aşamalarda başvuranın sermaye payının düşürüldüğü şirket satılmış ve başvurucu bu satıştan ancak küçük bir pay alabilmiştir. Tüm bu süreçler aynı zamanda yetkili kamu makamlarının onayları ile ilerlemiştir.⁷⁹

Başvurucu holding, AİHM önüne mülkiyet hakkının ihlal edildiği şikâyetini getirmiştir. Başvurucu bu şikâyet kapsamında, satılan şirkette çoğunluk paylarına ve kontrol yetkisine sahip özel hukuk kişilerinin tasarruflarını etkili şekilde denetlemeyen kamu makamlarının sorumluluğu bulunduğunu belirtmiştir. Ukrayna Devleti ise AİHM'in önceki içtihatlarına atıfla özel kişiler arası uyuşmazlığa ilişkin olayda taraf devlet olarak kendisinin bir sorumluluğunu olmadığını ileri sürmüştür.

Bu arada başvurucu ayrıca 6. madde yönünden yargılamanın usulüne uygun olarak ve bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yapılmadığı iddiası ile kamuya açık duruşma yapılmadığı iddiasında bulunmuştur. Bu iddia yönünden

⁷⁸ Örneğin bkz. Mowbray, A., *The Development of The Positive Obligations Under The European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2004; Xenos, D., *The Positive Obligations of The State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012.

⁷⁹ *Sovtransanto/Ukrayna*, B. No: 48553/99, 25/7/2002.

yapılan inceleme sonucunda AİHM, ulusal mahkemelerin iç hukuku uygulama noktasında çelişkiler yarattığının anlaşıldığını, bozma kararlarının geri döndüğü mahkemelerin yeniden detaylı incelemeler yapmadığının görüldüğünü ve her ne kadar uyuşmazlığın sonucuna bir etkisinin olup olmadığı anlaşılmasa da veya anlaşılmasının bir önemi olmasa da Ukrayna Devlet makamlarının davalara birkaç kez müdahale ettiğinin ortaya çıktığını vurgulamış 6. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸⁰

Mülkiyet hakkı bakımından yapılan incelemede ise yargılama süreci sonunda iç hukuka uygunluğun sağlanıp sağlanmadığı konusunda AİHM'in çok sınırlı bir yetkisinin bulunduğu belirtilmiş ve esasında iç hukukun yorumlanmasında asıl yetkinin ulusal makamlarda olduğu vurgusu yapılmıştır. Ancak bu ifadenin ardından ulusal makamların kararlarının Sözleşme ile korunan mülkiyetin barışçıl kullanımı hakkı ile uyumlu olması gerektiği belirtilmiş, bu gerekliliğe dayanak olarak Sözleşmenin 1. maddesi gösterilmiştir.⁸¹ Bu kapsamda kararda Sözleşme'ye Ek 1. Protokolün 1. maddesi, mülkiyet hakkının korunması için somut olayda olduğu gibi şirketler arası davalar yönünden de bazı tedbirler almasını gerektirmektedir denmiştir.⁸²

Bu ilkeler doğrultusunda AİHM, taraf devletlerin gerekli usul garantilerini sağlayan yargı yollarını oluşturmakla yükümlü oldukları gibi ulusal mahkemelerin de özel kişiler arasındaki tüm anlaşmazlıkları etkili ve adil bir şekilde sonuçlandırma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır.⁸³ Devletin usuli güvenceler oluşturma sorumluluğunun, ulusal mahkemelerin adil kararlar vermesini sağlamayı da içine aldığı ve bu durumun kişiler arası uyuşmazlıklar için de geçerli olduğu açıklanmıştır.⁸⁴ Bu yükümlülük kapsamında ulusal mahkemelerin yorumlarının ve iç hukukun uyuşmazlığa uygulanması ile ortaya çıkan sonuçların, Sözleşme ile oluşturulan prensiplere uyumlu olmasının sağlanması noktasında AİHM'in kontrol yetkisi bulunduğu vurgulanmıştır. Ayrıca bu kontrol yetkisinin usuli bir güvenlik sağladığı ancak yargılamaya sürecine ilişkin ciddi usuli sorunların sadece adil yargılanma hakkı yönünden değil mülkiyet hakkı yönünden de dikkate alınabileceği belirtilmiştir.⁸⁵

⁸⁰ Sovtransanto/Ukrayna, p. 62-82.

⁸¹ Sözleşmenin 1. maddesi daha önce açıklandığı üzere pozitif yükümlülükler doktrinin kaynağıdır.

⁸² Sovtransanto/Ukrayna, p. 96.

⁸³ Sovtransanto/Ukrayna, p. 95-96.

⁸⁴ TULKENS, F. "La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La troisième norme de l'article 1 er du premier Protocole de la Convention européenne des Droits l'Homme", ed. VANDENBERGHE, H., , Property and Human Rights, 2006, s. 87, akt. Popovic, D., Protecting Property In European Human Rights Law, Eleven International Publishing, Hollanda, 2009, s. 126.

⁸⁵ Sovtransavto/Ukrayna, p. 97.

Zira bu nokta çok önemlidir. Çünkü AİHM'in bu kararına kadar özel kişiler arası uyuşmazlıklarda mülkiyet hakkı kapsamında taraf devletin sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği net olarak ortaya konulurken ve ancak sadece 6. madde bağlamında usuli yükümlülükler açısından taraf devletin bu yönden bir sorumluluğu olabileceği kabul edilirken *Sovtransanto/Ukrayna Başvurusuna* geldiğinde bu yaklaşımda bir kırılmanın yaşandığı fark edilmektedir.

Şöyle ki, *Savtransanto/Ukrayna Başvurusuna* ilişkin kararda Strazburg Mahkemesi hem 6. madde kapsamında usuli bir inceleme yaparak ihlal tespit etmiş, bununla kalmayarak mülkiyet hakkı yönünden de aslında usuli bir inceleme daha gerçekleştirmiştir. Karardan çıkan sonuca göre mülkiyet hakkı yönünden gerçekleştirilen usuli inceleme gerek hakkın korunması için etkili sonuçları olan bir süreç oluşturma yükümlülüğünü gerekse bu süreç içinde iç hukuku uygulamada ve uyuşmazlığa uygulanacak normları yorumlamada Sözleşme (esasinda AİHM içtihadı) ile uyumlu hareket etme yükümlüğünü kapsamaktadır.

Özel kişiler arası uyuşmazlıktan kaynaklanan süreç değerlendirmesinin yapıldığı bir diğer karar *Anheuser-Busch Inc./Portekiz Başvurusuna* ilişkindir.⁸⁶ Somut olay biri ABD diğeri Portekiz menşeli iki şirketin aynı marka (ad) altında ürettikleri birayı Portekiz'de satabilmek için girdikleri isim hakkı çekişmesine dayanmaktadır. ABD menşeli başvuru şirket markanın mülk kapsamında korunduğuna dikkat çekerek, tescil başvurusu yaptıktan sonra yürürlüğe giren bir uluslararası antlaşmaya dayanılarak mülkünden mahrum bırakıldığını ileri sürmüştür.

AİHM'in bu kararındaki gerekçeleri *Sovtransanto/Ukrayna* davasındaki içtihadı tekrarlar niteliktedir. Ancak Strazburg Mahkemesi bu defa ulusal mahkemelerin Sözleşme ile uyumlu yorum yapma yükümlüğüne yönelik kendisinin denetim yetkisine ilişkin farklı bir yaklaşım ortaya koymuş, usuli denetimi adil yargılanma hakkı kapsamına hiç sokmadan doğrudan mülkiyet hakkı üzerinden yapmıştır.

Mülkiyet hakkı yönünden inceleme yapılan bu kararda esasinda tamamıyla ulusal mahkemelerin vardıkları sonucun denetlendiği görülmektedir. Şöyle ki kararda AİHM, iç hukukun ve uluslararası antlaşmaların yorumlanmasında bir hatanın görülmediğini, yargılama safhasında tarafların dinlendiğini ve uyuşmazlığa en uygun normların uygulanarak bir sonuca varıldığını söyleyerek esasinda saydığı tüm bu unsurlarını incelediğini bizlere göstermekte ancak bunu yaparken sürekli kendisinin aslında böyle bir denetim yetkisini bulunmadığını da söylemektedir.⁸⁷

⁸⁶ Anheuser-Busch Inc./Portekiz [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007.

⁸⁷ Anheuser-Busch Inc./Portekiz, p. 83, 86-87.

Bu başlık altında değerlendirilebilecek ancak yukarıda incelenenlerden belli noktalarda farklılaşan başka bir karar *Zehentner/Avusturya Başvurusuna* ilişkindir. 2009 yılında hükme bağlanan bu başvuruda uzun zamandır paranoid şizofreni hastalığından mustarip olan başvurucunun bir şekilde haberdar edilmeden üçüncü kişilere olan borcu nedeniyle evinin yargısal yolla satış süreci incelenmiştir⁸⁸.

İlgili ulusal mevzuata göre böyle bir satış sırasında bir şekilde hazır bulunmayan kişilerin on dört gün içinde satışa ve ilgili işlemlere itiraz etme olanağı bulunmaktadır. İç hukukun yerleşik içtihadında itiraz için öngörülen bu zaman dilimi kesin süre olarak değerlendirilmektedir. Ancak başvurucu satış ve ilgili işlemler sırasında bir klinikte tedavi görmekte olduğundan tüm süreçleri kaçırmıştır.⁸⁹ Yargılamayı yapan ulusal mahkemeler başvurucunun itirazlarını karşılarken sürenin kesin olarak uygulanmasına yönelik yerleşmiş içtihadın, alacaklıların haklarını koruma amacına hizmet ettiğini aksi halde ekonomik hayatın işleyişinde sıkıntılar yaşanabileceğini açıklamıştır.⁹⁰

Kararda başvurucunun sadece mülkiyet hakkı yönünden ihlal iddiasında bulunmasına karşın AİHM, şikâyetin mülkiyet hakkından ayrıca 8. madde kapsamında değerlendirileceğini ve hatta mahkemeye erişim hakkı bağlamında 6. madde yönünden de değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir.⁹¹

Nitekim öncelikle 8. madde ile bağlantılı olarak yapılan usuli incelemenin ardından mülkiyet hakkı bakımından da bu incelemeye atfla usuli imkânlardan mahrum kalınmasından dolayı ihlal kararı vermiştir. AİHM'e göre taraf devlet, başvurucuyu hem 8. madde hem de mülkiyet hakkı bakımından alacaklılarına karşı itirazlarını dile getirecek etkili bir usul mekanizmasından mahrum bıraktığı için sorumluluk altındadır. Zira olayda tartışılan itiraz süresinin kesin olarak uygulanması alacaklıların haklarını korumaya hizmet ediyor olsa bile bu uygulama taraf devletin başvurucunun durumunda olan kişiler için tatmin edici bir çözüm sunma kapasitesine sahip görünmemektedir.⁹²

3.3. Yarışan Hakların Dengelenmesi Yükümlülüğü Bağlamında Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisi

Strazburg Mahkemesinin, Sözleşmenin yatay etkisinin ortaya çıkmasını sağlayan ve yukarıda açıklanan yöntemlerinden bir diğeri başvurucuların ve özel hukuk alanında kalan ilişkinin diğer taraflarının hakları arasında dengeleme yapıp yapılmadığının ele alınması ile ortaya çıkmaktadır. Mülkiyet hakkının yatay etkisinin sağlanması bağlamında da bu yöntemin kullanıldığı görülmekle

⁸⁸ Zehentner/Avusturya, B. No: 20082/02, 16/7/2009.

⁸⁹ Zehentner/Avusturya, p. 6-14.

⁹⁰ Zehentner/Avusturya, p. 14-25.

⁹¹ Zehentner/Avusturya, p. 33-36.

⁹² Zehentner/Avusturya, p. 70-75, 78,79.

birlikte Mahkemenin daha eski içtihatlarında, söz konusu mülkiyet hakkı olduğunda bu yönden de yine yalnızca 6. maddeye atıfla usuli yükümlülük incelemesi yapıldığı görülmektedir.

Örneğin AİHM'in fikri mülkiyete ilişkin 2005 tarihli *Melnychuk/Ukrayna Başvurusuna* ilişkin kararında başvurucunun, yazarı olduğu kitaplara yönelik gazetede eleştirel yazıların yayımlanması ve bu yayımların mahkemelerce durdurulmaması üzerine yapılan şikâyet, önce 6. madde yönünden incelenmiş ve dördüncü derece şikâyeti (temyiz merci şikâyeti) olarak değerlendirilmiştir. Mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmede ise 6. madde incelemesine atıfla ulusal mahkeme yargılamasının iç hukuka uygun olduğu, kararlarda yeterli gerekçenin bulunduğu ve keyfi bir sonuca ulaşılmadığı açıklanmıştır.⁹³ Dolayısıyla Strazburg Mahkemesi bu kararda 6. madde yönünden prosedürel bir inceleme yapma yoluna gitmiş, mülkiyet hakkı ile basın özgürlüğü arasında bir karşılaştırma, dengeleme yapma ihtiyacı duymamıştır.

Yine 1998 tarihli *Aral, Tekin ve Aral/Türkiye Başvurusuna* ilişkin kararda Gırgır ve Fırt Dergisinde karikatürist olarak çizim yapan başvurucuların, adı geçen dergilerin sahibinin değişmesi üzerine işten çıkarılmaları ve bu dergilerde oluşturdukları karikatür karakterlerini bir başka dergide çizmelerinin, Gırgır ve Fırt Dergilerinin yeni sahibinin talebi ile durdurulması nedeniyle yaptıkları şikâyetler incelenmiştir.⁹⁴ Başvurucuların mülkiyet hakkı yönünden yaptıkları şikâyet, her ne kadar mülkiyet hakkı yönünden ele alınsa bile taraf devletin özel kişiler arası uyumsuzluklarda sorumluluğunun olamayacağı gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.

Oysa özellikle diğer haklar yönünden yerleşmiş içtihadına göre AİHM'in, bu olay yerine örneğin özel kişiler arasındaki bir hakaret davasından kaynaklanan bir mesele olsa idi, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini 8. madde ve 10. madde yönünden dengeleme yöntemini uygulayarak inceleyeceği beklenirdi.⁹⁵ Dolayısıyla "özel alanda yarışan hakların dengelenmesi" yönteminin de mülkiyet hakkı yönünden AİHM'in ilk dönem içtihatlarında karşılık bulmadığı sonucu karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim bu eğilim *Appleby ve Diğerleri/Birleşik Krallık Başvurusuna* ilişkin 2003 tarihli karar ile değişmiştir.⁹⁶ Başvuruya konu olayda başvuruculardan biri, kocası ve oğlu ile şehrin içinde yeşil bir alan üzerine inşa edilmesi planlanan binanın yapımını durdurmak amacıyla imza toplamak için bir alışveriş merkezinde stant açmışlardır. Ancak alışveriş merkezinin güvenliği

⁹³ Melnychuk/Ukrayna (kk), B. No: 28743/03, 5/7/2005.

⁹⁴ Aral, Tekin ve Aral/Türkiye (kk), B. No: 24563/94, 14/1/1998.

⁹⁵ Gemalmaz, B., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 414.

⁹⁶ Appleby ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 44306/98, 6/5/2003.

tarafından dışarı çıkarılmışlar ve stantları kaldırılmıştır. İlerleyen zamanlarda tüm başvurucular alışveriş merkezinden, yeniden stant açmak için talepte bulunmuşlar ancak bu talepleri alışveriş merkezi şirketi sahibince reddedilmiştir. Şirket sahibi başvuruculara cevaben tüm siyasi ve dini görüşlere karşı katı bir tarafsız tutum sergilediğini bu nedenle taleplerini reddettiğini bildirmiştir. Bu çekişme yargıya taşınmış ve başvurucuların istedikleri sonucu elde edememelerinin ardından mesele AİHM önüne getirilmiştir.

AİHM incelemesini başvurucular yönünden ifade özgürlüğünün, talebi reddeden şirket yönünden mülkiyet hakkının karşılaştırılması sureti ile yapmıştır. Strazburg Mahkemesi özel kişiler arasındaki bu uyuşmazlığa, belirtilen iki hak arasında denge kurulması gerekliliği kapsamında pozitif yükümlülükler doktrinini uygulamıştır.

Mahkemeye göre ifade özgürlüğü son derece önemli bir hak olmakla birlikte sınırsız değildir ve ayrıca uyuşmazlık kapsamında şirket sahibinin mülkiyet hakkı da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının varlığı ile ortaya çıkan bir engel, ifade özgürlüğünün etkin kullanımı üzerinde bir kısıtlama oluşturuyorsa taraf devletin bu kısıtlama bakımından pozitif yükümlülükler çerçevesinde sorumluluğunun bulunması ihtimali vardır.⁹⁷ Somut olayda ise başvurucuların ifade özgürlüğü üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklı kısıtlama dar bir alanda kalmaktadır. Başvurucuların bu kısıtlamaya karşın ifade özgürlüklerini kullanabilecekleri alternatif yöntemler mevcuttur. Alışveriş merkezinde stant açmalarına izin verilse idi insanlara seslerini daha fazla duyurabileceklerdi yönündeki argümanlar ise spekülatif niteliktedir. Bu kapsamda, başvurunun temelini oluşturan hakların dengelenmesi noktasında taraf devletin ifade özgürlüğünü koruma yükümlülüğüne aykırı bir tutumu olmadığı sonucuna varılmaktadır.⁹⁸

3.4. Usuli Yükümlülük Denetimi Üzerine Ara Değerlendirme: Ulusal Mahkemelerin Yerine Geçerek Karar Verme Eğilimi

Yukarıda yer verilen mülkiyet hakkının yatay etkisinin benimsendiği AİHM kararlarında, yatay etkiye yönelik taraf devletin sorumluluğuna gitme noktasında, anılan hakkın sağladığı usuli güvencelere işaret edildiği görülmektedir. Nitekim bu durumun Sözleşmede güvence altına alınan diğer haklar bakımında da geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

Usuli yükümlülükler kapsamında taraf devlet sorumluluğuna gitme yolu ise kaçınılmaz olarak, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların konu edildiği başvuruların, Sözleşmenin 6. maddesi yönünden incelenmesi gerektiğini akla getirmektedir. Çünkü böyle bir incelemenin temeli, ulusal mahkemelerin

⁹⁷ Appleby ve Diğerleri/Birleşik Krallık, p. 43-47.

⁹⁸ Appleby ve Diğerleri, parag.48-49

yargısal değerlendirmelerinin ve bu değerlendirme sonuçlarının denetimi olmaktadır. Nitekim devletin doğrudan taraf olmadığı uyuşmazlıklar yönünden mülkiyet hakkına ilişkin şikâyetlerin dile getirildiği başvurulara yönelik ilk dönem kararlarda Strazburg Mahkemesinin sadece 6. madde yönünden inceleme yaptığı ve bu incelemesine atıfla mülkiyet hakkı bağlamında ayrıca bir usuli sorumluluk incelemesi ortaya koymadığı örnekler bulunmaktadır.⁹⁹ Ötesinde bu kararlarda özel kişiler arası ilişkilerden kaynaklanan ihlal iddialarının Sözleşmenin koruma alanına girmediğinin vurgulandığı görülmektedir.

İlerleyen dönem içtihatlarında ise bu türden meselelerde hem mülkiyet hakkı yönünden hem de 6. madde yönünden usuli yükümlülükler bağlamında incelemelerin yapıldığı anlaşılmaktadır. Örneğin yukarıda yer verilen *Sovtransavto/Ukrayna Başvurusunda*, 6. madde yönünden ulusal makamların yargılamaya ilişkin değerlendirmelerinde problem görülmüş ve bu maddeye ilişkin ihlal kararı verilmişken mülkiyet hakkı yönünden de ayrı bir usuli yükümlülük değerlendirmesi yapılmakla birlikte 6. madde incelemesi kapsamında yapılan tespitler dayanak alınarak ayrıca mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Bir adım ötesinde ise *Zehentner/Avusturya Başvurusuna* ilişkin kararda yine ulusal mahkemelerin bir hukuk normunu Sözleşmede korunan değerler ile uygun yorumlamadığı için usuli bir yükümlülüğe dikkat çekilerek bu yorum nedeniyle başvurunun hem özel hayata saygı hakkının hem de mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmış, ancak 6. madde için, diğer haklar bakımından verilen ihlal kararları işaret edilerek, ayrı bir inceleme açılmamıştır.¹⁰⁰

Son aşamada ise Strazburg Mahkemesinin daha güncel bir incelemesi olarak *Mindek/Hırvatistan Başvurusuna* ilişkin 2016 tarihli karar dikkat çekmektedir. Kararda, başvuranın bir özel hukuk ilişkisi kapsamında yargı kararı ile aleyhine hükmedilen tazminatı alacaklıya ödemesine karşın hakkında yürütülen icra süreci sonucu, söz konusu ödeme dikkate alınmadan, paylı olarak sahibi olduğu bir taşınmazdaki hissesinin satılmasına ilişkin hukuki süreçlerin değerlendirildiği ve farklı bir inceleme yönteminin benimsendiği görülmektedir.¹⁰¹ Bu başvuruda başvuru, icra takibi sürecinde ulusal mahkemelerin borcun ödendiğini dikkate almadan, taşınmazdaki payını sattığından bahisle yalnızca Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında şikâyette bulunmuştur. AİHM ise bu şikâyeti, somut olaylara ilişkin şikâyetleri niteleme konusunda kendisinin yetkili olduğunu hatırlatarak, Ek 1. Protokolün 1. maddesi kapsamında değerlendireceğini belirtmiştir.¹⁰² Bu doğrultuda yukarıda anılan *Anheuser-Busch Inc./Portekiz*

⁹⁹ Bkz. Örneğin *Voyager Limited/Türkiye*; H./Birleşik Krallık.

¹⁰⁰ Bkz. *Zehentner/Avusturya Başvurusu* kararının incelendiği kısımlar.

¹⁰¹ *Mindek/Hırvatistan*, B. No: 6169/13, 30/8/2016.

¹⁰² *Mindek/Hırvatistan*, p. 56-57.

Başvurusuna atıfla AİHM, ulusal mahkemelerin yetkisine müdahale etmenin kendi görevi olmadığını ancak iç hukukun uygulanması ve yorumlanması ile ortaya çıkan sonucu denetleyeceğini bir ke daha ortaya koymuştur.¹⁰³

Tüm bu anlatılanlar kapsamında anlaşılmaktadır ki, en başından beri bu tür başvurularda AİHM'in yaptığı, ulusal mahkemelerin uyuşmazlığa ilişkin yorumu sonucunda ortaya çıkan durumu denetlemektir. Mahkemenin bu türden hemen her incelemesinde iç hukukun uygulanması bakımından ulusal mahkemelerin kendisinden daha sağlam bir konumda olduğu açıklamasını yapması ise bu denetim karşısında anlamsız görünmektedir. Bu değerlendirme sonraki içtihatlarda ise ilgili maddi hak bağlamında Sözleşmenin ruhuna uygun karar verilip verilmediğinin denetlenmesine dönüşmüştür.

Sonuç olarak bu denetim yöntemi ile AİHM, aslında ulusal mahkemelerin yerine geçip uyuşmazlığı doğrudan çözmeye yönelmektedir. Nitekim Strazburg Mahkemesi *Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç Başvurusuna* ilişkin 2009 tarihli kararında bu durumu açıkça ilan etmiştir:

*“Kuşkusuz Mahkemenin, teoride, tamamen özel nitelik taşıyan anlaşmazlıkları çözmesi gerekmemektedir. Ancak söylenebilir ki; Mahkeme, denetim görevini yerine getirirken, ulusal mahkemelerin, ölüme bağlı bir tasarruf, özel bir sözleşme, resmi bir belge, bir yasa hükmü ya da idari bir uygulama gibi, hukuki normları yorumlaması neticesinde mantıksız, keyfi, ayrımcı bir sonuç doğuran veya daha geniş anlamda Sözleşme ile uyuşmayan sonuçlar ortaya çıkarmaları halinde pasif kalamayacaktır.”*¹⁰⁴

Tüm bu anlatılanlar ışığında ve Strazburg Mahkemesinin yukarıda alıntılan açık kabulü karşısında varılan sonuca göre, Sözleşme kapsamında AİHM'i tatmin eden bir korumanın sağlanması sadece iç hukukta etkili usulü yollar oluşturulması ile değil ancak bu yollarda ulusal makamların, uyuşmazlıkları yorumlama standartlarını Sözleşmenin özüne uygun hale getirmeleri ile mümkün olabilecektir.

SONUÇ

İnsan haklarının yatay etkisi olarak tanımlanan, temel hak ve özgürlüklerin bireyler arası özel hukuk alanında etkin olduğu düşüncesi özellikle Alman mahkemelerinin uygulamaya yönelik katkıları sonucu daha bilinir hale gelmiştir. Bu farkındalık bir sonraki aşamada, insan haklarının yatay etkisi düşüncesinin ulusal ve uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarında kabul görmesi ve uygulanması sonucunu doğurmuştur.

¹⁰³ Mindek/Hırvatistan, p. 80.

¹⁰⁴ Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç, B. No: 23883/06, 16/12/2008, p. 33.

Sözleşmenin kurduğu koruma sistemi kapsamında da özellikle AİHM kararlarının etkisi ile yatay etkinin insan haklarının korunmasında hesaba katılması gereği ortaya çıkmıştır. Bu hesap ile Sözleşme'nin sunduğu koruma alanı kapsamlı biçimde genişlemiştir. Türk hukuku açısından da başta Anayasa olmak üzere gerek mevzuatta yer alan düzenlemeler gerekse özellikle bireysel başvuru denetiminin başlaması ile birlikte bu alanda verilen kararlar aracılığı ile insan haklarının yatay etkisi yönünde genişleyen bir koruma alanı ortaya çıkmıştır.

AİHM kararları incelendiğinde, Sözleşme ile korunan hakların özel hukuk uyumsuzluklarına uygulanmasına yönelik, biri pozitif yükümlülükler doktrini olmak üzere diğer ikisi de bu doktrinin bir uzantısı olarak görülebilecek, üç yöntemin olduğu görülmektedir. Strazburg Mahkemesinin bu yöndeki kararlarında, taraf devletlerin yalnızca hakkın etkili olarak korunmasına yönelik etkili araçlar oluşturmasını yeterli görmediği ayrıca ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini yaparken Sözleşmenin ruhuna uygun yorum yapmalarını beklediği aksi halde taraf devletin sorumluluğuna ilişkin ihlal kararları verdiği anlaşılmaktadır.

Sözleşme ile korunan haklardan olan mülkiyet hakkı yönünden güncel içtihadta yatay etkinin benimsendiği görülse bile ilk dönem kararlarda özel kişiler arası meselelerin sağlanan güvencelerden yararlanamayacağı düşüncesinin hâkim olduğu anlaşılmaktadır. Bu kararlarda özel kişiler arası uyumsuzluklarda ulusal mahkemelerin yorumunun denetlenmesini işinin Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında sokulduğu, son dönem içtihadın ise bu denetimi mülkiyet hakkı kapsamına aldığı dikkat çekmektedir.

Esasında hakkın özünü koruma aşamasına geçmeden hakkın nasıl korunması gerektiğini ortaya koyan usuli yükümlülüğe ilişkin bu denetim, AİHM'in ulusal mahkemelerin yerine geçerek uyumsuzluğa uygulanacak kuralların nasıl yorumlanması gerektiği değerlendirmesini yapması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç ise, Sözleşmenin ikincilliği ilkesi bağlamında düşünüldüğünde ve ihlal kararı verildiği durumlarda, başvurulara konu özel hukuk alanının tarafı olan ve AİHM yargılamasından çoğu zaman bilgisi bile olmayan başvurucu dışındaki tarafın menfaati dikkate alındığında, birçok soruna kapı aralar niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Barak, A., "Constitutional Human Rights and Private Law", edt. Friedmann, D. ve Barak-Erez, D., Human Rights in Private Law, Hart, Oxford, 2002.
- Barkhuysen, T. ve Van Emmerik, M., "Constitutionalistion of Private Law:The European Convention on Human Rights Perspective", <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12938>, 16/1/2020.

- Belling, W. D. ve İnce, N., “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 137, 2014.
- Bobák, M., “The Horizontal Effect of The Right to a Healthy Environment”, Masaryk University, Faculty of Law, Diploma Thesis, 2011/2012, https://is.muni.cz/th/al4or/The_Horizontal_Effect_of_the_Right_to_a_Healthy_Environment.pdf, 16/1/2020.
- Brüggemeier, G., “Constitutionalisation of Private Law, The German Perspective”, ed. BARKHUYSEN, T. ve Lindenbergh, S., Constitutionalisation of Private Law, 2006.
- Cherednychenko, O., “Towards The Control Of Private Acts By The European Court of Human Rights”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Cilt: 13, No: 2, 2006.
- Clapham, A., Human Rights in the Private Sphere, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- Clapham, A., “The ‘Drittwirkung’ of The Convention”, ed. Macdonald, R. ST. J. ve diğerleri, The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993.
- Collins, H., “On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, ed. Micklitz, H., Constitutionalization of European Private Law, Oxford University Press, 2014.
- Dickson, B., “Positive Obligations And The European Court Of Human Rights”, Northern Ireland Legal Quarterly, 2010, Cilt: 61-3.
- Ergül, O., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Erdal Onar Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt: I, 2013.
- Fedtke, J., “Drittwirkung in Germany”, ed. Oliver, D. ve Fedtke, J., Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study, Routledge-Cavendish, 2007.
- Gemalmaz, B., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul, 2008.
- Gören, Z., “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I’den ayrı bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Hunter-Henin, M., “Horizontal Application and The Triumph of The European Convention on Human Rights”, ed. Dawn, O. ve Fedtke, J., Human Rights and the private sphere: a comparative study, London, New York, Routledge-Cavendish, 2007.

- Lohse, E., “Fundamental Freedoms and Private Actors-towards an ‘Indirect Horizontal Effect’”, European Public Law, Cilt: 13, Sayı: 1, Kluwer Law International.
- Mak, C., Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of The Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, 2007, https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf, 16/10/2020.
- Öktem Songu, S., “Anayasal Bir Temel Hak Olarak ifade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2013.
- Phillipson, G., “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and The Common Law: A Bang or a Whimper?”, The Modern Law Review, Cilt: 62, No: 6, 1999.
- Ploeger, H.D. ve Stolker, C.J.J.M., “In search of the importance of Article 1 Protocol No.1 ECHR to private law”, ed. Loof, J. P., Ploeger, H. ve Van Der Steur, A., The Right to property The influence of Article 1 Protocol No.1 ECHR on several fields of domestic law, Shaker Publishing, Maastricht, 2000.
- Popovic, D., Protecting Property In European Human Rights Law, Eleven International Publishing, Hollanda, 2009.
- Rivera Pérez, W., International Human Rights Law and The Horizontal Effect of Constitutional Rights in Latin America: a look at the direct application of constitutional rights in Argentina, Colombia and Puerto Rico, S.J.D. University of California, 2010.
- Sajo, A. ve Uitz, R., ed. The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, Eleven International Publishing, 2005.
- Smits, J., “Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View”, ed. BARKHUYSEN, T. ve Lindenbergh, S., Constitutionalisation of Private Law, 2006.
- Somers, S., “Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from Human Rights Perspective”, European Human Rights Review, Sayı: 2, 2015.
- Sunay, R., “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, Konya, 2015.
- Van Dam, C., European Tort Law, Oxford University Press, 2013.
- Van Der Walt, J., The Horizontal Effect Revolution And The Question Of Sovereignty, De Gruyter GmbH, Berlin-Boston, 2014.

- Von Bar, C., Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, Oxford University Press, 2009.
- Xenos, D., The Positive Obligations of The State under the European Convention of Human Rights, Routledge, 2012.

MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA TÜRK VE FRANSIZ UYUŞMAZLIK MAHKEMELERİNİN GÜNCEL FİİLİ YOL İÇTİHADİ

*Current Actual Road of the Turkish and French Dispute Courts in the Context
of the Property Right*

Dr. Murat ŞAŞI*

Geliş Tarihi:04.02.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Türk hukukundaki fiili yol içtihadı büyük ölçüde Fransız yüksek yargı mercilerinin verdiği kararlara dayanmaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2013 yılında vermiş olduğu iki önemli karar ile mülkiyet hakkı kapsamındaki fiili yol içtihadında önemli bir değişim yaşanmıştır. Yeni içtihadı göre mülkiyet hakkına yönelik idarenin bir müdahalesinden dolayı fiili yolun uygulanabilmesi, mülkiyetin yok olması şartına bağlanmıştır. Bu durum, mülkiyet hakkı bağlamında fiili yola göre yargılama yapılmasını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Türk hukukunda ise fiili yol içtihadının istikrarlı bir şekilde devam ettiği görülmektedir. Hukukumuzdaki fiili yol içtihadı Yargıtay'ın geçmiş yıllarda vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararlarına dayanmakta olup, idarenin kamulaştırma veya usulüne uygun olarak işgal kararı almaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaz el atılması ile plan veya projesine aykırı olarak yapılan bir bayındırlık faaliyetinden kaynaklı uyuşmazlıklar fiili yol kapsamında değerlendirilmektedir. İmar planları gibi idari işlemlere dayanan veyahut idarenin bir kararına, plan veya projesine uygun olarak gerçekleştirilen bayındırlık faaliyetlerinden kaynaklı bir el atma durumu ise idari işlemin uygulanması veya idari eylem olarak nitelendirilmektedir. Çalışmamızda Fransız ve Türk Uyuşmazlık Mahkemelerinin güncel fiili yol içtihadı karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: mülkiyet hakkı, kamulaştırmaz el atma, fiili yol, yargı kolu, adli ve idari yargı.

ABSTRACT

The legal regime of assault which is called "assault/aggression/voie de fait", in Turkish law is substantially based on the decisions of the French supreme judicial authorities and French Administrative Law. The legal regime of assault have been changed by two significant decisions of the Court of Conflicts of France in 2013. Associated with Bergoend and Commune de Saint Palais sur Mer decisions, the legal regime of assault was changed radically in France. Especially there has been a significant alteration in the legal regime of the assault within the context of the right to property. Pursuant to the new jurisprudence, due to an intervention of the administration on the right to property, the serious and obvious wrongful act of implementation is conditional on the disappearance of the property. This considerably eliminates judgment by the serious and obvious wrongful act in the context of the right to property. In Turkish law, it is seen that the legal regime of assault or voie de fait is implemented consistently. In our study, the legal regime of assault, French and Turkish Courts of Conflicts dealt with comparatively.

Keywords: Assault, property right, confiscating without expropriating, jurisprudence of serious and obvious wrongful act, branches of judiciary, judicial justice and administrative justice.

* Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi, e-posta: sasimurat@gmail.com, ORCID ID:0000-0001-7942-7880.

GİRİŞ

Türk hukukundaki fiili yol içtihadı, büyük ölçüde Fransız yüksek mahkemelerinin vermiş olduğu kararlarda belirlenen ilkelere dayandığından dolayı, bu çalışmada idarenin fiili yol kapsamındaki eylem ve işlemlerinden kaynaklı davalara ilişkin olarak görevli yargı kolunun belirlenmesine yönelik Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin güncel içtihatları bağlamında bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Ülkemiz İdare Hukuku literatüründe fiili yola ilişkin olarak Onar'ın 1960'lı yıllarda yapmış olduğu tanımlama günümüzde de genel olarak geçerliliğini korumaktadır. Onar, fiili yolu “...idarenin icraya taallûk eden maddi faaliyet ve hareketleri sırasında ağır bir surette usulsüz hareketleriyle, diğer bir tâbirle, usul dışı sayılacak maddi fiil ve hareketleriyle ferdin mülkiyet hakkına veya âmmе hürriyetine tecavüz etmesi” olarak tanımlamakta ve “idarenin kanun ve nizama, hukuk kaidelerine ağır bir surette aykırı olan, ağır bir surette hukuka muhalefetle lekelenmiş bulunan bir fiil ve hareketi...” olarak nitelendirmektedir.¹

Onar, Fransız doktrin ve içtihadının, idarenin kamulaştırma veya geçici işgale başvurmaksızın bir gayrimenkulu işgal etmesini; bir belediye başkanının yıkılmaya yüz tutmuş bir binayı usul dışı yıkmasını; bir valinin kamu düzeninin korunması amacıyla yetkili merciin kararı olmadığı halde bir gazeteyi toplattırmasını; kolluk yetkilerinin sebep ve maksat unsurları arasında bir nispet olmaksızın ağır yollar ve usullerle tatbik edilmesini fiili yol olarak kabul ettiğini belirtmektedir.² Duran, fiili yolu “idarenin, ilgiliye tebliğ edeceği icrai bir karara dayanmadan, hususi menkuller ve esaslı amme hürriyetleri üzerindeki tasarrufları” olarak tanımlamaktadır.³ Gözübüyük ve Tan, fiili yolu idarenin mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine ağır bir şekilde, hukuk dışı bir tutumla saldırıda bulunması olarak tanımlamaktadır.⁴ Gözler ise fiili yolu “idarenin herhangi bir işlem yapmaksızın ve açıkça hukuka aykırı bir şekilde özel kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edilmesi” olarak tanımlamaktadır.⁵

Yayla, fiili yolu, idarenin geçerli herhangi bir hukuki dayanağı olmaksızın, görev ve faaliyet sahasına yabancı bir eylemde bulunması olarak tanımlamakta⁶ Özey fiili yolu, idarenin kişi hak ve hürriyetlerine yönelik açık ve bariz hukuksuz müdahaleleri olarak tanımlamaktadır.⁷ Yenice ve Esin ise fiili yolu, “Hiçbir

¹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukununun Umumi Esasları Cilt III, Akgün Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1668.

² S. S. Onar, a.g.e. 1966, 1668-1669.

³ Lütfi Duran, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1964, s. 354.

⁴ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 171.

⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 1028.

⁶ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009, s.142.

⁷ İlhan Özey, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s.512.

hukuki temele dayanmayan ya da dayandığı temel hükümsüz olan ya da bir hukuki temele dayanmakla birlikte uygulanması ağır hukuki koşullar içerisinde gelişmiş bulunan maddi tasarruflar” olarak tanımlamaktadır.⁸

Fiili yola yönelik yapılan tüm tanımlamalar, başta mülkiyet hakkı olmak üzere kamu hürriyetine yönelik idarenin bir müdahalesinin varlığına işaret etmektedir. Bu müdahale, idari usul ve yasalara aykırı nitelikte, kişinin sahip olduğu haklara yönelik idari bir eylem veya işlem ile gerçekleşmektedir. Günümüz uygulamasında fiili yol, genellikle mülkiyet hakkı kapsamındaki varlıklara yönelik idarenin hukuk dışı tasarruflarında başvurulmuş bir hukuki argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bu açık ve bariz hukuk dışılığı, idareden sadır olan eylem veya işlemin “*idari*” olma vasfını ortadan kaldırmakta ve idarenin bu tutumunu iki eşit arasındaki haksız fiil ilişkisine dönüştürmektedir. Fiili yol, idarenin, idare hukuku kurallarına göre belirlenecek hukuki sorumluluğunun hukuki niteliğini ve hukuki temelini değiştirerek haksız fiile dönüştürmektedir.⁹ Bu dönüşüm, idarenin yargısal denetimine ilişkin farklı hukuk kurallarının uygulanması sonucunu da beraberinde getirmektedir.

İdareden kaynaklanan bir eylemin fiili yol olarak nitelendirilebilmesi için belli şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle idarenin icrai bir eyleminin olması gerekmektedir olup, idarenin hukuka açıkça aykırı bir kararının uygulanması da fiili yol olarak kabul edilmektedir.¹⁰ İkinci olarak bu eylemin ve icra edilen kararın, hukuka ve usule açıkça aykırı olması gerekmektedir ki; bu durumda idarenin, hukuka uygunluk karinesinden yararlanılamamaktadır.¹¹ Üçüncü şart ise idarenin yukarıda sayılan niteliklere sahip bir eyleminin mülkiyet hakkı veya basın hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi bir kamu hürriyetine yönelik olması gerekmektedir.¹²

Ülkemiz uygulamasında fiili yol genellikle bir taşınmaza kamulaştırmasız el atılması, işgal edilmesi veya mülkiyete son verilmesi hallerinde uygulanmakta olup, hukuka aykırı kamulaştırılmasız el atma, idare tarafından gerçekleştirilmesine rağmen yasal bir dayanağı olmadığı ve açıkça hukuka aykırı olduğundan dolayı idari eylem olmaktan çıkmakta ve fiili yol/haksız fiil olarak nitelendirilmektedir.¹³

⁸ Kazım Yenice ve Yüksel Esin, Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.371.

⁹ Gürsel Kaplan, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt:XI, Sayı:1-2, s.887-918.

¹⁰ Yücel Oğurlu, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, sayı 1, s.60-65.

¹¹ Yücel Oğurlu, a.g.m., s. 60-65.

¹² Yücel Oğurlu, a.g.m., s. 60-65.

¹³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.628-629. Turgut Tan ve Şeref Gözübüyük, a.g.e. s. 204.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay'ın fiili yola ilişkin içtihadı, büyük ölçüde "kamulaştırmaz el atma" konusuna ilişkin olup, özel mülkiyetteki taşınmaza "fiili el atma" halinin mevcut olduğu durumlarda uyuşmazlığın adli yargının görevinde olduğu Danıştay tarafından da kabul edilmektedir.¹⁴ Son yıllardaki içtihadında üç yüksek Mahkeme de, kökeninde imar uygulaması gibi idari bir işlem olan kamulaştırmaz el atmalarda idari yargının görevli olduğunu kabul etmektedir. Sadece idari bir karara dayanmaksızın eylemler olarak bir gayrimenkule el atılması hali, fiili yol kapsamında görülerek bu türden bir eylem, haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve bu tür idari eylemlerin yargısal denetiminin özel hukuk kuralları kapsamında yapılması gerektiği kararlarda belirtilmektedir.¹⁵ Kaplan, Danıştay'ın dar kapsamlı bu içtihadı ile fiili yola kamulaştırmaz el atma hali dışında başvurulmamasını, idarenin idare hukuku kurallarına göre denetlenme alanını genişlettiğini belirtmektedir.¹⁶

Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konudaki istikrarlı içtihadına mukabil, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesince fiili yol içtihadında önemli bir değişikliğe gidilerek, idarenin müdahalesine konu mülkiyet hakkı kapsamındaki varlığın yok olması ile sonuçlanan idari müdahaleler dışındaki, idarenin eyleminden kaynaklı hukuk dışı tüm fiillerin, idari yargı denetimine tâbi olması gerektiği yönünde iki önemli karar verilmiştir. 13 Haziran 2013 tarihli "Bergoend" kararı ile 9 Aralık 2013 tarihli "Commune de Saint Palais sur Mer" kararında bu içtihadı değişimin hukuki temellerine ilişkin oldukça ayrıntılı gerekçelere yer verilmiş olup; bu çalışmamızda mülkiyet hakkı bağlamında Türk ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemelerinin görevli yargı koluna ilişkin belirleme kriterleri irdelenecektir.

I. TÜRK UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN GÜNCEL FİİLİ YOL İÇTİHADI

Hukuka saygılı bir idarenin ihtiyaç duyduğu mülkiyet hakkı kapsamındaki mal varlığı değerlerini, hak sahibine rayiç bedel üzerinden ödeme yapmak suretiyle edinmesi veya kullanımına tahsis etmesi beklenmekle birlikte, ülkemizde özellikle fiili veya hukuki el atma yoluyla özel mülkiyette bulunan malvarlıklarına idare tarafından usul dışı olarak el atılabilmektedir. Bu el atmaların hangi hukuki rejime tâbi olacağı, farklı yargı kollarının bulunduğu ülkeler açısından önem arz etmektedir. İdarenin hukuk dışı olarak mülkiyet hakkına el atması, fiili yol olarak nitelendiğinde, idari bir eylem veya işlem den söz edilemezken; idari işlem veya eylem olarak nitelendirilmesi durumunda, tâbi olunacak yargısal denetim ve hukuki nitelendirme tümüyle değişmektedir.

¹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2015/782, K:2015/797, 30.11.2015. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2009/5-104, K:2009/142, 29.04.2009. Danıştay Başsavcılığı, E:2019/119, 07.11.2019.

¹⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2012/317, K:2013/30, 04.06.2013; UYM, E:2013/929, K:2013/1055, 04.06.2013; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2003/385, K:2006/2124, 14.12.2006; Danıştay 6. Daire, E:2009/2388, K:2012/3811, 27.06.2012.

¹⁶ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 890.

İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmazları edinmesi veya taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı kurmasına ilişkin izlenecek yasal prosedür, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile belirlenmiştir. Aynı şekilde idarenin özel mülkiyetteki bir taşınmazı geçici olarak işgal etmesine ilişkin genel usul ve esaslar da 9 Şubat 1331 (1915) tarihli, 2455 sayılı Menafii Umumiyeye Mütteallik Hususat İçin Efrada Ait Arazi İle Taş Ocaklarının Muvakketen İşgali Hakkında Kanun ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'da düzenlenmiştir.

Hukuka saygılı bir idareden, yukarıda sayılan yasal düzenlemelerde öngörülen usulleri izleyerek özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı istidlak etmesi veya geçici olarak işgal etmesi beklenmektedir. Bu yasal düzenlemelere aykırı olacak şekilde gerçekleşen idarenin her türlü eylem veya işlemi hukuka aykırı hale gelecektir. Ancak bu hukuka aykırılığın yargısal denetiminin hangi esaslara göre hangi yargı kolunca gerçekleştirileceği, adli ve idari yargı ayırımının olduğu bizim gibi ülkeler açısından önemli bir hukuki uyumsuzluk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdarenin, yukarıda sayılan yasal düzenlemeleri dikkate almadan özel mülkiyetteki bir taşınmaza el atması, fiili yol olarak kabul edildiğinde, idarenin eylemi artık haksız fiil olarak *nitelendirilmekte* ve idare ile hakkına müdahale edilen malik, adli yargı önünde özel hukuk hükümlerine hakkını arama durumunda kalmaktadır.

Uyumsuzluk Mahkemesi'nin, mülkiyet hakkı kapsamındaki fiili yol içtihadı büyük ölçüde Yargıtayın geçmiş tarihli içtihadı birleştirme kararlarına dayanmaktadır.

Yargıtay'ın 16.05.1956 tarih ve 1956/1-6 sayılı içtihadı birleştirme kararında; *"Usulü dairesinde istidlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna....."* denilerek davanın adli yargı mercilerince çözümleneceği belirlenmiştir. Yargıtay'ın yine 16.05.1956 tarih ve 1956/1-7 sayılı içtihadı birleştirme kararında ise ilgili kamu idaresi tarafından usulüne uygun olarak kamulaştırma işlemi tesis edilmeksizin taşınmaza el konulan malikin açacağı davanın zamanaşımına tâbi olmayacağı kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın 11.02.1959 tarih ve E:1958/17, K:1959/15 sayılı içtihadı birleştirme kararında idarenin usule uygun kamulaştırma yapmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaza el atması, *"İdarenin kanunsuz bir hareketi"* olarak nitelendirilmiş ve bu tür eylemlerden kaynaklanan davaların mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın

tazmini davası mahiyetinde olduğu ve bu davalarda adli yargı mercilerinin görevli olduğu kabul edilmiştir.

Sıralanan bu içtihadı birleştirme kararlarında, mülkiyet hakkına yönelik idarenin hukuk dışı müdahaleleri, haksız fiil olarak kabul edilmekte ve bu kapsamdaki davalarda adli yargının görevli olduğu belirtilmektedir. 11.02.1959 tarih ve E:1958/17, K:1959/15 sayılı içtihadı birleştirme kararı, özü itibariyle fiili yol kapsamındaki görevli yargı kolunu belirlemede referans olarak kabul edilen ikili bir ayrımla görevli yargı kolunun belirlenmesini öngörmüştür.¹⁷ Kararın gerekçesinde şu hükümlere yer verilmiştir:

İdare tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre yapılan bir bayındırlık faaliyeti nedeniyle özel mülkiyetteki taşınmazı zarar gören, ürün kaybına uğrayan kişinin zararı, idari bir karara dayandığından idari eylem olarak kabul edildiğinden, bu türden uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde

¹⁷ "I - amme teşekkülleri tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrum katını sel basan, bir su tesisi yapılması neticesinde tarlasındaki sular çekilip ağaçları veya mahsulleri kuruyan veya tarlası artık ekin ekilemez hale gelen yahut tarlasının kenarında geçen derenin kuruması yüzünden tarlası susuz kalan veya su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmâl yüzünden tarlasını sular basıp bu suların getirdiği kumlardan dolayı tarlası artık ekin ekilemeyecek duruma düşen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira, bir amme teşekkülünün vazifelerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması, idari bir karar olduğu gibi bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari fiildir.Esasen bir karar verdikten sonra o kararı yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle haksız fiilin kanuna aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz. Bundan başka, idarenin kararının ve faaliyetinin gayrimenkul maliki olma sıfatına dayanmaması itibariyle Medeni Kanunun komşuluk haklarına ilişkin bir tazmin alacağı dahi söz konusu edilemez.

II - Amme kanunları hükümlerince yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma mükellefiyetleri de yine amme kanunlarından doğan mükellefiyetler olduklarından bu mükellefiyetlere aykırı davranma halleri de idari karara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmaması mahiyetini arz ettiğinden dolayı bunlardan doğan zararlar dahi idari karar ve fiillerden doğan zararlar olduğu cihetle söz konusu zararların tazmini davalar dahi yukarıda bildirilen kanun hükmünce tam kaza davalarıdır.

III - İstimlaksiz el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır ve bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararının tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesi vazifesi içindedir.

Bundan başka, bir amme teşekküllü tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında devlet malı olmayan yerlerden toprak alınması veya böyle yerlere toprak veya moloz yığılması neticesinde meydana gelen zararların tazmini davası da başkasının malına amme teşekkülünün dilediği gibi el atma hakkı bulunmadığı ve plan ve projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el atılabilmesini gerektirecek esaslar konulamayacağı cihetle, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılır.

Yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olarak yapılması hali de idari karara aykırı bir hareket bulunması itibariyle yine idari kararın tatbiki olan bir fiil sayılmaz ve bu bakımdan bu iddia ile açılmış bir dava haksız fiilden doğan bir davadan ibaret olacaktır."

çözümlemelidir. Bu içtihadı göre ilgili mevzuata, plan ve projesine uygun olarak gerçekleştirilen idarenin faaliyetlerinde haksız fiilin kanuna aykırılık şartı gerçekleşmemiş olduğundan, adli yargı mercilerince bu kapsamda tazminata hükmedilmemektedir.

Yargıtay'a göre, bayındırlık faaliyeti sonucu oluşan zarar ve değer kaybı ile ilgili maddi tazminat istenebilmesi için hukuka aykırı bir fiilin bulunması, yani idarenin plan ve projeye uygun olmayan bir davranışından kaynaklı zararın oluşması gerekmekte olup, plan ve projesine uygun yapılan işlere ilişkin özel mülkiyette bulunan taşınmazda oluşan değer düşüklüğü de dâhil olmak üzere oluşan zararlar, haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmemektedir.¹⁸ Danıştay'a göre ise bayındırlık faaliyetleri nedeniyle özel mülkiyetteki taşınmazlarda oluşan kıymet düşüklüğü tutarının hesaplanmasında, taşınmazın konumu, kullanım şekli, altyapı, elde edilen gelir, ulaşım kolaylığı gibi tüm faktörlerin değerlendirmede dikkate alınması gerekmektedir.¹⁹

İdarenin ilgili yasal düzenlemeler uyarınca yürütmekle yükümlü olduğu hizmetleri gerçekleştirmek için yapmış olduğu tesislerin bakım ve onarım eksikliğinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, idari hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya gereği gibi işlememesi diğer bir ifadeyle hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda da bu husus dikkate alınmaktadır.²⁰

Kamulaştırmasız el atma halinde ise Kamulaştırma Kanununa uygun hareket edilmeden özel mülkiyetteki taşınmazın edinilmesi, idarenin kanunsuz bir hareketi olduğundan, idarenin bu eylemi artık idari eylem olmaktan çıkmakta ve haksız fiile dönüşmekte ve yargısal denetimi de özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerince gerçekleştirilmektedir. Bunlar dışında, idari bir faaliyet nedeniyle özel mülkiyetteki taşınmazdan toprak alınması veya bu yerlere toprak, moloz ve taş yığılması durumları da, idarenin başkasının

¹⁸ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E:2014/18089, K:2016/11290, 21.12.2016.

¹⁹ Danıştay 10. Daire, E:2013/6827, K:2016/1402, 15.03.2016.

²⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi E:2004/57, K:2004/74, 01.11.2004. *"İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projenin hukuka aykırı olduğu nedeniyle iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davalar ile idarenin aynı plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak davaların görüm ve çözümünün, iptal ve tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu; idarece herhangi bir aynı hakka müdahalede bulunulduğu, özel mülkiyete konu taşınmazda kamulaştırmasız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır."*

malına dilediği gibi el atma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle haksız fiilden kaynaklı davalar olarak kabul edilmektedir.

Bazı konularda içtihadı farklılığa gidilmiş olmakla birlikte genel olarak fiili yola ilişkin bu karar doğrultusunda uygulama devam etmektedir. Bu içtihadı birleştirme kararında, idarenin özel mülkiyette bulunan taşınmaza, hukuken geçerli bir neden olmaksızın el atmasının haksız fiil olduğu ve idarenin bu eyleminin artık idarilik vasfını kaybettiğinden dolayı haksız fiil kapsamında adli yargı mercilerince yargısal denetiminin yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, istikrarlı bir şekilde bir bayındırlık faaliyeti kapsamında, özel mülkiyete konu taşınmaza hafriyat dökülmesi, moloz yığılması veya bu taşınmazdan toprak, kum veya taş alınması konuları hakkında, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılacağı gerekçesiyle adli yargının görevine girdiği yönünde karar vermektedir.

İçtihadı birleştirme kararının son kısmında değinilen, özel mülkiyette bulunulan bir taşınmaza toprak veya moloz yığılmasına ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları istikrarlı iken Danıştay ve Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır.

Hidro Elektrik Santral (HES) çalışmaları nedeniyle yapılan kazı ve hafriyat çalışmaları sonucu taş, toprak ve moloz bırakılarak, özel mülkiyetteki taşınmaza kamulaştırmaz el atılması olayında, idarenin işlem ve eylemleri kamusal nitelik taşıdığından, davanın idari yargı kolunda görülmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur.²¹ Diğer bir kararda, davalı belediyenin döktüğü hafriyat malzemeleri nedeniyle sorumlu olduğu, ancak davalı bir kamu tüzel kişisi olup; işlem ve eylemleri kural olarak idari nitelik taşıdığından, idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerektiği belirtilmiştir.²²

İdari yargı kararlarında ise genel olarak hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğuna gidildiği görülmektedir. Özel mülkiyetteki taşınmaza izinsiz hafriyat toprağı dökülmesi nedeniyle sorumlu idareler İzmir Valiliği ve İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine açılan tam yargı davasında, olayda idarelerin hizmet kusuru bulunması nedeniyle tazminat isteminin kabulüne karar verilmiş olup, bu karar Danıştayca onanmıştır.²³ Yalova Belediyesi tarafından hafriyat döküm alanı olarak kullanılan komşu taşınmazdan, moloz ve çöp heyelanı yaşanması sebebiyle, taşınmazının kullanılamaz hale geldiğinden bahisle açılan tazminat davasının kabulü yönündeki karar, Danıştayca onanmıştır.²⁴

²¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E:2014/15378, K: 2015/13080, 16.11.2015; E: 2014/15386, K: 2015/13081, 16.11.2015.

²² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2010/8962, K: 2011/10022, 04.10.2011.

²³ Danıştay 14. Daire, E:2012/31, K:2014/4524, 10.04.2014.

²⁴ Danıştay 6. Daire, E:2015/4501, K:2017/1287, 27.02.2017.

İdari yargı mercilerince Çevre Kanunu ve ikincil mevzuat uyarınca, çöp, hafriyat ve inşaat atığı gibi malzemelerin döküleceği yerlerin idare tarafından belirlendiği, bunların taşınması, depolanması ve bertarafının da idarenin gözetim ve denetiminde gerçekleşen bir kamu hizmeti olduğu, özel mülkiyette bulunan taşınmaza bu atıkların idare tarafından dökülmesinin, haksız fiilden çok hizmetin kötü işlemesi şeklinde tezahür eden hizmet kusuru olduğu yönünde değerlendirme yapılarak, idare hukukunun sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaz altından atık su boruları (büz) döşenmesi ve buradan sızan suların ekili mahsule zarar verdiği iddiasıyla açılan davanın, idarenin eyleminin mevzuata uygun bir idari karara dayalı bulunmaması karşısında, haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görülmesi ve çözümünün adli yargı yerinin görevine girdiğine karar vermiştir.²⁵ Özel mülkiyette bulunan taşınmazın, belediye encümen kararı olmaksızın yıkılmasından kaynaklı uyuşmazlıkta, adli yargı mercilerince haksız fiil hükümlerine göre çözümleneceğine karar verilmiştir.²⁶ Yine idarenin yol yapımı için ihtiyaç duyulan bazı maddelerin özel mülkiyetteki taşınmazdan alınması, taşınmaza geçici olarak fiilen el konulması, idarece usulüne uygun olarak alınmış bir karar olmaksızın ve bir bedel ödenmeksizin taşınmazın geçici olarak işgal edimesinden kaynaklı tazminat davasının adli yargı mercilerine çözümlenmesine karar verilmiştir.²⁷

Yargıtay içtihadı birleştirme kararında yer alan *“Yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olarak yapılması hali de idari karara aykırı bir hareket bulunması itibarıyla yine idari kararın tatbiki olan bir fiil sayılamaz ve bu bakımdan bu iddia ile açılmış bir dava haksız fiilden doğan bir davadan ibaret olacaktır.”* hükmünde adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ayırımında bir muğlaklığa neden olduğu ve yargı kolu ayırımına ilişkin net bir kriter belirlenmediği görülmektedir. Bir idari bayındırlık faaliyetinin plan veya projelerine aykırı yapılmış olması, teknik bir bilgi gerektirdiğinden ancak keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde anlaşılabilir.

Aynı şekilde, idari karara aykırı hareket edildiğinin tespiti de yargılamanın mahiyetine göre delillerin toplanmasından duruma göre keşif veya bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra anlaşılabilir bir durumdur. Her iki durumda da belli bir süre yargılama faaliyeti gerçekleştikten sonra görevli yargı koluna ilişkin bir değerlendirme yapılabileceği dikkate alındığında, içtihadın makul sürede yargılanma hakkını olumsuz yönde etkileyebileceği düşünülmektedir.

“Kamulaştırmasız hukuki el atma” diye de adlandırılan, idarenin imar planı gibi bir idari işleminin sonucu olarak özel mülkiyete yönelik idarenin

²⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2015/803, K:2015/818, 30.11.2015.

²⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2018/337, K:2018/456, 24.09.2018.

²⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2014/1136, K:2014/1177, 29.12.2014.

müdahalelerinden kaynaklı davaların, idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gerektiği konusunda günümüzde genel bir kabul bulunmaktadır. Fakat, geçmiş yıllarda bu tür davalar, hem adli hem de idari yargı yerlerinde çözümlenmekteydi.

Yargıtay 2010 yılına kadar, imar uygulamaları nedeniyle mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalardan dolayı idarenin sorumlu olmadığı yönünde bir içtihadı sahipti. Yargıtay'a göre bir taşınmaza kamulaştırmaz el atılması için öncelikle idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koyması, ayrıca bu durumun geçici değil kalıcı olması yani sahiplenme kastı ile yapılmış olması gerekmektedir.²⁸

Yargıtay'ın bu içtihadına göre imar planları kapsamında getirilen sınırlamalar, malikin mülkiyet hakkını fiili olarak sonlandırmadığından mal sahibi, idarenin sorumluluğu kapsamında tazminat talebinde bulunamamaktaydı. Fiilen ve kalıcı olmak kaydıyla taşınmaza el konulmadığı müddetçe, taşınmazın imar planında yeşil alan, eğitim alanı, sağlık tesis alanı, kültürel tesis alanı veya ibadet alanı olarak gösterilmesi yoluyla mülkiyet hakkından yararlanmanın kalıcı olarak sınırlandırılması, idarenin sorumluluğunu gerektirmemektedir. Yargıtay 2010 yılında bu içtihadından dönmüştür.

“Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.

Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.

Bu itibarla, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.”²⁹

Yargıtay, bu içtihadı ile mülkiyet hakkının imar uygulamaları ile uzun süreli sınırlandırılmasını, mülkiyete fiili el koyma ile eşdeğer kabul etmiştir.

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2007/5-805, K:2007/826, 07.11.2007.

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2010/5-662, K:2010/651, 15.12.2010.

Kamulaştırmazlık hukuki el atma, idari bir işlem olan imar planları ve imar uygulamaları, idarenin bir plan veya projesinin hayata geçirilmesinden kaynaklandığından, bu kapsamdaki tazminat talepleri tam yargı davalarına da konu olmuştur. Adli yargıda haksız fiil, idari yargıda ise idari işlem veya idari eylemden kaynaklı tam yargı davalarına konu olan kamulaştırmazlık hukuki el atmaya ilişkin uyuşmazlıklar, iki yargı kolu arasında sık sık görev uyuşmazlığı çıkmasına neden olmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi, imar uygulamaları sonucu, mülkiyet hakkına konu taşınmazın yüzölçümünün azalması, kullanımına yönelik sınırlamalar getirilmesi gibi mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin, idari işlemten kaynaklandığını ve idarenin hukuka aykırı olarak kişilerin taşınmazına el koyması veya malikin tasarrufunu fiilen engelleme durumları söz konusu olmadığından, kamulaştırmazlık el atmanın varlığından söz edilemeyeceğini, mülkiyete yönelik tecavüzün önlenmesi veya haksız fiilden kaynaklanan zararın tazminine dair bir uyuşmazlığın bulunmadığını; idari işlem veya eylemden kaynaklı bir tam yargı davasına konu uyuşmazlığın bulunduğunu ve bu kapsamdaki davaların idari yargı yerlerince çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi istikrarlı bir şekilde, idari bir işleme örneğin bir imar planına dayalı olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahaleden kaynaklı tazminat davalarının idari yargı mercilerince çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.³¹ Mahkemenin bu istikrarlı tutumu, iki farklı yargı kolunda farklı hukuki esaslar dahilinde incelenen, idari işlemten kaynaklı kamulaştırmazlık hukuki el atma davalarının, idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerlerince çözümlenmesini sağlamıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen içtihatları ile Danıştay'ın idarenin özel mülkiyetteki taşınmaza herhangi bir idari karar olmaksızın fiili el atması hali haricindeki durumlarda genellikle idari yargıyı görevli görüp, uyuşmazlıkları idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesi nedeniyle, fiili yol içtihadı ülkemizde sadece taşınmaz mülkiyetine fiili olarak el atılması ile sınırlı kalmıştır. Ülkemizin bu konudaki içtihadının Fransız yargı mercilerinin içtihadına dayandığı dikkate alınarak, çalışmanın bundan sonraki bölümünde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin fiili yola ilişkin olarak vermiş olduğu güncel kararlarında belirtilen esaslar dahilinde, taşınmaz mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklardaki fiili yol içtihadının temel esasları irdelenecektir.

³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2006/112, K:2006/140, 02.10.2006; E:2013/393, K:2013/465, 11.03.2013.

³¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2019/213, K:2019/416, 08.07.2019.

II. FRANSIZ UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN GÜNCEL FİİLİ YOL İÇTİHADİ

İdarenin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini hukuka bağlı ve saygılı olarak yerine getirmesi, hukuk devletinin bir gereğidir. Bununla birlikte, idari faaliyetler esnasında idarenin hukuk dışına çıktığı durumlarla da karşılaşılabilir. İdarenin bu hukuk dışına çıkma halinin yargısal denetiminin nasıl gerçekleştirileceği hususu, bizim gibi idari rejim ilkesinin uygulandığı hukuk sistemlerinde önemli hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda idari rejimin uygulandığı ülkelerden olan ve İdare Hukukumuzun büyük ölçüde etkilendiği Fransız uygulamasının değerlendirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Fransa'da fiili yol teorisinin gelişimine bakıldığında, fiili yol, ilk olarak Conseil d'Etat tarafından verilen 21 Eylül 1827 tarihli *Rousseau* kararında tanımlanmış ve bu kapsamdaki uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinde çözümleneceği kabul edilmiştir.³² Fransa'da geçmiş dönemde adli yargının daha yaygın teşkilatlanmış olması ve idari yargının vermiş olduğu kararlarda, tutuk adalet usulünün geçerli olmasının, dönem itibarıyla idari yargı yerlerinin mahkeme olarak sayılmamasının, fiili yol teorisinin benimsenmesinde önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir.³³ Ayrıca 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın, kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda adli yargı hakimini görevli sayan 66. maddesi ile yukarıda bahsedilen fiili yolda adli yargının görevli olduğu yaklaşımı, anayasal bir ilke konumuna getirilmiştir.³⁴

Re'sen icra yetkisine sahip idare, tek taraflı işlemleriyle veya eylemleriyle çok açık bir şekilde mülkiyet hakkı veya bir kamu hürriyeti ihlal edilebilmektedir. Fransız İdare Hukuku literatüründeki tabirle "*voie de fait*" fiili yol mahiyetindeki işlem ve eylemler, çok açık bir şekilde mülkiyet hakkının veya bir kamu hürriyetinin ihlali niteliğinde olduğundan, idareden kaynaklansa dahi bu eylem veya işlemler idarilik vasfını kaybetmekte ve idarilik vasfını kaybeden bu işlem ve eylemlerin yargısal denetimi, özel hukuk kurallarına göre gerçekleştirilmektedir.³⁵ Bu durum, idari hakime nazaran daha güçlü olduğu düşünülen adli yargı hakimi karşısına çıkarılarak idarenin cezalandırılması veya terbiye edilmesi mantığına dayanmaktadır.³⁶ Ancak bu mantık, idari uyuşmazlıkların çözümünün uzun zaman almasına neden olmakta, ortaya çıkan görev uyuşmazlıkları, makul sürede adil yargılanma hakkını haleldâr edebilecek boyutlara ulaşabilmektedir. Yargı kolları arasındaki

³² Hayrettin Yıldız, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s.306.

³³ G. Kaplan, a.g.m., 2007, s. 909-910.

³⁴ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 907.

³⁵ S. S. Onar, a.g.e. 1966, s.1668-1670

³⁶ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 911.

görev uyuşmazlıkları, uzun süren yargılamalara neden olmakta bu durum da makul sürede yargılama yapılamaması nedeniyle tazminat ödenmesiyle sonuçlanmaktadır.³⁷

Fransa'da zaman içinde "tutuk adalet" ilkesinin terk edilmesi, idari yargı teşkilatının güçlenmesi, 2000 yılında kabul edilen İdari Yargı Kodu'nun L.521-1 ve devamı maddelerinde idari yargılamada kısa sürede sonuç veren "ivedi yargılama" usulünün benimsenmesi ile birlikte, idari hakimnin temel hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla idareye talimat vermek de dâhil olmak üzere her türlü tedbiri alabileceğine ilişkin yasal düzenleme yapılması, fiili yol teorisinin yeniden tartışılmasına zemin hazırlamıştır.³⁸

*"Yeni düzenleme ile idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki uygulamalarından doğan uyuşmazlıklara idari yargı hakimi tarafından bakılma imkanı getirilmesi, fiili yol teorisinin ortadan kalkacağı veya adli yargının bundan böyle fiili yol uyuşmazlıklarına bakamayacağı şeklinde yorumların yapılmasına neden olmuştur."*³⁹

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2013 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda, fiili yol mahiyetindeki idareden sadır olan işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin, haksız fiil hükümleri kapsamında adli yargı mercilerince yerine getirilmesi ilkesi benimsenmiştir. 2013 yılında bu konuda verilen iki önemli karar ile fiili yola ilişkin hukuki tanımlama yeniden yapılmış ve yeni tanımlamanın hukuki dayanakları *Bergoend* ve *Commune de Saint-Palais-sur-Mer* kararlarında detaylı olarak ortaya konulmuştur.⁴⁰ *Bergoend* kararı ile birlikte, daha önce fiili yol kapsamına giren ve adli yargı mercilerinin denetimine tâbi olan birçok uyuşmazlık yeni tanımlama ile birlikte idari yargının görev alanına dâhil edilmiştir. Mülkiyet hakkına yönelik idarenin bir müdahalesinden kaynaklı eylemin fiili yol olarak kabul edilebilmesi, mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması koşuluna bağlanmıştır. Bu durum, adeta fiili yolun yok denecek kadar azalması anlamına da gelmektedir.

Bergoend ve *Commune de Saint-Palais-sur-Mer* kararlarında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına yönelik idarenin hangi müdahalelerinin fiili yol teşkil edeceğine ilişkin belirlediği kriterler iki temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlardan ilki, idarenin açıkça yetkisi dâhilinde olmayan

³⁷ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.9. http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3931_Conclusion_conclusions_tc_3931.pdf, (Erişim tarihi:20.12.2017).

³⁸ G. Kaplan, a.g.m., 2007, s. 913-914. H. Yıldız, a.g.m., 2018, s. 307.

³⁹ H. Yıldız, a.g.m., 2018, s. 307.

⁴⁰ Tribunal des Conflits, *Bergoend* c. Société ERDF Ancey Léman, No 3911, 17.06.2013 http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3911_Conclusion_conclusions_tc_3911.pdf, (Erişim tarihi:20.12.2017).

bir karar ile özel mülkiyete müdahale etmesi ve ikinci olarak da idarenin mülkiyet hakkını ihlal etmesi sonucunda, söz konusu hakkın yok olmasıdır. Her iki şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda fiili yoldan söz edilebilecektir. “*Fiili yol biçimleriyle ve idarenin faaliyetlerinin sonuçlarıyla ilişkili koşullara ilişkin yapılan bu çifte düzenleme, gayrimenkul alanında gelecekte bir fiili yolun ortaya çıkması ihtimalini oldukça düşürmektedir.*”⁴¹

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği bu iki karara konu olaylar şöyle gerçekleşmiştir: *Bergoend* davasında, mal sahibinin rızası veya kanunların öngördüğü kamulaştırma veya kiralamaya ilişkin prosedürler uygulanmaksızın, özel mülkiyetteki bir arazi üzerine elektrik idaresi tarafından 1983 yılında elektrik direği dikilmiştir ve bu durum 2009 yılına kadar devam etmiştir. *Commune de Saint-Palais-sur-Mer* kararına konu olayda ise spor alanı olarak düzenlenmesi öngörülen özel mülkiyetteki taşınmazın kullanım hakkı, yerel yönetim ile taşınmaz sahipleri arasında yapılan sözleşme ile idareye verilmiştir. Sözleşme süresinin sonunda taşınmazın kullanım hakkı sahiplerine iade edilmeyerek belediye tarafından sahiplerinin rızası olmaksızın kullanılmaya devam edilmiştir. Belediyenin taahhüt ettiği kamulaştırma işleminin gerçekleşmemesi üzerine mal sahipleri tarafından mülkün tahliyesi ve zararlarının tazmini için dava açılmıştır.

Mahkemeye göre, *Bergoend* davasında bir kamu yapısının haksız olarak kurulması veya idarenin işgalci durumunda olması durumları, idarenin sahip olduğu bir yetkiyle ilişkilendirilebilecek durumlar olup, idarenin haksız işgali veya haksız olarak kurduğu yapı, fiili yol olarak nitelendirilmemektedir.⁴² İdarenin mevzuat ile öngörülen usul ve prosedürleri işletmemesi, gerçekleştirilen idari faaliyetin idarenin görev ve yetki alanı dışında olduğu sonucunu doğurmamaktadır.

İdarenin mülkiyet hakkına yönelik haksız müdahalesinin fiili yol oluşturabilmesi için ikinci koşul olan “mülkiyet hakkının ortadan kalkması” şartının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir mal sahibinin yalnızca malını kullanmaktan yoksun bırakılmasına sebep olan kamulaştırmassız el atma, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmamakta, malik mülkiyet hakkından kaynaklı yetkilerini tam olarak kullanamamaktadır. Mülkiyet hakkı, mülkiyet konusu ile aynı sürekliliğe sahiptir ve buradan mülkiyet hakkını sonsuza kadar ortadan kaldıracak tek şey, mülkün nihai olarak yok olmasıdır.⁴³ Arsa üzerindeki taşınmazın yıkılması sadece yapıya ilişkin mülkiyetin son bulmasını ifade etmektedir. Yıkılan şeyin mülkiyeti, yıkımın yol açtığı kalıntıları ve bu kalıntılara ilişkin tazminatı ifade eder. Arazi üzerindeki yapı ile arazinin mülkiyeti

⁴¹ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.5, 09.12.2013.

⁴² Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.5, 09.12.2013.

⁴³ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.6, 09.12.2013.

birbirinden ayrıştırılabilir niteliktedir ve arazinin mülkiyeti sürekli iken, yapı üzerindeki mülkiyet hakkı ortadan kalkabilmektedir. Dolayısıyla taşınmaz bir malın yıkılması bu bakımdan fiili yolun kapsamına girmektedir.⁴⁴

Mülkiyet hakkının ortadan kaldırılmasının ikinci biçimi ise taşınmazın veya mülkün kendisinin idarenin bir müdahalesiyle yok olmasıdır. Bu durum, mülkiyet hakkının yukarıdaki gibi ayrıştırılmadığı durum ve koşullarla ilgilidir. Deniz seviyesinin yükselmesi sonucu sular altında kalan taşınmazlar veya nehir sularının altında kalan özel mülkiyetteki taşınmazlarda mülkiyet hakkı sona ermektedir. Fakat, sulara gömülme nedeniyle mülkiyetin ortadan kalkma durumunun idarenin yetkisinde olmadığı açık olan bir kararın sonucu olması gerekmektedir.⁴⁵ Böyle bir durum ise gerçekleşmesi oldukça zor bir durumu ifade etmektedir.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararları ile tanımladığı yeni fiili yol içtihadı, özellikle mülkiyet hakkı kapsamındaki idari müdahalelerin neredeyse tümünün idari yargının görev alanında kalması sonucunu doğurmaktadır. Fiili yol için öngörülen iki şartın birlikte gerçekleşmesi çok istisnai durumlara sınırlı kalacağından, idarenin özel mülkiyete yönelik müdahaleleri, idare hukuku ilkelerine göre idareyi daha iyi tanıyan idari yargıçlar tarafından çözümlenecek, uyuşmazlıkların yargı kolu ihtilaflarından kaynaklanan zaman kayıpları yaşanmadan makul sürede çözümlenebilmesi sağlanacaktır.

SONUÇ

İdare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu özel mülkiyete konu taşınmazları kamulaştırma hakkına sahip olduğu gibi bu taşınmazlar üzerinde Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen aynı hakları tesis ettirme hakkına da sahiptir. Bir bayındırlık faaliyetinin yerine getirilmesi için gereken taşınmazı geçici olarak işgal etme veya bu taşınmazdan toprak, kum veya taş gibi ihtiyaç duyduğu malzemeleri alma yetkisine de sahip olan idarenin, bu yetkilerini kullanırken kamulaştırma ve geçici işgale ilişkin yasalarla belirlenen usulü takip ederek hizmetlerini yerine getirmesi, yönetilenlerce haklı olarak beklenmektedir. Ancak uygulamada idareler, Kamulaştırma Kanunu veya geçici işgali düzenleyen kanunları ve ikincil mevzuatı dikkate almadan özel mülkiyette bulunan taşınmazlara müdahalede bulunabilmektedir.

İdarenin özel mülkiyete yönelik bu tür müdahalelerinin yargısal denetiminin farklı yargı kollarında olması, derece mahkemelerinin görevsizlik kararları sonucu yargı kolu uyuşmazlığı çıkmasına neden olmakta; bu durum da uyuşmazlıkların makul sürede çözümlenmesini güçleştirmektedir.

⁴⁴ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.7, 09.12.2013.

⁴⁵ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.7, 09.12.2013.

İdarenin fiili yol kapsamındaki işlem veya eylemlerinin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı mercilerince denetlenmesinin, idareyi terbiye etme amaçlı olduğu öne sürülmüş olsa da, adli yargı süreçlerinin taraflarca getirilme ilkesine dayanması, davaların huzurda görülme ve takip zorunluluğu, ilk itiraz, itiraz ve defilerin belli bir süre içerisinde ileri sürülmesi gerekliliği ve idarenin karmaşık yapısıyla birlikte değerlendirildiğinde, haksız fiilin faili olarak görülen idarenin, mağdura nazaran daha avantajlı bir konuma sahip olduğu ve bir anlamda idarenin ödüllendirildiği görülmektedir. İdari yargının re'sen araştırma ilkesine dayanması ve adli yargı mercilerine nazaran idarenin işleyişini daha iyi değerlendirebilecek bir birikime sahip olduğu dikkate alındığında, idarenin mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerinin, haksız fiil esasına göre değil, idarenin sorumluluk esaslarına göre değerlendirilmesinin, mülkiyet hakkı ihlal edilenler açısından daha avantajlı olduğu ve idareyi “terbiye etme” düşüncesine daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.

Kaplan'ın da belirttiği üzere, adli yargının bu anlamda idari yargıya göre daha avantajlı olduğu tek yön, dava açma sürelerinin haksız fiilde daha uzun olarak belirlenmesidir.⁴⁶ Ancak idari yargı mercilerinin son yıllarda vermiş oldukları kararlarda mülkiyet hakkına yönelik idarenin işlem veya eylemlerinden kaynaklı davalarda her zaman idareye başvurularak hakkın talep edilebileceği yönündeki güncel Danıştay kararları⁴⁷ da dikkate alındığında, idari yargının bu yönden de tatmin edici bir düzeye eriştiği görülmektedir.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bergoend* kararı ile yeniden belirlemiş olduğu fiili yol içtihadındaki iki kritere benzer şekilde Türk Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından belirlenecek ilkelerle idarenin mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların idari yargı yerlerince karara bağlanabilmesinin önü açılabilecektir. Bugüne kadar Uyuşmazlık Mahkemesince fiili yola ilişkin Yargıtay'ın 1950'li yıllarda vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararları referans alınmaktadır. Oysa referans alınan içtihatlar döneminde ilk derece idare mahkemelerinin bulunmaması, bu yetkinin il ve ilçe idare kurullarınca yerine getirildiği dikkate alındığında Yargıtay'ın bu

⁴⁶ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 904.

⁴⁷ Danıştay 6. Daire, E:2015/5190, K:2019/6963, 10.09.2019, “Uyuşmazlıkta davacının mülkiyet hakkının 1983 yıllarında yapılan parselasyon işlemi nedeniyle ihlal edildiği tespit edilmiş olup süregelen zarar olması nedeniyle zarar giderilene kadar her zaman dava açılabilir.” Danıştay 10. Dairesi, E:2012/5822 K:2015/5250, 24.11.2015, “Anayasal güvence altında bulunan temel hak ve hürriyetlerden olan mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için ilgililerin idareden gerekli işlemlerin yapılmasını her zaman isteyebilmeleri mümkündür. Mülkiyet hakkının sürekliliği nedeniyle bu hakkın kullanımı konusunda 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında Maliye Bakanlığı'na yapılacak başvurunun reddi halinde 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen altmış günlük süre içerisinde idare mahkemesi nezdinde yeniden dava açılabilirliği açıktır.”

kararlarının verildiği zamanın şartlarına göre mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Günümüzde idare mahkemelerinin yaygın olarak örgütlendiği bir ortamda, idareyi daha iyi tanıyan ve yargılamaya hakim olan re'sen araştırma ilkesi sonucu uyumsuzluğa ilişkin tüm delillerin idari yargı yerlerince kendiliğinden toplanıp karar verilebildiği bir yargı kolunda idarenin eylem veya işlemleri sonucu mülkiyet hakkı etkilenen kişilerin haklarını aramalarının, adil yargılanma hakkı açısından daha tatminkâr neticeler vereceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Duran Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1964.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2009.
- Gözübüyük A. Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Kaplan Gürsel, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt:XI, Sayı:1-2.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III, Akgün Kitabevi, İstanbul 1966.
- Oğurlu Yücel, İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, Sayı 1.
- Özay İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009.
- Yenice Kazım ve Esin Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.
- Yıldız Hayrettin, Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, Cilt 8, Sayı 2.
- Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, <http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>
- Yargıtay Kararları, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
- Danıştay Kararları, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>
- Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Bergoend kararı, Tribunal des Conflits, Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman, No 3911, 17.06.2013 http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3911_Conclusion_conclusions_tc_3911.pdf

- Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Commune de Saint-Palais-sur-Mer kararı, Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.9. http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3931_Conclusion_conclusions_tc_3931.pdf

RUSYA FEDERASYONU KANUNLARINDA HAKSIZ REKABET

Unfair Competition in the Russian Federation Law

Av. Güzel ERYÜREK*

Geliş Tarihi:12.02.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Gelişmiş ve gelişmekte olan liberal ekonomilerin temel yapı taşlarından birini rekabet unsuru oluşturur. Haksız rekabet ise rekabetin var olduğu tüm sistemlerde her zaman ortaya çıkabilen bir husustur. 1991 yılında Sovyetler Birliğinin dağılmasından hemen sonra bağımsızlığını ilan eden Rusya Federasyonu yeni anayasa ve kanuni düzenlemeler ile yeni hukuki sisteme geçiş yapmıştır. 1999 yılından itibaren Rus ekonomisi, rekabet ortamının oluşturulma çabaları neticesinde, istikrarlı olarak büyümeye ve gelişmeye başlamıştır. Haksız rekabete ilişkin hükümler özel bir kanunda yer almayıp, bağımsızlığın ilanının ardından 1993'te, daha sonra ise ekonomideki yükseliş neticesinde 2006'da çıkarılan kanun içerisinde tek bir madde halinde düzenlenmiştir. Söz konusu kanunda 2015'te yapılan son değişiklik ile haksız rekabet hükümleri şu anki halini almıştır.

2006'da kabul edilen Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun'un tanımları içeren maddesinde haksız rekabetin tanımına yer verilmiş, özel olarak düzenlenen 14'üncü maddesinde ise haksız rekabet halleri oldukça uzun bir madde halinde düzenlenmiştir. Bu haller kısaca; kötüleme, yanıltma, karşılaştırma, bireyselleştirme ve fikri mülkiyet haklarının kullanılması, karıştırılmaya sebebiyet verme ve ticari sırrın kullanılması veya ifşa edilmesi yolu ile haksız rekabet halleridir. Bu makalede, haksız rekabete ilişkin hükümler Rusça aslından Türkçeye çevrilerek değerlendirilecek ve son bölümde Rusya Federasyonu'nda haksız rekabet soruşturmasındaki usule değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Rusya, haksız rekabet, Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun, Federal Antimonopol Kurumu, FAS.

ABSTRACT

Competition is one of the major doctrines of all developing and developed liberal economies. Unfair competition is a matter that can always arise in all systems where competition exists. Russian Federation declared its independence immediately, after the dissolution of the Soviet Union in 1991, than has switched to the new legal system with the new constitution and legal regulations. As of 1999s, Russian economy has started to grow and develop steadily by the results of the efforting to create a competition environment. Although the provisions regarding unfair competition are not included in a special law, after the declaration of independence in 1993, they were regulated as a single article within the law issued in 2006 as a result of the rise in the economy. With the last amendment to the law in 2015, the unfair competition provisions have taken their current form.

In the article containing definitions of the Federative Law on the Protection of Competition adopted in 2006, the definition of unfair competition is included and unfair competition status is regulated as a very long article specially regulated in article 14. Briefly these states are; vilification, diversion, comparison, individualization and exercise of intellectual property rights, causing confusion and the use of trade secrets; or unfair competitive situations by disclosure of those secrets. In this article, the provisions regarding unfair competition will be evaluated by translating from actual Russian text to Turkish and in the final part, the procedures in the unfair competition investigation in the Russian Federation will be mentioned.

Keywords: Russia, unfair competition, Federative Law on the Protection of Competition, Federal Antimonopoly Service, FAS.

* Serbest Avukat, e-posta: guzel@eryurek.com, ORCID ID: 0000-0002-0400-1049.

GİRİŞ

Liberal ekonomi sistemini benimsemiş ülkelerde rekabet serbestisi ilkesinin yeri oldukça büyüktür. Bu ülkelerin hukuk sistemlerinde de ticaretin serbestçe yapılmasını öngören düzenlemeler bulunur. Bu kapsamda ticaret serbestisinin doğal sonucu rekabet serbestisidir. Piyasada serbestçe ticaret yapabilen piyasa aktörlerinin daha fazla kazanç elde edebilmeleri ve piyasada tercih edilen işletme olabilmeleri için diğer işletmelerle yarışması kaçınılmazdır. İşletmeler arasındaki bu yarışın adı rekabettir. Ülke ekonomilerinin güçlenmesi toplumun refahını artırır, ülkenin uluslararası platformda prestijini yükseltir. Tam rekabetçi piyasanın sağlanması ile ekonominin güçlenmesi, devletin hukuki anlamda ekonomiye olabildiğince az müdahale etmesi ile mümkün olabilir. Devlet müdahalesi olmadan serbestçe yapılabilen ticarete, bu hakkın kötüye kullanılması ile rekabet ortamını yok eden veya var olan rekabetçi piyasaya zarar verebilecek davranışlarda bulunulması kaçınılmazdır. Bu aşamada rekabet ortamının bozulmasının veya yok edilmesinin önüne geçilerek serbest ticareti ve ekonomiyi koruma amacıyla devlet birtakım kurallar getirebilmektedir. Söz konusu kuralların tamamı rekabet hukukunu ilgilendirmektedir. Haksız rekabet hukuku ise yine rekabet ortamını korumaya yönelik olup, rekabet hukukundan farklı olarak, rakiplerin davranışlarını düzenleyen kurallar getirir. Haksız rekabet hukukunu ilgilendiren, rakiplerin rekabet hakkını dürüstlük ilkesine aykırı kullanarak rakiplerine ve diğer piyasa aktörlerine zarar vermek amacıyla gerçekleştirdiği davranışların tamamıdır¹.

Rusya Federasyonu kanunlarının Türkçeye çevirisi yok denecek kadar az olduğundan ve daha önce haksız rekabete ilişkin hükümlerin Türkçeye çevirisi ve yorumlanması şeklinde akademik bir çalışma bulunmadığından, makale çalışmamızda bu konunun inceleme gereği duyulmuştur. Çalışmamızda Rusya Federasyonu'nun ekonomi ve hukuk sistemlerine değindikten sonra haksız rekabete ilişkin madde hükümleri incelenecektir. Son olarak farklılık arz eden haksız rekabetin soruşturma süreci ve yetkili organlar incelenecektir.

I. GENEL OLARAK RUSYA VE HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER.

Rusya Federasyonu, 17 125 191 km²'lik² yüzölçümü ile dünyanın en geniş ülkesi olup 2020 yılı itibarı ile 147 milyona yakın³ nüfusu ile dünyanın en

¹ Nomer Ertan Fusun, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yay., 2016, s. 4.

² 1 Ocak 2019 tarihi itibarı ile Rusya Federasyon'u topraklarının farklı kategorilere göre dağılımı tablosu, Devlet Tescil, Kadastro ve Haritacılık Federal Kurumu (ROSRESTR), <https://rosreestr.ru/site/activity/gosudarstvennoe-upravlenie-v-sfere-ispolzovaniya-i-okhrany-zemel/gosudarstvennyy-monitoring-zemel/sostoyanie-zemel-rossii/gosudarstvennyy-natsionalnyy-doklad-o-sostoyanii-i-ispolzovanii-zemel-v-rossiyskoy-federatsii/> (Erişim tarihi: 11.04.2020).

³ 1 Ocak 2019 tarihi itibarı ile Rusya Federasyonu'nun toplam nüfusu 146 780 720'dir, Yerleşik nüfus verileri, Resmi İstatistik Federal Kurumu, <https://showdata.gks.ru/report/278928/> (Erişim tarihi: 11.04.2020)

kalabalık dokuzuncu ülkesidir. Kuzey Asya'nın tamamına ve Doğu Avrupa'nın büyük bir kısmına uzanan Rusya, dokuz zaman dilimine yayılmıştır. 12 Aralık 1993 tarihinde anayasa değişikliğinin kabulü ve yeni Rusya Federasyonu Anayasasının⁴ 25 Aralık 1993 tarihinde yürürlüğe girmesi ile Sovyet Cumhuriyeti sistemi ortadan kaldırılmıştır. Sovyetler Birliğinin dağılması ile özgürlüğünü ilan eden Rusya Federasyonu ekonomik alanda kısa dönemli çöküş yaşamıştır. Yapılan reform çalışmaları ile 2000'li yıllardan itibaren Rusya'nın ticarete rekabet edilebilirliği artmış, gayrisafi milli hasılda artış görülmüş⁵ ve piyasa ekonomisine geçiş süreci başlamıştır⁶.

A. Haksız Rekabet Hükümleri.

1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası m. 8/1'e göre, '*Rusya Federasyonu'nda ekonomik alanın bütünlüğü, malların, hizmetlerin ve mali kaynakların serbest dolaşımı, rekabetin desteklenmesi, ekonomik faaliyetlerin serbestliği güvence altına alınır.*' Bu madde hükmünden Rusya Federasyonu'nun ekonomik sistem olarak liberal ekonomiyi benimsediği açıkça anlaşılmaktadır. Rusya Federasyonu Anayasasının m. 34/2 hükmü, '*Tekelleşmeye ve haksız rekabete yönelen ekonomik faaliyet yasaktır.*' şeklindedir. Rusya Federasyonu Anayasasının m. 8/1 ve m. 34/2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, serbest ticareti ve bunun neticesinde rekabet özgürlüğünü desteklediği, tekelleşme ve haksız rekabeti ise açıkça yasaklandığı anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, m. 8/1'de rekabet hakkı tanınmış, m. 34/2'de ise bu hakkın sınırları belirtilmiştir. Rusya Federasyonu Anayasası gereği rekabet, haksız rekabet, mal ve hizmet piyasalarını düzenleyen hükümler kanunlarca düzenlenmiştir. Bu kanunlar 26 Haziran 2006 tarih ve 135-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun⁷ ve 17 Ağustos 1995 tarihli ve 147-FZ numaralı Doğal Tekeller Hakkında Federal Kanun⁸dur.

Rusya'da haksız rekabet kurumu ilk kez, Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'nce kabul edilen 22 Mart 1991 tarih ve 948-1 numaralı Mal Piyasalarında Rekabet ve Tekelci Faaliyetlerin Yasaklanması Hakkında Federal

⁴ 12.12.1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası metninin Türkçe çevirisi için bkz.: <http://www.anayasa.gen.tr/rusya.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2020).

⁵ **Göktepe Hülya**, "Türkiye ve Rusya'da Rekabet Politikası ve Rekabet Hukuku", International Conference On Eurasian Economies Dergisi, 2013, (Sayfa aralığı: 904-9014), s. 904.

⁶ Ömerci Ozan/**Kısacık Sina**, "Rusya Siyaseti Ve Rus Dış Politikası", Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 43.

⁷ 26 Haziran 2006 tarih ve 135-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun için bkz.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_19586/ (Erişim tarihi: 12.04.2020)

⁸ 17.08.1995 tarihli ve 147-FZ numaralı Doğal Tekeller Hakkında Federal Kanun'u için bkz.: Rusya Federasyonu Mevzuat Bilgisi Resmi İnternet Portalı <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102037075> (Erişim tarihi: 26.01.2020).

Kanun'da⁹ tek bir madde halinde (m. 10) düzenlenmiştir. Kanun'un isminden açıkça anlaşılacağı üzere, haksız rekabete ilişkin hükümler ayrı ve kendine has bir kanunda düzenlenmemiş, bir ticaret kanunu içerisinde de yer almamış, bunun yerine rekabetin korunmasına ilişkin Kanun'da düzenlenmiştir.

Mal Piyasalarında Rekabet ve Tekelci Faaliyetlerin Yasaklanması Hakkında Federal Kanun'un haksız rekabete ilişkin olan 10'uncu maddesi, neredeyse aynı şekilde korunarak yeni 26 Haziran 2006 tarih ve 135-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun'a (RKHFk) 14'üncü madde olarak dahil edilmiştir. 5 Ekim 2015 tarihinde kabul edilen 275-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Federal Kanun¹⁰ ile daha önce RKHFk'da haksız rekabetin düzenlendiği m. 14'ün tamamı mülga edilmiş ve haksız rekabet hükümleri yeniden ve daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Haksız rekabete ilişkin hükümler, 2015 senesinde yapılan değişiklik ile RKHFk'da *'İkinci Kısım: Haksız Rekabet'* başlığı ile tek madde halinde düzenlenmiştir (m. 14). Ancak maddenin kendi içerisinde daha anlaşılır ve karmaşadan uzak olması için, *'madde 14.1, madde 14.2'* gibi bir numaralandırma sistemi tercih edilmiş ve madde bu şekilde toplam 8 bölüme ayrılmıştır. 14'üncü maddenin ilk 7 bölümü haksız rekabete örnek teşkil edecek haller sayılmış, 8'inci bölümde ise ilk yedi bölümde sayılan örneklerle benzeyen hallerin de haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

B. Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun

RKHFk'nın Genel Hükümler kısmı m. 1'e göre ilgili yasa, *'tekelci faaliyet ve haksız rekabetin kısıtlanması ve engellenmesi; federal yönetici otoriteler, kamu otoriteleri, yerel otoriteler ve Rusya Merkez Bankası tarafından rekabeti kısıtlayan, ortadan kaldıran faaliyetlerin yasaklanması ile birlikte, rekabetin korunması için yasal ve organizasyonel temeli belirler'* (m.1/1). İlgili Kanun'un m. 1/2' göre Kanun'un amacı, *'ekonomik alanın bütünlüğünü, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını, ekonomik faaliyetlerin serbestliğini sağlayarak mal ve hizmet piyasalarının etkin işleyişi için koşulların oluşturulması ile rekabetin korunmasıdır'* (m. 1/ 2).

⁹ 22.03.1991 tarih ve 948-1 numaralı Mal Piyasalarında Rekabet ve Tekelci Faaliyetlerin Yasaklanması Hakkında Federal Kanun için bkz.: Rusya Federasyonu Mevzuat Bilgisi Resmi İnternet Portalı <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102039676&backlink=1&&nd=102011007> (Erişim tarihi: 26.01.2020).

¹⁰ 5 Ekim 2015 tarihinde kabul edilen 275-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Federal Kanun için bkz.: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102108256&backlink=1&&nd=102379622> (Erişim tarihi: 27.01.2020).

RKHFK m. 4'te ise söz konusu Kanun'da yer alan bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. M. 14'te haksız rekabete ilişkin bir tanıma yer verilmemiş olması, amaçlarının ve koruduğu menfaatlerinin düzenlenmemiş olması, bu hususlara m. 4/9'da yer verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

1. Haksız Rekabetin Tanımı (RKHFk m. 4/9)

RKHFK'da yer alan bazı kavramların tanımı m. 4'te yer alır. Bu maddede toplam 23 kavramın tanımı bulunmakla 9'uncu tanım haksız rekabet kavramına ilişkindir. Tanıma göre haksız rekabet, '*ticari işletmelerin (kişi gruplarının) yürüttüğü faaliyetlerde kar elde etme amacıyla Rusya Federasyonu kanunlarına, ticari teamüllere, dürüstlük ilkesine, hakkaniyete ve mantığa aykırı davranışlarda bulunarak, rakip ticari işletmenin ekonomik olarak zarar görmesine veya ticari itibarının zedelenmesine ya da böyle bir tehlikenin oluşmasına sebebiyet vermeyi ifade eder*' (m.4/9). Rus hukukunda haksız rekabet kavramının daha iyi anlaşılması ve yasaklanan haksız rekabet hallerinin doğru analiz edilebilmesi için, konunun incelemesine geçmeden önce, tanımda yer alan bazı terimlerin neyi ifade ettiğinin açıklanması gerekmektedir.

Rekabet; ticari işletmeler arasında, bağımsız hareketler ile ilgili pazarda diğerlerinin, tek taraflı olarak ürün dolaşımının genel koşullarını etkileme gücünün ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması ile oluşan yarış ifade eder (RKHFk m. 4/7). Madde hükmünün aslı, Rus hukukçularına göre, oldukça uzun, anlaşılması zor ve karmaşık olduğundan kanunun uygulanabilirliğini azaltmaktadır. Bu sebeple A.N. Varlamova'ya göre rekabete ilişkin en anlaşılır tanım: '*daha çok kar elde etmek amacıyla, mallarının satışı için, yasalar dahilinde, en uygun koşulları sağlamaya yönelik ticari işletmeler (kişi grupları) arasındaki yarış*' şeklinde olmalıdır¹¹.

Rekabet sürecini oluşturan rekabetçi faaliyetlerin tamamı haksız rekabet tanımının ekonomik yönünü oluşturur. İktisadi rekabet ve ekonomik faaliyetler açısından haksız rekabette, ticari işletmenin (kişi gruplarının), kazanç elde etmeye yönelmiş girişimcilik veya ticari faaliyetlerin bulunması gerekir¹². Rekabetin temelini oluşturan 'yarış' ortamının oluşması için bir hareketin varlığı aranmaktadır. Bu sebeple haksız rekabetten bahsedebilmek için mutlaka bir fiil veya davranışın bulunması gerekir¹³. Haksız rekabet kavramının

¹¹ **Varlamova** Alla Nikolaevna, "*Ürün Piyasalarında Rekabetin Gelişmesi İçin Hukuki Destek*", *Doktora Tezi* (Moskova Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Moskova 2008, <https://www.dissercat.com/content/pravovoe-sodeistvie-razvitiyu-konkurentsii-na-tovarnykh-rynkakh/read> (Erişim tarihi: 31.01.2020) s. 23.

¹² **Novikov** Maksim Vladimiroviç, "*Vatandaşlık Haklarının Kötüye Kullanılması ile Hakasız Rekabet*", Hukuk Bilimleri Eğitim Derecesi Adaylığı Tezi (Federal Bütçe Eğitim Kurumu Yükseköğretim Saratov Hukuk Akademisi), Saratov 2018, (Novikov), s. 41.

¹³ **Novikov**, a.g.e., s. 42.

temelini ve birincil unsurunu oluşturan fiil veya davranışlar, faaliyet şeklinde gerçekleşebilecektir. Rus hukukunda girişimci faaliyet, ticari faaliyet ve ekonomik faaliyetlerin hepsi farklı anlamlarda kullanılabilir.

30.11.1994 tarihli 51-FZ numaralı Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'na¹⁴ göre girişimci faaliyet, mülk kullanımından, mal satımından, iş yapılmasından veya bir hizmetin sunulmasından sistematik olarak kar elde etmeyi amaçlayan, sorumluluğu faaliyet sahibine ait bağımsız faaliyettir (m. 2/1-3). Bu faaliyette bulunacak kişilerin de yine ilgili yasalar gereği kurumlarca kayıt altına alınmaları gerekir. Aynı Kanun'un 23'üncü maddesine göre hükümde belirtilen koşulların sağlanması ile kamu kurumuna kayıt gerçekleştirilmeden bireysel girişimci olarak girişimci faaliyette bulunulabilir. Ekonomik faaliyete örnek olarak: apartmanda ortak bölümlerin kiralanması, apartmanda ortak mülkiyete konu ek kısımların inşası, bakımı, apartman yönetimi ve tadilatı; elektrik enerjisinin üretimi, aktarılması, uygulaması, işlevsel olarak sevk yönetimi sayılabilir. Piyasaya arz edilmiş kazanç getiren mal, hizmet ve çalışmaların tamamı ise ticari faaliyeti oluşturur¹⁵.

Girişimcilik faaliyetinin diğer faaliyetler arasındaki yerini inceleyecek olursak; ekonomik faaliyetten daha dar, ticari faaliyetten ise daha geniş anlamı kapsamaktadır. Girişimcilik faaliyeti, her zaman ticari olması sebebiyle ekonomik faaliyetten ayrılmaktadır. Ticari faaliyetten ise girişimci faaliyetin her alanda görülebilir olmasıyla ayrılmaktadır. Esasen hem ticari hem de ekonomik faaliyetten farkı, girişimcilik faaliyetinin devlet sicillerine kaydolup her zaman sistematiklik arz etmesi gerekmesidir¹⁶.

Rekabet ortamının koşulları, coğrafi sınırların ve mal ve hizmet pazarının çakıştığı, rakiplerin benzer ekonomik faaliyetlerde sınırsız tüketicinin bulunduğu pazarda gerçekleşmiş sayılır. Rekabete konu faaliyetin girişimci faaliyet niteliğini taşıması gerekir (sistematik ve ticari). Girişimci faaliyet olmadan rekabetçi faaliyet, rekabetçi faaliyet olmadan girişimci faaliyet düşünülemez. Bu sebeple bir madalyonun iki tarafı gibidirler¹⁷. RHFk m. 4/9'a göre haksız rekabete tabi ticari işletmeler arasında yalnızca girişimci birimler sayılmamış aynı zamanda, bireysel girişimci statüsünde olmayan mesleki faaliyetlerde bulunanlar da sayılmıştır.

Haksız rekabet kavramının ikinci ana unsurunu ticari işletme ve kişi grupları kompozisyonundan oluşan piyasa aktörleri oluşturur. Kanun'un m. 4/5'e göre ticari işletme, *'ticari kuruluş, ticari olmayıp gelir getiren faaliyetlerde bulunan kuruluş, bireysel girişimci veya bireysel girişimci olarak kayıtlı olmayıp federal*

¹⁴ 30.11.1994 tarihli 51-FZ numaralı Rusya Federasyonu Medeni Kanunu: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102033239> (Erişim tarihi: 31.01.2020).

¹⁵ Novikov, s. 44.

¹⁶ Novikov, s. 45.

¹⁷ Novikov, s. 48.

kanunlara uygun olarak, resmi sicillere kaydolmuş ya da lisansı bulunan ya da bağımsız karar verebilen kuruluşlara üye olup profesyonel anlamda kar getiren faaliyetlerde bulunan diğer gerçek kişileri' ifade eder (RKHFk m. 4/5). 51-FZ numaralı Rusya Federasyonu Medeni Kanun'u m. 50/1'e göre, ticari kuruluşlar veya ticari olmayıp yaptığı faaliyetlerden gelir elde eden kuruluşlar tüzel kişiliğe sahip olabilirler. Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nda tüzel kişi olarak sayılabilecek kuruluşlara yer verildiğinden, RKHFk'da doğrudan tüzel kişilik ifadesi kullanılmamıştır.

Kişi gruplarına ilişkin tanım ise RKHFk m. 9'da yapılmış ve kişi gruplarını nelerin oluşturacağı sayılmıştır. Bunlar gerçek veya tüzel kişilerden oluşan kümelerdir. Söz konusu kişi gruplarından birine dahil olan gerçek kişi, bireysel olarak haksız rekabette sorumlu tutulabilmektedir. Bu anlamda gerçek kişiler bir kişi grubuna dahil olsun veya olmasın, tüzel kişilik bünyesinde yer almadığı sürece hak ve sorumlulukları devam eder (RKHFk m. 9).

Haksız rekabetin nihai belirleyici unsuru, ticari işletmenin rekabette avantaj, üstünlük (kazanç) elde etmeye odaklanmış olmasıdır. Bu unsur, ticari işletmenin hangi faaliyetlerinin rekabetçi olduğunun tespiti hususunda belirleyici rol oynayacaktır. Rekabette avantajlı hale gelme unsuru haksız rekabetin tespitinde anlamsal yükü kendine alır¹⁸.

RKHFk m. 4/9'da yer alan tanıma göre: *'...kanunlarına, ticari teamüllere, dürüstlük ilkesine, hakkaniyete ve mantığa aykırı davranışlarda bulunarak...'* rakip işletmenin ekonomik anlamda zarar görmesine veya ticari işletme unvanının zarar görmesine sebebiyet vermek haksız rekabete sebebiyet verecektir. Haksız rekabete ilişkin m. 4/9'da yapılan tanım özünde ekonomik ve normatif kriterler barındırmaktadır¹⁹. Normatif açıdan bu kriterler sırasıyla kanunlar, teamüller ve hukuk etiğinin ünlü üçlüsü hakkaniyet, dürüstlük ve mantıktır²⁰. Tanım içerisinde yer alan ticari teamül, dürüstlük, hakkaniyet ve mantıklı davranış gibi kavramların tanımları kesin olarak yapılmadıkça ve bu kavramlara nelerin dahil olduğu kesin sınırlarla belirtilmediği sürece, rekabetin davranışsal açıdan yorumlanmasına sebebiyet veren bu kavramların, rekabetin normal gelişimi açısından tehlikeler arz edebileceği fikrine iştirak etmekteyiz.

2. Özel Olarak Sayılan Haksız Rekabet Halleri (RKHFk m. 14.)

RKHFk m. 14'te sekiz bölüm halinde haksız rekabete örnek teşkil edecek haller sayılmıştır. İlk yedi bölümde haksız rekabet hallerinin özel görünüşleri sayılmış, sekizinci bölümde ise ilk yedi bölümde verilen örneklere dolaylı olarak

¹⁸ Novikov, s. 47.

¹⁹ Moskova Uluslararası İlişkiler Devlet Üniversitesi/Federal Antimonopol Kurumu, "Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun'unun Bilimsel ve Uygulama Açısından Yorumu", Editör: İ. YU. Artemyev, www.consultant.ru, 2015, s. 103.

²⁰ Novikov, s. 55.

dahi benzerlik gösteren hallerin haksız rekabet oluşturacağı düzenlenmiştir. İlk yedi bölümde oldukça uzun ve detaylı bir düzenleme yapılmıştır. Kanun tarzının ve maddelerin daha iyi anlaşılması açısından madde bölümlerinin aslının çevirisinden sonra kısaca değerlendirmesi yapılacaktır.

Madde 14.1 hükmü, *'Kötüleme kolu ile haksız rekabetin yasaklanması'* başlığı ile şu şekildedir:

'Ticari işletmenin ekonomik olarak zarar görmesine ve/veya ticari itibarının zedelenmesine sebep olacak, aşağıda sayılanlar hakkında yanlış, gerçek olmayan ve çarpıtılmış bilginin yayılması ile kötüleyerek haksız rekabet yapılamaz;

- 1. Rakip ticari işletmenin satışa sunduğu malın kalitesi ve tüketim özellikleri, kullanım amacı, üretim ve tüketim yöntemleri ve şartları, böyle bir malın kullanımından beklenen sonuçlar ve belirtilen kullanım amacına uygunluğu;*
- 2. Rakip ticari işletmenin satışa sunduğu malların miktarı, söz konusu bu malların piyasada bulunabilirliği, belirli koşullarda malın satın alınma olasılığı, bu mallar için gerçek talep miktarı;*
- 3. Rakip ticari işletmenin satışa sunduğu malların satış koşulları ve fiyatları.'*

Hüküm kötüleme yolu ile haksız rekabet yapılmasını yasaklamıştır. Söz konusu hüküm kapsamında haksız rekabet yapıldığının kabulü için öncelikle rakip ticari işletme aleyhine kötüleme içeren bir bilginin bulunması gerekir. Burada kötüleme, yanlış, gerçek olmayan veya çarpıtılmış bilgi ile yapılabilir. Bir başka deyişle bilginin kötüleme sayılabilmesi için yanlış, gerçek olmayan veya çarpıtılmış olması gerekir. İkinci olarak kötüleme içeren bilginin, hükümde sayılan üç bentten birine ilişkin olması gerekir. Üçüncü olarak bilginin yayılmasına, üçüncü kişilere duyurulmasına sebebiyet vermiş olmak aranmaktadır. Son olarak da madde hükmünde zarar unsuru aranmıştır. Ekonomik anlamda ticari işletmenin zarar etmesine sebebiyet vermek, ticari işletmenin gerçekleştirdiği faaliyetlerden zarar etmesi veya elde edeceği kardan mahrum kalması olarak yorumlanabilir. Zarar ekonomik olabileceği gibi, ticari işletmenin itibarına da yönelik olabilir. Ticari işletmenin ticari platformda veya toplumda tanınırlığının, unvanının veya genel anlamda itibarının zarar görmesine veya zedelenmesine sebebiyet verilmiş olması hüküm kapsamında zarar unsurunu oluşturur.

Madde 14.2 hükmü *'Yanıltma yolu ile işlenen haksız rekabetin yasaklanması'* başlığı ile şu şekildedir:

'Aşağıda sayılanlar hakkında yanıltma yaratarak haksız rekabet yapılamaz:

- 1. Satışa sunulan malların kalitesi ve tüketim özellikleri, kullanım amacının belirlenmesi, üretim veya tüketim koşulları ve yöntemleri, malın kullanımından beklenen sonuçlar, kullanım amacına uygunluğu;*

2. *Satışa sunduğu malların miktarı, söz konusu malların piyasada bulunabilirliği, belirli koşullarda malın satın alınma olasılığı, bu mallar için gerçek talep miktarı;*
3. *Satışa sunulan malların üretim yeri, üreticisi, satıcı veya üreticinin garanti sorumluluğu;*
2. *Satışa sunulan malların fiyatlarına ilişkin koşullar.'*

Hüküm yanıltma yolu ile haksız rekabetin yasaklanmasına ilişkin olup, hükmün ilk cümlesinde yanıltmanın niteliği, şekli veya içeriğine yer verilmemiştir. Yanıltmanın, en basit şekli ile bir açıklama ile veya diğer davranışlarla gerçekleştirilebileceğini söylemek mümkündür. Yanıltma hüküm içerisinde sayılan dört bentten birine veya birkaçına ilişkin olmalıdır. Her hâlükârda bentlerde sayılmış olan unsurlardan sadece birini içermesi de haksız rekabetin oluşması için yeterli olacaktır. Bu hükümde zarar unsuruna yer verilmediğinden, rakip ticari işletme, yanıltma sebebiyle bir zarara uğramamış dahi olsa haksız rekabet gerçekleşmiş olacaktır.

Madde 14.3 hükmü *'Gerçeğe aykırı karşılaştırma yolu ile haksız rekabetin yasaklanması'* başlığı ile şu şekildedir:

'Ticari işletmenin ve/veya malının diğer rakip ticari işletme veya onun malı ile, aşağıda sayılan şekillerde gerçeğe aykırı olarak karşılaştırılması suretiyle haksız rekabet yapılamaz:

1. *Ticari işletmenin ve/veya malının diğer rakip ticari işletme veya onun malı ile karşılaştırmada "en iyisi", "birinci", "bir numara", "en", "sadece", "tek" gibi sözcükler ile malın veya ticari işletmenin en üstün olduğu hususunda algı yaratacak ifadelerin kullanmasında bu karşılaştırmanın objektif kıstaslarının belirtilmemesi, ispatlanmamış olması veya yanıltıcı, gerçek olmayan veya içeriği değiştirilen ifadelerle belirtilmesi;*
2. *Bir ticari işletmenin ve/veya malının diğer rakip ticari işletme veya onun malı ile karşılaştırmada, karşılaştırmanın spesifik özellikleri ve parametreleri gösterilmiyor veya karşılaştırma sonuçları objektif olarak doğrulanamıyorsa;*
3. *Bir ticari işletmenin ve/veya malının diğer rakip ticari işletme veya onun malı ile karşılaştırmada, ticari işletme faaliyetlerinin ve/veya malının önemsiz veya karşılaştırmaya uygun olmayan, olumsuz değerlendirmelerin vurgulanması.'*

Madde hükmü gerçeğe aykırı, yani gerçek olmayan, yanlış karşılaştırmaları yasaklamaktadır. Hükümde, bir ticari işletmenin kendisini diğer rakip ticari işletme ile karşılaştırması veya ticari işletme malının başka bir rakip ticari işletmenin malı ile karşılaştırması ele alınmaktadır. Hüküm içerisinde bulunan üç bentte de karşılaştırmanın hangi şekillerinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Birinci bent üstünlük algısı yaratan karşılaştırmalara ilişkindir. Ticari işletmenin

kendisinin veya malının bir başka rakip ticari işletme ile veya onun malı ile karşılaştırmada ‘en iyisi’, ‘birinci’, ‘bir numara’, ‘en’, ‘sadece’, ‘tek’ gibi o ticari işletmenin ve malının diğerlerinden üstün veya daha iyi olduğu hususunda izlenim yaratan ifadelerin kullanımı bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre karşılaştırmada üstünlük yaratan ifadeler kullanılırken, hangi kriterlere göre karşılaştırma yapıldığını tarafsız olarak belirtilmesi ve delillerle ispatlanması gerekir. Karşılaştırma kriterleri ve ispat mutlaka gerçeğe uygun olmalı, yanıltmaya sevk etmeyen ve içeriği değiştirilmemiş bilgiler içermelidir. İkinci bentteki düzenlemeye göre, işletmenin kendisi veya mallarının bir başka rakip işletme ile veya malları ile karşılaştırmada karşılaştırmanın özellikleri detaylıca belirtilmiyor, parametreleri gösterilmiyor veya karşılaştırma sonuçları herkes tarafından serbestçe doğrulanamıyorsa karşılaştırma haksız rekabet oluşturacaktır. Son olarak üçüncü bende göre, karşılaştırmaya elverişli olmayan veya karşılaştırma kapsamında ele alınamayacak kadar önemsiz ve özellikle olumsuz yöndeki hususların karşılaştırmaya konu edilmesi de haksız rekabet oluşturacaktır.

Madde 14.4 hükmü ‘*Ticari işletmenin, mal ve hizmetlerin bireyselleştirilmesine ve diğerlerinden ayırt edilmesine özgülenmiş hakların kazanılması ve kullanılması ile haksız rekabetin yasaklanması*’ başlığı ile aşağıdaki gibidir:

1. *Ticari işletmenin, mal ve hizmetlerin bireyselleştirilmesine ve diğerlerinden ayırt edilmesine özgülenmiş hakların kazanılması ve kullanılması suretiyle haksız rekabet yapılamaz.*
2. *Birinci fıkrada bahsedilen hallerden, ticari markalara özgülenmiş hakların kazanılması ve kullanılmasına ilişkin Antimonopol Kurumunun kararı, ticari markaya sağlanan yasal korumanın hükümsüz kılınması için, ilgili kişi tarafından yürütme organının Fikri Mülkiyet Federal Kurumuna gönderilir.’*

Buradaki madde hükmünde, daha önce karşılaşmadığımız bir kavram olan ‘bireyselleştirme hakkı’ karşımıza çıkmaktadır. Ticari işletmenin, mal ve hizmetlerin bireyselleştirilmesi; onların kimliklendirilmesi ile diğerlerinden ayıran ve bireyselleştirilmesine hizmet eden araçların edinilmesi hakkıdır. Bu araçlar ticari işletme adı, mal ve hizmetlerin marka hakları, malların menşei ve ticari işaretlerdir. Birinci fıkraya göre, bireyselleştirme araçlarının kazanılması ve kullanılması ile haksız rekabet yapılması yasaklanmıştır. İkinci fıkraya göre, birinci fıkrada belirtilen şekilde bireyselleştirme araçlarından ticari markaya ilişkin hakların kazanılması ve kullanılması halinde, ihlali gerçekleştiren ticari markaya sağlanan koruma hakkının hükümsüz kılınması için, Antimonopol Kurumu (FAS) tarafından haksız rekabet kararı verildikten sonra, dosya

kapatılarak yürütme organı bünyesinde yer alan Fikri Mülkiyet Federal Kurumuna gönderilir (Rospatent²¹).

Madde 14. 5 hükmü, *‘Fikri mülkiyet haklarına ilişkin haksız rekabetin yasaklanması’* başlığı ile aşağıdaki gibidir:

‘Rakip ticari işletmenin, bireyselleştirme ve diğerlerinden ayırt etmeye hizmet eden araçları hariç, bir ticari işletmenin fikri mülkiyete konu mallarının hukuka aykırı olarak satışı, takas takası veya bir başka şekilde dolaşıma sokulması yasaktır.’

Madde hükmü fikri mülkiyete konu malların hak sahibinin rızası dışında hukuka aykırı olarak satışını, takasını veya herhangi bir şekilde piyasaya arz edilmesini yasaklamaktadır. Esasen maddede fikri mülkiyete ilişkin tasarruf hakkının hukuka aykırı olarak kullanılması açıkça yasaklanmıştır²².

Madde 14.6 hükmü *‘Karıştırılmaya yol açan haksız rekabetin yasaklanması’* başlığı ile aşağıdaki gibidir:

‘Rusya Federasyonu sınırları içerisinde, rakip ticari işletme tarafından sivil dolaşıma sokulan, diğer rakip ticari işletmenin faaliyetleri, mal veya hizmetleri ile karışıklığa yol açan rakip ticari işletmelerin davranışları (davranışsızlığı-tepkisizliği) ve aşağıda sayılan haller ile haksız rekabet yapılamaz:

- 1. Rakip ticari işletmeye ait marka işaretinin, marka adının, ticaret unvanının, ürün menşeinin; Rusya Federasyonu sınırları içerisinde satışa sunulan veya başka bir şekilde sivil dolaşıma giren ürünün etiketlerinde, ambalajlarında veya başka bir şekilde kullanılması ile; internet ortamında, alan adına yerleştirme veya diğer adresleme yöntemleri aracılığı ile, yasadışı kullanılması veya karışıklığa sebebiyet verecek derecede benzerlik göstermesi;*
- 2. rakip ticari işletme tarafından piyasaya sunulan malın dış görünüşünün, ambalajının, etiketinin, adlandırılmasının, renk tonunun, genel anlamda kurumsal tarzın (şirket giyim stilinin, satış alanları tasarımının, vitrinlerin) veya rakip ticari işletmenin ve/veya mallarının diğer ticari işletme ve mallardan ayrılmasına yarayan özelliklerin/unsurların kopyalanması veya taklit edilmesi.’*

²¹ Rospatent hakkında detaylı bilgi için bkz.: **Fikri Mülkiyet Federal Kurumu (Rospatent)**, XXIII Uluslararası Rospatent Konferansı, Sınai Mülkiyet Federal Enstitüsü (FİPS), Moskova, 16-17 Ekim 2019; Resmi web sitesi için bkz.: <https://rupto.ru/en> (Erişim tarihi: 13.04.2020)

²² Madde hükmünün detaylı incelemesi için bkz.: **Shishko** İrina Viktorovna, “Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması ve Karışıklığa Sebebiyet Verme Yolu ile İşlenen Haksız Rekabet ve Kanuni Düzenlemedeki Sorunlar”, Yüksek Lisans Tezi (Sibirya Federal Üniversitesi), Krasnoyarsk, 2019, <https://www.dissercat.com/> (Erişim tarihi: 11.01.2020), s. 50.

Madde hükmünde karışıklığa yol açan davranışlar yasaklanmıştır. Hükmün ilk cümlesi yasaklamaya ilişkin olup alt bentlerde karışıklığa sebebiyet veren yasaklanan davranışlar açıklanmıştır. İlk cümlede parantez içerisinde belirtilen ‘davranışsızlığı veya tepkisizliği’ ifadesi ile karışıklığa sebebiyet verme nedeniyle gerçekleştirilen haksız rekabet türünün, bir davranış olmadan da gerçekleşebileceği vurgulanmıştır. Birinci bentte, rakip ticari işletmeye ait marka işaretinin, marka adının, ticari isimlendirmenin ve ürün menşeinin yasadışı kullanılması veya karışıklığa sebebiyet verecek derecede benzerlik gösterenlerinin kullanılması yasaklanmıştır. Buradaki kullanım, Rusya Federasyonu sınırları içerisinde satışa sunulan veya başka bir şekilde sivil dolaşıma giren ürünlerin etiketinde, ambalajında veya başka şekillerde kullanılması, internet ortamında, alan adlarına yerleştirme veya adresleme aracılığı ile mümkündür.

İkinci fıkrada ise doğrudan kopyalama ve taklit edilme düzenlenmiştir. Burada malın dış görünüşünün, ambalajının, etiketinin, adlandırmasının, renk tonunun, kurumsal tarzın ve ticari işletmenin, malının veya hizmetlerin diğerlerinden ayırt edilmesine, yani bireyselleştirilmesine hizmet eden araçların kopyalanması veya taklit edilmesi yasaklanmıştır.

Madde 14.7 hükmü ‘*Ticari sır veya kanunlarca sır olarak kabul edilen bilginin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kullanılması veya ifşa edilmesi suretiyle haksız rekabet*’ başlığı ile aşağıdaki gibidir:

‘Aşağıda sayılan haller dahil olmak üzere, ticari sır veya kanunlarca sır olarak kabul edilen bilginin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kullanılması veya ifşa edilmesi suretiyle haksız rekabet yapılamaz:

- 1. Rakip ticari işletmeye ait bilginin, bilgiyi açıklamaya yetkili kişinin izni olmadan alınması ve kullanılması;*
- 2. Rakip ticari işletmeye ait bilginin, bilgiyi açıklamaya yetkili kişi ile yapılan anlaşmanın şartlarına aykırı olarak kullanılması veya ifşa edilmesi;*
- 3. Kanun veya sözleşme gereği sır saklama yükümlülüğü süresi sona ermemiş ve görevlerini yerine getirmesi nedeniyle bu bilgiye sahip veya bilgiye erişebilen kişiden alınan rakip ticari işletmeye ait bilginin kullanılması ve ifşa edilmesi.’*

Madde hükmü sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışın haksız rekabet olarak düzenlenmesiyle ilgilidir. İlk cümlede, ticari sır olarak kabul edilen veya başkaca kanunlarda sır olarak düzenlenen bilgilerin hukuka aykırı olarak edinilmesi, kullanılması veya bu bilgileri yaymak suretiyle ifşa edilmesinin haksız rekabete sebebiyet vereceği düzenlenmiştir. Aynı cümlede alt bentlerde yer alan davranışlar da yasaklanmıştır. Buna göre, ilk bent uyarınca, rakip ticari işletmeye ait bilginin, bilgiyi açıklamaya yetkili kişinin izni olmadan alınması veya kullanılması yasaktır. İkinci bentte de, bilgiyi açıklamaya yetkili

kişi ile yapılan anlaşmaya aykırı olarak bilginin kullanılması veya ifşa edilmesi yasaklanmıştır. Son bentte ise, çalışanın sır saklama yükümlülüğüne benzer bir durum söz konusudur. Buna göre, kanun veya sözleşme gereği sır saklama yükümlülüğü devam eden, söz konusu bilgiyi bilen veya bilgiye erişebilen rakip ticari işletmeye ait bilgilerin kullanılması veya yayılması suretiyle ifşa edilmesi yasaklanmıştır.

Madde 14.8 hükmü '*Diğer haksız rekabet hallerinin yasaklanması*' başlığı ile düzenlenmiştir:

'Bu kanunun 14.1 ile 14.7'inci maddeleri arasında düzenlenen haksız rekabet hallerine benzerlik gösteren fiillere izin verilmez.'

Son madde hükmünden anlaşılacağı üzere, 14'üncü maddenin ilk yedi bölümü örneksene yolu ile sayılan haksız rekabet hükümlerini içermekte ve bu hallere dolaylı olarak da benzerlik gösteren haller haksız rekabet oluşturmaktadır.

II. HAKSIZ REKABET SORUŞTURMASINDA YETKİLİ ORGAN

RKHFK'nın uygulanmasından Antimonopol Kurumu sorumludur. M. 4/15'e göre, '*Antimonopol Kurumu- Federal Antimonopol Kurumu ve onun sınırlar (Rusya) içerisindeki tüm temsilcilikleri*' anlamına gelmektedir. Yani haksız rekabete ilişkin tespit ve müeyyidelendirme mahkemeler tarafından değil, ayrı bir idari otorite tarafından gerçekleştirilir. Uygulamada ve öğretilerde *Federal Antimonopol Kurumu* ifadesi yerine, Rus dilinde söylenişi '*Federalnaya Antimonopolnaya Slujba*' (Федеральная антимонопольная служба)'nın kısaltması olan '*FAS*' kullanılır.

FAS ve onun bölgesel temsilcilikleri haksız rekabete ilişkin hükümlerin ihlali durumunda RKHFK ve İdari Suçlar Kanunu'nda²³ yer alan haksız rekabete ilişkin hükümleri uygular. İdari Suçlar Kanunu m. 14.33 hükmünün birinci fıkrasına göre, '*iş bu kanunun 14.3. maddesi (reklamlara ilişkin kuralların ihlali) ve ikinci fıkrada yer alan haller dışındaki ihlaller için, ilgili gerçek kişilere on iki bin ile yirmi bin ruble arası, tüzel kişiler hakkında yüz bin ile beş yüz bin ruble arası idari para cezası verilir.*' Maddenin ikinci fıkrasına göre, '*Fikri mülkiyete konu malların yasadışı kullanımı ve tüzel kişiliğin, onun mal, hizmet ve işlerinin bireyselleşmesine hizmet eden araçların kullanımı ile işlenen haksız rekabet halleri için, ilgili gerçek kişilere yirmi bin ruble tutarında idari para cezası verilir veya üç yıla kadar görevinden uzaklaştırılır; haksız rekabetin tüzel kişi tarafından işlenmesi halinde, yüz bin rubleden az olmamak üzere, haksız rekabet ihlali sebebiyle elde ettiği gelirin yüzde on beşine kadar idari para cezası verilir.'*

²³ 30.12.2001 tarihli ve 195-FZ numaralı Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody&nd=102074277> (Erişim tarihi: 04.02.2020).

Rusya Federasyonu İçişleri Bakanlığı (*Ministerstvo Vnutrennih Del-* MVD) ihlallerin ceza kanunları kapsamında suç teşkil ettiği durumlarda soruşturma sürecini başlatır. FAS'ın haksız rekabet incelemeleri ve yaptırımları idari niteliktedir²⁴. Cezai anlamda soruşturma ve yaptırım uygulama yetkisi MVD'ye verilmiştir. Haksız rekabete ilişkin FAS bünyesinde inceleme tamamlandıktan sonra dosya kapatılarak MVD'ye gönderilir. MVD'nin yaptığı soruşturma 63 FZ numaralı Rusya Federasyonu Ceza Kanunu²⁵ ve 174-FZ numaralı Rusya Federasyonu Ceza Usulü Hakkında Kanun'a²⁶ göre gerçekleştirilir.

FAS tarafından rekabet ihlali bilgisinin alınmasını takip eden bir ay içinde soruşturma açılması hususunda bir karar verir. FAS'ın yapacağı soruşturmaya ilişkin hükümler RKHK m. 24-26 arasında düzenlenmiştir. FAS, haksız rekabetin tespiti için yaptığı soruşturma kapsamında diğer kamu kurumlarından, gerçek veya tüzel kişilerden, kitlesel medya kaynaklarından bilgiler talep eder. Ayrıca olağandışı durumlarda, savcılık makamı da soruşturmaya dahil olabilir. Haksız rekabet hükümlerinin ihlalini incelemek üzere FAS bünyesinde ayrı bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon tarafından üç ile altı ay arasında haksız rekabete ilişkin karar verilir²⁷.

SONUÇ

Rusya Federasyonu, Sovyetler Birliğinin dağılmasından sonra yepyeni bir ekonomi ve hukuk sistemine geçiş yapmıştır. Bir yandan devletin etkinliğinin yoğun olduğu merkezi sosyalist planlamaya dayalı ekonomiden ayrılarak piyasa ekonomisine geçiş yaparken, bir yandan da yeni anayasa ile yeni kanunlar çıkarma dönemine girmiştir. Bu dönemde, ekonomik sistemin değişmesi ile işletmeler rast-gele özelleştirilmeye başlanmıştır. Bu özelleştirmelerin Rusya ekonomisine uzun vadede olumsuz etkileri olmuştur. 1998 yılında Rusya ekonomisi mali çöküşten geri dönerek hızla büyümeye başlamıştır. Piyasa ekonomilerinde ekonomiyi ayakta tutan unsurların başında rekabet gelir. Rusya'da ekonominin gelişmesi ile rekabete ve haksız rekabete ilişkin yasalar da zaman içerisinde değişikliklere uğrayarak son aşamada bugünkü halini almıştır.

Rekabet özgürlüğü ve haksız rekabete ilişkin hükümler dayanağını Rusya Federasyonu Anayasasından almaktadır. 1993 tarihli Rusya Federasyonu

²⁴ Kinev Aleksandr Yuryeviç, "Rekabetin İdari Koruması; Sorunlar ve İyileştirme Yolları", Doktora Tezi (Moskova Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Moskova 2014, <https://www.dissercat.com/> (Erişim tarihi: 11.01.2020), s. 137.

²⁵ 13.06.1996 tarihli ve 63 FZ numaralı Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody&nd=102041891> (Erişim tarihi: 04.02.2020).

²⁶ 18 Aralık 2001 tarihli ve 174-FZ numaralı Rusya Federasyonu Ceza Usulü Hakkında Kanun, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102073942> (Erişim tarihi: 04.02.2020).

²⁷ Göktepe, s. 906.

Anayasasının 8'inci maddesi ekonomik sistem olarak liberal ekonominin ve rekabet serbestisi ilkesinin benimsendiğini, 34'üncü maddesinin 2'inci fıkrası tekelleşmeye ve haksız rekabete yönelik ekonomik faaliyetlerini yasaklandığını düzenlemiştir. 26 Haziran 2006 tarih ve 135-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun ve 17 Ağustos 1995 tarihli ve 147-FZ numaralı Doğal Tekeller Hakkında Federal Kanun'un dayanağı anayasanın 8'inci ve 34'üncü maddeleridir. Haksız rekabet kurumu ise ilk kez 1993 Anayasasından önce, Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'nce kabul edilen 22 Mart 1991 tarih ve 948-1 numaralı Mal Piyasalarında Rekabet ve Tekelci Faaliyetlerin Yasaklanması Hakkında Federal Kanun'da düzenlenmiştir. Bu Kanun'da yer alan ve haksız rekabete ilişkin kanun maddesi neredeyse aynı şekilde korunarak, yeni 26 Haziran 2006 tarih ve 135-FZ numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun'a 14'üncü madde olarak dahil edilmiştir. 2015'te son değişiklik ile daha önce haksız rekabetin düzenlendiği 14'üncü maddenin tamamı mülga edilmiş ve haksız rekabet hükümleri yeniden ve daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun 4'üncü maddesinin 9'uncu fıkrasında haksız rekabetin tanımı yapılmıştır. Tanımlar başlıklı 4'üncü maddede haksız rekabete ilişkin yapılan tanım oldukça uzun ve karmaşıktır. Bu sebeple hükmün anlaşılabilirliği ve bunun neticesinde uygulanabilirliğinin de oldukça zor olduğu kanaatindeyiz. Haksız rekabetin tanımına ilişkin hükümde normatif kriterler haricinde, sınırları çizilemeyen ve kesin bir şekilde tanımı yapılamayan, sübjektif davranışsal kavramlara yer verilmiştir. Haksız rekabete ilişkin denetimin ve soruşturmanın idari bir kurum tarafından yapılacağı göz önünde bulundurulduğunda, böylesi kavramların haksız rekabet tanımında yer almasının rekabetin gelişimi açısından birtakım aksaklıklara sebebiyet verebileceği aşıkardır. Nitekim liberal ekonomilerde ticaretin devlet müdahalesi olmadan serbestçe yapılabilmesi asıldır. Bunun doğal sonucu olarak da rekabet alanında da devlet müdahalesinin bulunmaması gerekir. Rekabetin gelişimi için zorunlu olan düzenlemeler ve devlet destekleri hariç, idarenin rekabet piyasasına müdahalesi liberal ekonomi sistemi ilkelerine aykırıdır.

Haksız rekabete ilişkin hükümler, 2015 senesinde yapılan değişiklik ile Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun'unun ikinci kısmında tek madde halinde düzenlenmiştir (m. 14). Madde içerisinde '*madde 14.1, madde 14.2*' gibi Rus kanunlarında çoğunlukla tercih edilen bir numaralandırma sistemi ile toplam sekiz bölüm halinde düzenlenmiştir. 14'üncü maddenin ilk yedi bölümünde haksız rekabete örnek teşkil edecek haller sayılmış, sekizinci bölümde ise ilk yedi bölümde sayılan örneklere benzeyen hallerin de haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

Madde 14'te sayılan haksız rekabet halleri kötüleme, yanıltma, karşılaştırma, bireyselleştirme ve fikri mülkiyet haklarının kullanılması, karıştırılmaya sebebiyet verme ve ticari sırrın kullanılması veya ifşa edilmesi yolu ile haksız rekabet halleridir. Örneksime olarak sayılan haksız rekabet hallerinde en çok dikkat çeken husus, hükümlerin oldukça geniş ve detaylı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Esasen maddenin Rusça aslı, anlaşılması oldukça güç ve karmaşık cümleler içermektedir. Bunun da uygulama açısından zorluğa ve karışıklığa sebep olacağı kanısındayız.

Madde 14.4 hükmünde, daha önce karşılaşmadığımız 'bireyselleştirme hakkı' ve 'bireyselleştirme araçları' kavramları karşımıza çıkmaktadır. Ticari işletmenin, mal ve hizmetlerin bireyselleştirilmesi; onların kimliklendirilmesi ile diğerlerinden ayıran ve bireyselleştirilmesine hizmet eden araçların edinilmesi hakkıdır. Bu araçlar ticari işletmenin adı, mal ve hizmetler üzerindeki marka hakları, malların menşei ve ticari işaretlerdir. Madde 14.4'te de bireyselleştirme araçlarının haksız olarak kazanılması ve kullanılması da haksız rekabeti oluşturacağı düzenlenmiştir.

Haksız rekabete ilişkin soruşturma yetkisi Rusya Federasyonu'nun idari kurumuna bırakılmıştır. Federal Antimonopol Kurumu diğer adı ile FAS, haksız rekabete ilişkin soruşturmaları yürütür, haksız rekabetin varlığı halinde idari para cezasına hükmetmektedir. Haksız rekabet fiili aynı zamanda cezai soruşturmayı ve cezai yaptırımını gerektirdiği takdirde FAS tarafından dosya kapatılarak Rusya Federasyonu İçişleri Bakanlığı'na (MVD) gönderilir. Cezai soruşturma yetkisi İçişleri Bakanlığına bırakılmıştır.

İdari kurum olan FAS'a verilen soruşturma yetkisi kapsamında, haksız rekabete ilişkin soruşturma Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu'na göre yürütülür. İçişlerine verilen soruşturma yetkisi kapsamındaki haksız rekabet soruşturması ise Rusya Federasyonu Ceza Kanunu kapsamında yürütülür.

Son olarak genel anlamda bir değerlendirme yapacak olur isek, Rusya Federasyonu hukukunda haksız rekabete ilişkin hükümler tek bir maddede toplanmamıştır. Haksız rekabete ilişkin özel bir kanunda düzenlenmeyip rekabetin korunmasına ilişkin bir kanun içerisinde düzenlenmiştir. Konunun düzenlendiği ilgili Kanun'daki haksız rekabetin tanımı ve haksız rekabete ilişkin madde değerlendirildiğinde, haksız rekabet kurumu Rus Hukukunda tek başına bir kanun olabilecek uzunluktadır. Haksız rekabete ilişkin cezai hükümler de tamamen farklı kanunlarda yer almaktadır. Bu sebeple haksız rekabete ilişkin tanım hükmünün, örneksime yolu ile sayılan haksız rekabet hallerini içeren maddenin ve cezai yaptırımlarının, haksız rekabete ilişkin tek bir kanunda toplanmasının, kanunlaşma açısından daha isabetli olacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA:

- **Fikri Mülkiyet Federal Kurumu (Rospatent):** XXIII Uluslararası Rospatent Konferansı, Sınai Mülkiyet Federal Enstitüsü (FİPS), Moskova, 16-17 Ekim 2019.
- **Göktepe Hülya:** “Türkiye ve Rusya’da Rekabet Politikası ve Rekabet Hukuku”, International Conference On Eurasian Economies Dergisi, 2013 (sayfa aralığı: 904-914).
- **Shishko İrina Viktorovna:** “Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması ve Karışıklığa Sebepiyet Verme Yolu ile İşlenen Haksız Rekabet ve Kanuni Düzenlemedeki Sorunlar”, Yüksek Lisans Tezi (Sibirya Federal Üniversitesi), Krasnoyarsk, 2019, <https://www.dissercat.com/> (Erişim tarihi: 11.04.2020).
- **Kinev Aleksadr Yuryeviç:** “Rekabetin İdari Koruması; Sorunlar ve İyileştirme Yolları”, Doktora Tezi (Moskova Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Moskova 2014, <https://www.dissercat.com/> (Erişim tarihi: 11.04.2020).
- **Moskova Uluslararası İlişkiler Devlet Üniversitesi/Federal Antimonopol Kurumu:** “Rekabetin Korunması Hakkında Federal Kanun’unun Bilimsel ve Uygulama Açısından Yorumu”, Editör: İ. YU. **Artemyev**, 2015, www.consultant.ru (Erişim tarihi: 11.04.2020).
- **Nomer Ertan Fusun:** Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016
- **Novikov Maksim Vladimiroviç:** “Vatandaşlık Haklarının Kötüye Kullanılması ile Haksız Rekabet”, Hukuk Bilimleri Eğitim Derecesi Adaylığı Tezi (Federal Bütçe Eğitim Kurumu Yükseköğretim Saratov Hukuk Akademisi), Saratov 2018.
- **Örmeci Ozan/ Kısacık Sina:** “Rusya Siyaseti Ve Rus Dış Politikası”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- **Varlamova Alla Nikolaevna:** “Ürün Piyasalarında Rekabetin Gelişmesi İçin Hukuki Destek”, Doktora Tezi Tezi (Moskova Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Moskova 2008, <https://www.dissercat.com/content/pravovoe-sodeistvie-razvitiyu-konkurentsii-na-tovarnykh-rynkakh/read> (Erişim tarihi: 31.01.2020).
- İnternet Kaynakları:
- Bilimsel Elektronik Tez ve Makale Kütüphanesi: <https://www.dissercat.com/>
- Devlet Tescil, Kadastro ve Haritacılık Federal Kurumu (ROSRESTR), <https://rosreestr.ru/site/>
- Güvenilir Mevzuat Desteği Konsultant Plus: www.consultant.ru
- Resmi İstatistik Federal Kurumu, <https://www.gks.ru/>

- Rusya Federasyonu Mevzuat Bilgisi Resmi İnternet Portalı: <http://www.pravo.gov.ru/>
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Resmî Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/>
- Türk Anayasa Hukuku Sitesi: <http://www.anayasa.gen.tr/>

ANONİM ŞİRKETLERDE EK TASFİYE

Additional Liquidation at Joint Stock Companies

Rumeysa ERDOĞAN*

Geliş Tarihi:14.02.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Ek tasfiye, tasfiyenin tamamlanıp bitirilmiş olmasına rağmen başkaca tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğunun anlaşılması halinde başvurulacak geçici bir tedbirdir. Ek tasfiye yeni bir tasfiye olmayıp önceki tasfiyeyi tamamlayan bir tasfiye niteliğindedir. Anonim şirket sicilden terkin edildikten sonra tasfiye işlemlerinin eksik yahut kanuna aykırı yapıldığının anlaşılması, şirkete ait tasfiye aşamasında değerlendirilmemiş mal varlığı değerlerinin bulunması, organlara karşı sorumluluk davası açılması, şirkete karşı açılmış dava veya icra takibinin bulunması gibi kısacası şirketin hukuken temsilinin gerektiği durumlarda ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkündür. Ek tasfiye, pay sahipleri, alacaklılar, son yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurları tarafından ortaklık merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde, ticaret sicil müdürlüğüne ve son tasfiye memurlarına karşı açılacak bir dava ile olur. Ek tasfiyeyi gerektiren işlemler tamamlandıktan sonra tasfiye memurlarınca defterlerin korunması, yeni bir kapanış bildirimini ve tescil işlemleri ile şirket yeniden sona erdirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tasfiye, Ek tasfiye, Ek Tasfiyeye Başvurulacak Haller, Ek Tasfiyede Süre, Ek Tasfiyede Husumet, Geçici 7'nci Maddeye Göre Ek Tasfiye.

ABSTRACT

Additional liquidation is a temporary measure applied though, if the liquidation is completed and it is understood that further liquidation procedures are mandatory. Additional liquidation is not a new liquidation but a liquidation that completes the previous one. It is possible to carry out an additional liquidation in cases, where legal representation of the company is required, such as understanding the liquidation of the liquidation process after the abandonment of the joint-stock company, finding the assets that not evaluated in the liquidation process of the company, opening a law suit against the bodies, filing a law suit or enforcement proceeding against the company. The additional liquidation shall take place with a law suit filed by the share holders, creditors, the latest board members and liquidators in the place where the partnership center is located, in the commercial court of first instance, against the trade registry office and the latest liquidators. After the procedures requiring additional liquidation are completed, the company will be terminated by the liquidators with the protection of the trade books, a new closing notification and registration procedures.

Keywords: Liquidation, Additional Liquidation, Conditions To Apply For Additional Liquidation, Additional Period, Addition in Additional Liquidation, Additional Liquidation in Accordance With Provisional Article 7.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Bergama Adliyesi, e-posta: rumeysaerdogann6124@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4031-2119.

GİRİŞ

Ek tasfiye kavramı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK) yer almayan ancak doktrin ve Yargıtay kararları ile benimsenen, 6102 sayılı Kanunda “*Sona Erme ve Tasfiye*” başlığı altında 547’nci maddede anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler arasında mevzuatımıza giren bir kurumdur.

Ek tasfiye, ek tasfiyeye başvurulmasının zorunlu kıldığı işlemlerinin sonuçlandırılması için başvuru için geçici bir tedbirdir. Dolayısıyla bu aşamada şirket yine sona ermiş bir şirket olacak fakat tasfiye aşamasına geri döndürülerek tamamlanmamış ya da eksik kalmış ek tasfiye işlemleri tamamlanacaktır.

Kural olarak sona eren şirket tasfiye aşamasına girecek olup, ek tasfiye önceki tasfiyeyi tamamlayan bir tasfiye ve geçici tedbirdir.¹ Bu doğrultuda, ek tasfiye kavramını daha iyi açıklayabilmek adına çalışmamızda şirketin ticaret sicilinden terkinin ve bunun hukuki sonucuna değinildikten sonra, ek tasfiyenin niteliği, Ticaret Kanun’umuzdaki düzenleniş biçimi ve yeri, husumetin kime yöneltileceği ve ek tasfiyeye başvurulacak haller açıklığa kavuşturulacak ve Geçici 7’nci madde düzenlemesi kapsamında ek tasfiye ve ek tasfiye aşamasında tasfiyeden dönülüp dönülemeyeceği meselesi üzerinde durulacaktır.

ANONİM ŞİRKETLERDE EK TASFİYE

I. GENEL OLARAK

Anonim şirketlerde ek tasfiye, TTK’nın 547’nci maddesinde düzenleme altına alınmış olup, temelini Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) ve İsviçre hukuku oluşturmaktadır.² Ek tasfiye, 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu’nda mevcut olmayan, ancak yargı kararları ve doktrin tarafından benimsenen bir kurumdur.³ Ek tasfiye, tasfiyenin tamamlanıp kapanmasından sonra bazı iş ve işlemlerin eksik olduğunun anlaşılması halinde söz konusu olan ve zorunlu

¹ TTK m. 547’nin gerekçesi.

² Ek tasfiye kurumunun, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 273’üncü maddesinde düzenlendiği ve İsviçre hukukunda yasal bir düzenleme yer almasa da doktrin ve yargı içtihatları ile bu kurumun benimsendiği konusunda bkz. Ünal TEKİNALP, Reha POROY, Ersin ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar Hukuku*, C. II, 13. Bası, İstanbul, 2019, s. 377; Hasan PULAŞLI, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. III, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 2499-2500; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Bursa, 2018, s. 388.

³ TTK m. 547’nin gerekçesi. Doktrinde 6102 sayılı TTK m. 547 düzenlemesinden önce ek tasfiye kurumunu inceleyen yazarlar için bir çoğu yerine Oğuz İMREGÜN, *Anonim Ortaklıklar*, 3. Baskı, İstanbul, 1974, s. 371; Halil ARSLANLI, *Anonim Şirketler*, İstanbul, 1960, s. 235-236; Salter UÇAR, *Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri, Dağılıma Sebepleri*, İstanbul, 1996, s. 279. Buna ilişkin detaylı açıklamalar için PULAŞLI, s. 2499. 6102 sayılı TTK döneminden önceki dönemde ek tasfiye ile ilgili örnek kararlar için Y. 15. HD’nin 28.04.2006 tarih, E. 205/8038, K. 2006/2509 sayılı ilamı; Y. 11. HD’nin 02.10.2006 tarih, E. 2005/14109, K. 2006/9547 sayılı ilamı; Y. 11. HD’nin 05.03.2007 tarih, E. 2006/584, K. 2007/3839 sayılı ilamı.

hallerde başvurulabilen istisnai ve geçici nitelikte bir tedbir olup, ek tasfiyeyi gerektiren iş ve işlemlerle sınırlı olarak şirket yeniden sicile tescil edilir. Ek tasfiye işlemleri tamamlandıktan sonra şirketin yeniden ticaret sicilinden terkinin gerekmektedir.

A. Ticaret Sicilinden Silinmenin Hukuki Niteliği

Ek tasfiye, sona erip sicilden terkin edildikten sonra şirketin yeniden canlandırılmasını sağlayan bir kurum olduğundan öncelikle şirketin terkinini ve bu terkinin şirket tüzel kişiliği üzerinde etkisine değinmek gerekmektedir.

Tasfiyenin sona ermesi üzerine şirketin ticaret sicilinden silinmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. İlk görüş silinmenin açıklayıcı olduğu, şirketin sona erdiğinden bahsedebilmek için ticaret sicilinden silinmenin gerekli olmadığı yönündedir.⁴ Bu görüş anonim şirketin tüzel kişiliğini şirketin ticaret sicilinden silinmesiyle değil, tasfiye işlemlerinin sona ermesi ile kaybedeceğini ifade etmektedir.⁵ Diğer bir görüş ise, ticaret sicilinden silinmenin hukuki niteliğinin kurucu olduğu, nitekim TTK m. 545 uyarınca şirketin ticaret sicilinden terkinini ile birlikte tüzel kişiliğinin de sona ereceği, tescil ile tüzel kişilik kazanan şirketin terkin ile birlikte sona ereceği yönündedir.⁶ Karma görüş de diyebileceğimiz çift unsur ögesi olarak ortaya atılan son görüşe göre ise, bir sermaye şirketinin sona ermesinden bahsedebilmek için hem ticaret sicilinden silinme hem de mamelekinin bulunmaması unsurlarının aynı anda gerçekleşmesi gerekir.⁷

Terkinin açıklayıcı olduğu görüşü gibi, şirketin sona ermesi için hem terkin hem de mal varlığının bulunmaması unsurlarını bir arada arayan ve şayet şirkete ait mal varlığı varsa şirketin sona ermediğini kabul eden çift unsur teorisi gibi teoriler, alacaklıların haklarını korumaya yönelik olsalar da, çalışmamızın temelini oluşturan ek tasfiye kurumu esasen bu tür sakıncaların önüne geçmek için getirilmiş bir düzenlemedir. Şayet şirket sona ermiş ve tasfiye sürecinde değerlendirilmemiş mal varlığı unsuru sonradan ortaya çıkarsa, bu durumda yine şirketin sona erdiğinin kabulü gerekecek; ancak tasfiye memurlarının şirketi sicilden silme kararının iptali dava olunarak ve şirket yeniden tasfiye aşamasına döndürülerek ek tasfiyeyi gerektiren işlemler tamamlanacak, şirketin haksız veya erken silinmesinden ötürü doğacak sakıncalar giderilmiş olacaktır. Aksi durumun, yani sonradan mal varlığı değerlerinin ortaya çıkması

⁴ ARSLANLI, s. 235, Oruç Hami ŞENER, *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Ankara, 2015, s. 19.

⁵ KERVANKIRAN, Emrullah, *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, Ankara, 2015, s. 275.

⁶ PULAŞLI, s. 2491, İMREGÜN, s. 371; AL KILIÇ, Şengül, *Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme*, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 204 ve s. 397; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 376; Şaban KAYIHAN, *Şirketler Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 287.

⁷ ŞENER, s. 25.

nedeniyle şirketin esasen hiç sona ermediğinin kabulü halinde ise söz konusu işlemler ve mal varlığı unsurları açısından ek tasfiye kurumunun bir anlamı kalmayacaktır. Kanaatimizce, hukuki güvenlik ilkesi ve ticaret siciline tescilin hukuki niteliğinin kurucu olması nedeniyle, ticaret sicilinden terkin işleminin de etkisinin kurucu olduğu sonucuna varmak gerekmektedir.

II. TTK M. 547 UYARINCA EK TASFİYE

A. Genel Olarak

Ek tasfiye, tasfiye işlemleri tamamlanıp bitirilmiş olmasına rağmen, daha sonra başkaca tasfiye önlemlerinin alınmasının zorunlu olduğunun anlaşılması halinde başvurulabilen, şirketi ek tasfiyeyi gerektiren işlemlerin yapılabilmesi için geçici bir süreliğine tasfiye şirketine çeviren geçici bir yoldur.⁸ Anonim şirketin tasfiye işlemleri tamamlanıp şirket unvanının ticaret sicilinden silinmesine rağmen daha sonra gerçekte tasfiye kapsamına giren bazı mal varlığı unsurlarının unutulduğu, işlemlerin eksik bırakıldığı, kısaca tasfiye işlemlerinin henüz tamamlanmadığının ortaya çıkması halinde eksik kalan işlemlerin yapılmasının zorunluluğu ortaya çıkabilir.⁹ Ek tasfiye, yeni bir hukuki durum yaratmayı önceki tasfiyeyi tamamlayan bir tasfiyedir.¹⁰ Ek tasfiye işlemlerinin yürütülebilmesi için, hatalı veya erken bir şekilde ticaret sicilinden silinen şirkette, ticaret sicil memurunun terkin işlemine karşılık ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu belgelendirilerek şirket yeniden ticaret siciline tescil edilir.¹¹ Ticaret siciline yeniden tescil edilen şirket tüzel kişiliğini yeniden kazanır ve organları yeniden çalışmaya başlar. Ancak şirket yine de sona ermiştir ve tekrar tasfiye şirketi niteliğine bürünerek iş ve işlemlerine devam edecektir.¹²

B. Kanun Hükmü ve Uygulanma Alanı

Ek tasfiye, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunumuzda mevcut olmayan bir düzenleme olsa da doktrin ve Yargıtay kararlarında “ihya” kelimesi ile karşılığını bulan bir kurumdu.¹³ Ancak bu kavramın ek tasfiye yerine kullanımı yanlış olup, ihya kavramı TTK m. 548 düzenlemesinde yer alan tasfiyeden dönmeyi ifade etmektedir.¹⁴

⁸ TTK m. 547 gerekçesi.

⁹ Abuzer **KENDİGELEN**, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 449.

¹⁰ TTK m. 547'nin gerekçesi; **KERVANKIRAN**, s. 281.

¹¹ TTK m. 547'nin gerekçesi.

¹² TTK m. 547'nin gerekçesi.

¹³ İhya; diriltme, canlandırma. [(www.tdk.gov.tr (11.01.2020)]; **ŞENER**, s. 1; **PULAŞLI**, s. 2505.

¹⁴ **PULAŞLI**, s. 2505; Mehmet Ali **AKSOY**, *Sermaye Şirketlerinde ve Kooperatiflerde Ek Tasfiye*, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 8.

6102 sayılı Ticaret Kanun’umuzda 547’nci madde ile düzenlemeye kavuşturulan ek tasfiye, her ne kadar anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler arasında yer almış olsa da, bu kural tüm sermaye şirketleri ve kooperatiflerde de uygulama alanı bulacaktır.¹⁵ Her ne kadar limited şirketlerde uygulanacak hükümler başlıklı 644’üncü madde düzenlemesinde 547’nci maddeye atf bulunmasa da, anonim şirketlere ilişkin tasfiye usulü ve tasfiyede şirket organlarının yetkisine ilişkin hükümlerin limited şirketlere de uygulanacağına dair TTK m. 643 düzenlemesi uyarınca 547’nci madde düzenlemesi limited şirketlerde de uygulama alanı bulacaktır.¹⁶

Bazı yazarlar söz konusu düzenlemenin şahıs şirketleri açısından da uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedirler.¹⁷ Her ne kadar TTK m. 547 düzenlemesinin şahıs şirketlerine uygulanmasının önünde kanuni bir engel bulunmasa da, tasfiye aşamasında şirket tüzel kişiliğine başvurup alacağını alamayan alacaklılar, ikinci dereceden sınırsız sorumlu ortaklara başvurarak alacaklarını tahsil etme imkânına sahip olduğundan ve alacaklıların ek tasfiyeye başvurabilmesi için zorunluluk ve son çare şartlarının sağlanmadığı gözetildiğinde şahıs şirketlerinde buna yönelik bir ihtiyacın ortaya çıkması pek muhtemel görünmemektedir. Aslında burada ek tasfiye tedbirine başvurmayı gerektiren sebebin niteliğine göre sonuca varmak gerekir. Şirketin terkininden sonra dağıtılmamış mal varlığı unsurlarının ortaya çıkması halinde şahıs şirketlerinde de ek tasfiye mümkün görülmelidir.¹⁸ Buna karşılık şahıs şirketinin daha sonra borçlarının ortaya çıkması nedeniyle ek tasfiye yoluna gidilmesi ise mümkün olmamalıdır.¹⁹ Nitekim TTK m. 237/1 hükmüne göre de, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket sorumlu olup, şirkete karşı yapılan icra takibi semeresiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, yalnız ortak veya ortakla birlikte şirket aleyhine dava açılabilen ve takip yapılabilir. Dolayısıyla sona ermiş ve terkin edilmemesi gereken bir şirketin sicilden terkin halinde ek tasfiye yolu yerine şirket ortaklarına başvuru imkânı mevcuttur. Bu halde mahkemece şirket aleyhine dava açılması

¹⁵ **ŞENER**, s. 4. **KERVANKIRAN** s. 282; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 98 uyarınca Kooperatifler Kanunu’nda aksine açıklama olmayan hususlarda TTK’nin anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerinin uygulanacağı belirtildiğinden, TTK’nin 547’nci madde düzenlemesi kooperatifler açısından da uygulama alanı bulacaktır; Ayrıca bu konuda bkz. **AKSOY**, s. 284; “Tasfiye halindeki kooperatife ait arsanın satılması ve bedelin ortaklara dağıtılmasının KV, KDV ve VUK karşısındaki durumu”, (<https://www.gib.gov.tr/tasfiye-halindeki-kooperatife-ait-arsanin-satilmasi-ve-bedelin-ortaklara-dagitilmasinin-kv-kdv-ve>), (28.03.2020).

¹⁶ Ek tasfiyeye ilişkin düzenlemenin limited şirketlerde de uygulanacağı hakkında bkz. Asuman **YILMAZ**, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXXII, Sayı 2, Haziran 2016, jurix.com.tr (26.04.2020), s. 156.

¹⁷ **KERVANKIRAN**, s. 282. Detaylı açıklamalar için bkz. **ŞENER**, s. 5-13.

¹⁸ **AKSOY**, s. 15.

¹⁹ **AKSOY**, s. 15.

halinde, şirketin sona ermesi nedeniyle husumetin ortaklara yöneltmesi gerektiğinden, şirketin ek tasfiyesi için davacıya süre vermek yerine şirket aleyhine açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekmektedir.²⁰ Kaldı ki bunun yanında ek tasfiye yolunun külfetli oluşu ve mahkemenin davayı reddetme ihtimali de gözetildiğinde ek tasfiye yolu alacaklıların da lehine bir başvuru yolu değildir. Burada da şirket alacaklılarının ortaklara başvuru imkânında zamanaşımı süresinin TTK m. 264 uyarınca üç yıllık süre ile sınırlandırıldığı gözetilerek, ancak bu üç yıllık süre geçtikten sonra bu yola başvurmanın mümkün olduğu söylenebilir.²¹

Anonim şirketlerde ek tasfiyeye ilişkin 547'nci maddenin, İİK m. 255 uyarınca iflas nedeniyle şirketin sona ermesi halinde başkaca mal varlığı değerinin ortaya çıkması halinde uygulanması ise mümkün değildir.²² Nitekim söz konusu hükümde iflas kapandıktan sonra şirkete ait mal varlığı değerinin ortaya çıkması veya iflas kapandıktan sonra tasarruf edilebilir hale gelmiş bankaya yatırılmış paraların varlığı halinde, başkaca merasime gerek kalmaksızın alacağı eksik kalan alacaklılara sırasıyla dağıtım yapılacağı öngörülmüştür (TTK m. 255/1,2). Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için iflas tasfiyesi sırasında bu mal varlığı değerinin iflas idaresi veya alacaklılar tarafından bilinmiyor olması, alacaklılara aciz belgesi verilmiş olması gerekmektedir.²³ Dolayısıyla söz konusu hükmün uygulanabilmesi için ek tasfiyeden farklı olarak, alacakların zamanında iflas masasına bildirilmesi gerekmektedir.²⁴ Ancak İİK m. 255'te sayılan haller dışında mal varlığı değerinin ortaya çıkması dışında ek tasfiyeyi gerektiren başkaca sebeplerin ortaya çıkması halinde kanaatimizce bu hallerde de ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkün olmalıdır.²⁵

Ek tasfiye istenemeyecek bir diğer hal ise şirketin TMSF'ye devri ile terkin edilmesi halidir.²⁶ 5411 sayılı Kanun'un 134/9 maddesiyle, TMSF'nin Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmeliğin 7/4 maddesi gereğince fon kurulunca tasfiyesine karar verilen şirketlerin iflası ve ihyası istenemeyecek

²⁰ AKSOY, s. 15; Aksi yöndeki kararlar için bkz. Y. 11. HD'nin 22.10.2014 tarih, E. 2014/9346, K. 2014/16201 sayılı ilamı, Y. 11. HD'nin 22.10.2018 tarih, E. 2018/4298, K. 2018/6564 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (27.04.2020).

²¹ ŞENER, s. 7.

²² Serdar KALE, "İflas Kapandıktan Sonra Borçluya Ait Yeni Mal Bulunması (İİK m. 255)", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1), Bahar 2015, en.medipol.edu.tr (28.03.2020), s. 134.

²³ KALE, s. 141.

²⁴ AKSOY, s. 238; Nitekim alacağını zamanında bildirmeyen alacaklıların ancak sıra cetvelindeki diğer tüm alacaklılar tatmin edildikten sonra kendi alacaklarını karşılamaya yetecek miktarda mal varlığı bulunması halinde başvurabilecekleri konusunda bkz. AKSOY, s. 238.

²⁵ Bkz. aynı doğrultuda AKSOY, s. 240.

²⁶ AKSOY, s. 244.

olup, aynı yönetmelik hükümlerine göre tasfiye olunan şirketler aleyhine açılan alacak davaları kanuni halef sıfatıyla fon tarafından devam ettirilebilecektir.²⁷

Bunun yanı sıra şirketin tasfiyesiz infisah nedenleri ile sona ermesi halinde bir tasfiye aşaması da söz konusu olmadığından bu halde ek tasfiyeye gidilip gidilemeyeceği ayrıca incelenmelidir. Tasfiyesiz infisah nedenleri birleşme, bölünme ve tür değiştirme halleridir.²⁸ Bu yapısal değişikliklere gidilmesi halinde, külli halefiyet ilkesi gereği tam bir sona ermeden söz edilemeyeceğinden ve bir tasfiye aşaması da söz konusu olmadığından, ek tasfiyeye gidilmesi mümkün değildir.²⁹

C. Ek Tasfiyeye Başvurulmasının Şartları

Ek tasfiye kurumu TTK m. 547 düzenlemesinde yer almakta olup, ek tasfiyeye hangi hallerde başvurulacağı ve ek tasfiye sebepleri ile ilgili detaylı açıklamalara madde gerekçesinde yer verilmiştir.

1. Tasfiyenin Yapılmış Olması

Ek tasfiyeye gidebilmek için tasfiyenin yapılmış ve TTK m. 545'e göre tasfiyenin kapatılmış, şirketin ticaret sicilinden silinmiş olması gerekmektedir.³⁰ Nitekim TTK m. 547, f. 1'deki "*tasfiyenin kapanmasından sonra*" ibaresinden de bu anlaşılmaktadır. Tasfiyenin tamamlandığından bahsedebilmek için de TTK'nın 540 ilâ 543'üncü maddeleri uyarınca, alacakların ödenmesi, tevdi edilmesi veya teminat altına alınması, altı aylık bekleme süresinin geçmesi ve geriye kalan mal varlığının da pay sahipleri arasında dağıtılması gibi tasfiye işlemlerinin gerçekleştirilmiş ve şirketin ticaret sicilinden silinmiş olması gerekir.³¹ Tasfiye işlemlerinin sona ermesi üzerine, TTK'nın 545'inci maddesi uyarınca tasfiye memurlarının şirketin sicilden silinmesi talebi aynı zamanda tasfiyenin sona ermiş olduğunu ifade etmektedir.³²

2. Ek Tasfiyeye Başvurmanın Zorunlu Olması

Ek tasfiye yoluna gidilebilmesi için aranan diğer şart ise, ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olmasıdır. Şirketin tasfiyede değerlendirilmemiş mal varlığı değerlerinin bulunması, şirketin ticaret sicilinden silinmesinden sonra

²⁷ Y. 11. HD'nin 17.05.2018 tarih, E. 2018/1830, K. 2018/3703 sayılı İlamı, Yargıtay HGK, 16.05.2019 tarih, E. 2016/2773, K. 2019/580 sayılı İlamı, karararama.yargitay.gov.tr (02.05.2020); Bununla birlikte söz konusu hükmün parasal tasfiye işleri düşünülerek konulduğunu, dolayısıyla mal varlığına ilişkin olmayan diğer tasfiye önlemlerinin alınması gereken hallerde genel hükümlere göre ek tasfiyeye gidilebileceği yönünde görüş için bkz. AKSOY, s. 245-246.

²⁸ AL KILIÇ, *Tasfiyeden Dönme*, s. 43; İMREGÜN, s. 372-373; YASAMAN, s. 21 vd.

²⁹ AKSOY, s. 292-293.

³⁰ ŞENER, s. 29.

³¹ Özlem KARAMAN COŞGUN, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Ankara, 2015, s. 274.

³² KERVANKIRAN, s. 283.

tasfiye sırasında alacağı dikkate alınmamış bir alacaklının ortaya çıkması, tasfiyenin tamamlanmasından sonra tasfiye aşamasında yapılması gerekir de tasfiye memurları tarafından yapılması ihmal edilen işlemler ek tasfiye yapılmasını zorunlu kılan nedenler olarak sayılabilir.³³ Zorunluluk arz eden bu hususlara aşağıda detaylı olarak değinilecektir.³⁴

a) Menfaat Şartı

Mahkemeden yeniden tescil isteminde ve ek tasfiye talebinde bulunabilmek için gereken şartlardan bir diğeri de menfaat şartıdır.³⁵ Bu menfaatin varlığı, korunmaya değer inandırıcı delillerle açıklanmalıdır. Burada ispat şart olmayıp, talebin inandırıcı delillere dayanılması yeterlidir.³⁶ Burada ifade olunan, dava açmada hukuki yararın bulunması olup, HMK m. 114 hükmü karşısında da hukuki yarar bulunmaksızın davanın açılması halinde davanın dava şartı noksanlığından reddi gerekecektir.

b) Amaca Ulaşma Şartı

Ek tasfiyeye gidilerek yeniden tescil isteği amaca ulaşmada tek yol olmalıdır.³⁷ Bundan anlaşılması gereken, ek tasfiye dışında başka hiçbir yolla çözülmesi imkânı bulunmayan ve zorunluluk arz eden hallerde bu yola gidilebileceğidir.³⁸ Örneğin, şirketin bazı alacaklılarının nerede olduğu bilinmediğinden, bu alacaklıların Ticaret Bakanlığı'nca bildirilen bir bankaya depo edilmiş ise bu borcun, şirket ticaret sicilinden silindikten sonra şirket lehine çözülmesi durumunda da ek tasfiye ile şirketin yeniden sicile tescil edilerek bu miktarın tasfiye hükümlerine göre dağıtılması gerekir.³⁹

c) Ticaret Sicilinden Silme Kararının İptalinin Dava Olunması

Ek tasfiye yolu ile tasfiye aşamasına dönülebilmesi ancak şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılacak bir dava ile olur. Sicil memurunun şirketi sicilden silme kararına karşı bir alacak veya aktifin varlığı kanaat doğuracak şekilde belgelendirilerek silme kararının iptali dava olunmalıdır.⁴⁰

3. Ek Tasfiyeye Başvurulabilecek Hallerin Gerçekleşmesi

a) Genel Olarak

Ek tasfiyeye, tasfiyenin kapanmasından sonra aslında tasfiye kapsamında kalıp da yapılması gereken bazı işlemlerin yapılmaması yahut yanlış ya da eksik yapılması nedeniyle başvurulması mümkündür. TTK m. 547 hükmünün

³³ ŞENER, s. 31.

³⁴ Ayrıca bkz. "Ek Tasfiye İstenebilecek Haller" başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar.

³⁵ TTK m. 547'nin gerekçesi.

³⁶ TTK m. 542'nin gerekçesi.

³⁷ TTK m. 547'nin gerekçesi.

³⁸ PULAŞLI, s. 2509; AL KILIÇ, *Tasfiyeden Dönme*, s. 385.

³⁹ PULAŞLI, s. 2509; AL KILIÇ, *Tasfiyeden Dönme*, s. 386.

⁴⁰ TTK m. 547'nin gerekçesi.

gerekçesinde ek tasfiyeye başvurulabilecek haller sayılmış olup, bunlar sınırlı sayıda olmayıp, örnek kabilinden sayılmış hususlardır.⁴¹ Nitekim madde gerekçesinde “özellikle” demek suretiyle de bu husus vurgulanmıştır. Bu kapsamda somut bir hakka dayanan, şirket adına beyanda bulunulması gereken yani şirketin hukuken temsilinin gerektiği hallerde de ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkündür.⁴²

b) Ek Tasfiye İstenebilecek Haller

(1) Şirkete Ait Bazı Aktiflerin Dağıtım Sırasında Dikkate Alınmaması

Herhangi bir sebeple tasfiyenin tamamlanmasından sonra fark edilecek durumlarda, şirkete ait mal varlığı değerlerinin ortaya çıkması, tasfiye artıklarının dağıtımı veya tasfiye sürecinde yapılması gereken işlem olarak söz konusu aktiflerin dağıtımının yapılması gerekecektir ki, böyle bir olasılıkta ek tasfiye yoluna gitmek gerekecektir.⁴³ Ek tasfiye sıklıkla bu amaçla gerçekleştirilmekte olup, şirketin ticaret sicilinden silinmesinden sonra tasfiye aşamasında değerlendirilmesi gereken, ancak çeşitli nedenlerle değerlendirilemeyen şirkete ait yeni mal varlığı değerleri ortaya çıkabilir.⁴⁴ Bazı aktiflerin dikkate alınmadığı, satılıp tasfiyeden elde edilen paralara katılmadığı, bazı borçların bu suretle tasfiye edilmediği, uyuşmazlıklara sebebiyet verildiği veya dağıtıma özgülenmediği hallerde ek tasfiyeye gidilebilecektir.⁴⁵ Bu durumun tasfiye memurlarınca ticaret sicilinden silinme anında bilinip bilinmemesi bir önem taşımayacak olup, bu mal varlığı değerleri silinme anında var olan mal varlığı değerleri olabileceği gibi, daha sonra ortaya çıkan mal varlığı değerleri de olabilir.⁴⁶

Sonradan ortaya çıkan mal varlığı değerleri ile ilgili olarak ek tasfiye talebinde bulunabilmek için ek tasfiyesi yapılacak mal varlığı değerlerinin ek tasfiye masraflarını aşması gerektiği bazı yazarlarca savunulmaktadır.⁴⁷ Bu görüşe göre, ek tasfiye yoluna ancak şirkete ait mal varlığı değerleri varsa gidilebileceğinden; şirkete ait mal varlığı değerlerinin ek tasfiye giderlerini karşılayacak miktarda olması gerekmektedir. Ancak ticaret sicilinden silinmenin etkisinin kurucu olduğu yönündeki, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, ek tasfiye yoluna başvurabilmek için şirkete ait mal varlığı unsurunun kalması gerekmekte olup, dava masraflarına davacı katılacak ve ek tasfiye kararı sonucu dava masrafları haksız çıkan tarafa yükletilecektir. Ayrıca ek tasfiyeyi gerektiren diğer durumlar açısından böyle bir şart aranmayacağı, madde gerekçesinde ve metninde buna

⁴¹ Gönen ERİŞ, *Ticari İşletme ve Şirketler*, 3. Cilt, Ankara, 2013, s. 3552.

⁴² YILMAZ, s. 158-159.

⁴³ PULAŞLI, s. 2508; AL KILIÇ, *Tasfiyeden Dönme*, s. 386;

⁴⁴ KERVANKIRAN, s. 285.

⁴⁵ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 378.

⁴⁶ TTK m. 547'nin gerekçesi.

⁴⁷ KERVANKIRAN, s. 285; ŞENER, s. 38.

ilişkin bir koşul aranmaması karşısında böyle bir şarta dayanılarak davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesinin hakkaniyetli olmayacağı kanaatindeyiz.

(2) Anlaşmazlık Konusu Olan ve Bu Nedenle Tasfiyeye İlişkin Özel Hüküm Gereği Tevdi Edilmiş veya Güvenceye Bağlanmış Bir Borç Şirket Lehine Çözülüşse ve Söz Konusu Borçların Karşılıkları Boşta Kalmışsa

Üzerinde anlaşmazlık olduğu için ve bu nedenle özel hüküm gereği tevdi edilmiş veya teminat altına alınmış bir borç varsa ve bu teminatlar şirket lehine çözülerek söz konusu borçların karşılıkları boşta kalmışsa, bu halde de ek tasfiyeye gidilebilecektir.⁴⁸

Aslında üzerinde ihtilaf bulunan bir mal varlığı değerinin mevcut olması halinde tasfiye memurlarının ihtilafın ortadan kalkmasını beklemesi ve sonuca göre işlem yaparak tasfiyeyi sonlandırması gerekir.

Nitekim tasfiye aşamasında TTK m. 541/2 ve 3 hükmü gereği, notere yahut bankaya depo edilmiş bir paranın varlığı halinde, kural olarak bu durum sadece şirketin dağıtım aşamasına geçmesi kolaylığını sağlamakta olup, her nasılsa şirket sicilden terkin edilmişse bu halde dağıtılmamış bu aktifler için de basit bir paylaşım işlemi yapılamayacak olup, ek tasfiyeye gidilerek şirketin yeniden canlandırılması ve bu yolla dağıtımın yapılması gerekmektedir.⁴⁹

(3) Anonim Şirketin Borçlarından Dolayı Ek Tasfiyeye Başvurulması

Tasfiye memurunun görevi, ilk olarak ödenmemiş pay bedellerini tahsil etmek, elde edilen aktifleri paraya çevirerek, ortaya çıkan tutarla borçları ödemektir.⁵⁰

Alman hukukunda, şirketin sona ermesi ve usulüne göre tasfiye edilmesinden sonra mal varlığı bulunmayan şirketin tasfiye aşamasında dikkate alınmayan borçlarının bulunması halinde, alacaklıların şirkete başvuramayacağı, bu nedenle, şirket borçları nedeniyle usulüne uygun tasfiye ile şirket sona ermişse kural olarak ek tasfiye yoluna gidilemeyeceği savunulmaktadır.⁵¹ Türk hukukunda ise, Alman hukukunun aksine, tasfiye

⁴⁸ TTK m. 547'nin gerekçesi.

⁴⁹ PULAŞLI, s. 2509; AKSOY, s. 134; Buna karşılık bu aktiflerin artık alacaklılar başvurmadiği için şirkete geri döneceği ve bu halde ek tasfiyeye gidilmesi gerekmediği yönündeki aksi görüş için bkz. ŞENER, s. 50. Bu aksi görüş ortaklığa ait mal varlığı nedeniyle şirketin esasen hiç sona ermediği kabulüne dayanmakta olup, kanaatimizce terkin edilen şirketin sona erdiğinin kabulü ile ayrıca TTK'nın Geçici m. 7/15, c. 2 düzenlemesi uyarınca, ticaret sicilinden resen terkin edilen şirketlerin mal varlıklarının, şirket unvanının ticaret sicilinden silindiği tarihten itibaren on yıl sonra Hazineye intikal edeceği gözetildiğinde şirket malvarlıklarının kendiliğinden şirkete dönmesi gibi bir durum söz konusu olamayacaktır.

⁵⁰ Münir Hakan ERİŞ, *Ek Tasfiye*, [https://www.eris.av.tr/makaledetay/16/Anonim-Ortakliklarda-\(sirketlerde\)-Ek-Tasfiye](https://www.eris.av.tr/makaledetay/16/Anonim-Ortakliklarda-(sirketlerde)-Ek-Tasfiye), (04.04.2018), s. 12.

⁵¹ ŞENER, s. 38'den naklen.

kanuna uygun surette yerine getirilse ve şirket sicilden silinse bile alacaklının alacağı ortadan kalkmayacağından ek tasfiye yoluna başvurulabilecektir.⁵²

Tasfiye sırasında, şirketin henüz muaccel olmayan veya çekişmeli alacaklarının varlığı halinde bunu karşılayacak tutarda miktarın notere depo edilmesi zorunluluğu öngörülmüş (TTK m. 541/3), TTK m. 542/1,(h) düzenlemesinde de vadesi gelmemiş borçların alacakların kabulüne bağlı olmaksızın iskontolu biçimde ödeneceği öngörülmüştür.⁵³ Dolayısıyla henüz muaccel olmayan alacakların tasfiye memurlarınca iskontolu biçimde ödenmesi sağlanarak tasfiye prosedürü basitleştirilmeye çalışılmıştır.⁵⁴ Bu durum, esasen şirketin sona ermesini sağlamayan fakat tasfiyede dağıtım aşamasına geçilmesini sağlayan bir işlem olup, iskontolu ödenen borçlar ile çekişmeli olan ve teminat altına alınan borçların tahsili için alacaklıların ek tasfiyeye başvurması kural olarak mümkün değildir.⁵⁵ Ancak teminat altına alınmış veya notere tevdi edilmiş olmasına rağmen bu husus göz ardı edilerek tasfiye tamamlanmış ve şirket sicilden terkin edilmişse bu halde alacaklılar ek tasfiyeye başvurabilecektir.⁵⁶

Alacaklıların ek tasfiyeye başvurabilmesi için TTK m. 541 uyarınca alacaklarını bildirip bildirmemesinin herhangi bir önemi yoktur.⁵⁷ Hatta alacaklıların tasfiye sırasında alacaklarını bildirmesi gerekmesine rağmen altı aylık sürede alacaklarını bildirmemeleri halinde bu altı aylık sürenin alacağın varlığına bir etkisi bulunmadığından, ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkündür.⁵⁸ Nitekim tasfiye aşamasında kanuni hükümlere riayet edilmemiş olması halinde zaten ek tasfiyeye gidilmesi mümkündür. Ancak kanuni hükümlere riayet edilerek tasfiye aşamasının tamamlanmasına rağmen daha sonra şirketin borçlarının ortaya çıkması halinde de ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkündür. Nitekim tasfiye işlemleri hukuka uygun yürütülse dahi, tasfiye aşamasında varlığı anlaşılamayan alacakların daha sonra ortaya çıkabilmesi mümkündür.⁵⁹ Ancak TTK m. 541/4 düzenlemesi uyarınca tasfiye memurlarına karşı sorumluluk

⁵² ŞENER, s. 41; AKSOY, s. 126'dan naklen.

⁵³ TTK m. 541/3 hükmünde henüz vadesi gelmemiş borçların teminat alınması için notere tevdi imkânı öngörülüp, diğer yandan TTK m. 542/1,(h) hükmünde vadesi gelmemiş borçların iskontolu biçimde alacaklılara ödenmesi zorunluluğunun çelişkili olduğunu ifade etmek gerekir.

⁵⁴ TTK m. 542'nin gerekçesi.

⁵⁵ AKSOY, s. 143.

⁵⁶ AKSOY, s. 143.

⁵⁷ ŞENER, s. 76.

⁵⁸ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 372; AKSOY, s. 141-142; Bununla birlikte alacaklıların ek tasfiyeye gidebilmesi için borca ilişkin bir kaynak (mal varlığının) bulunması gerektiği yönünde görüş için bkz. ŞENER, s. 76; KERVANKIRAN, s. 296-297; AKSOY, s. 141-142.

⁵⁹ Buna karşılık tasfiyenin hukuka uygun yürütülmesi halinde alacaklıların ek tasfiyeye başvuramayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. ŞENER, s. 76; KERVANKIRAN, s. 296-297.

davası açılmasını gerektiren hallerde, ek tasfiye ancak zorunluluk arz eden durumlarda başvurulabilecek geçici bir tedbir niteliği taşıdığından, ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkün değildir.⁶⁰

(4) Mal Varlığının Dağıtım Sırasında Kanuni Hükümlere Uyulmamış Olması

Mal varlığının dağıtım esnasında tasfiye memurlarınca şirketin durumunun incelenerek, şirket alacak ve borçlarını gösteren bir envanter düzenlenmesi ve bunun da genel kurul onayına sunulması gerekir (TTK m. 540/1). Bunun yanı sıra TTK m. 540 ve devamı hükümlerine göre diğer tasfiye işlemleri tamamlanarak yerine getirilmelidir. Bu usullere uyulmadan tasfiye işlemlerinin yapılması ek tasfiye yoluna gidilmesine sebep olacaktır.⁶¹ Ancak bazı yazarlar, TTK m. 541/4 uyarınca işlemlerin yerine getirilmemesi durumunun tasfiye memurlarının sorumluluğuna yol açacağından bahisle, mal varlığının haksız dağıtım söz konusu ise, bu halde ek tasfiye ile sorumluluk davasının yarışacağı görüşünü savunmaktadırlar.⁶² Ancak ek tasfiyenin amaca ulaşmada tek yol olmasının gerekmesi ve başkaca yolla sonuç elde edilmesi imkânı bulunmayan hallerde bu yola başvurulmasının mümkün olması gerektiği madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiş olup, tasfiye memurlarının kusurlarıyla ve kasıtlı olarak mal varlığı dağıtımını haksız olarak gerçekleştirdikleri hallerde TTK m. 541/4 atfı ile m. 553 uyarınca sorumluluklarına gitme imkânı mevcutken ek tasfiyeye başvurmada hukuki yararın bulunmadığı kanaatindeyiz.⁶³

(5) Pay Sahiplerince Haksız Olarak Alınmış Olan Tasfiye Payları İçin Geri Verme Davasının Açılması Gerekliyorsa

Şirketin sona ermesi hâlinde her pay sahibi, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılır (TTK m. 507). Ancak tasfiye paylarına imtiyaz tanınan hükümler saklıdır. Bunun yanı sıra esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa kâr ve tasfiye payı, pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilecektir (TTK m. 508). Alacaklıların, birer hafta arayla yapılacak üç ilanla alacaklarını bildirmeye çağrılmaları gerekmektedir (TTK m. 541/1). Alacaklılara yapılan bu üçüncü ilandan itibaren altı ay geçmedikçe tasfiye payının dağıtılması mümkün değildir (TTK m. 543/2).

Tasfiye payı, ortaklık payına bağlı mal varlıksal haklardan biri olup, ortaklık devam ettiği müddetçe istenemez, paydan ayrı olarak devredilemez, rehnedilemez, intifa konusu olmaz, şartları gerçekleştiği takdirde de dağıtımını isteme hakkı pay sahibine aittir.⁶⁴

⁶⁰ Bkz. TTK m. 541/4 düzenlemesi ve ayrıca “(6) nolu” başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalar.

⁶¹ TTK m. 547'nin gerekçesi.

⁶² ŞENER, s. 59; ERİŞ, *Ek Tasfiye*, s. 15.

⁶³ KERVANKIRAN, s. 287; Aksi yönde AKSOY, s. 135.

⁶⁴ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 1; Tasfiye payı alma hakkının nispi müktesep hak niteliğinde

Geri alma hakkı, kâr payı ile hazırlık dönemi faizi için düzenlenmiş olup, TTK m. 512 uyarınca haksız yere ve kötüniyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdür. Ancak tasfiye paylarının iadesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla özel hüküm niteliğindeki bu düzenlemenin tasfiye paylarının iadesi durumunda uygulanmayacağı, ancak kötüniyetle tasfiye paylarının alınması durumunda sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade yükümü doğacağını savunanlar olduğu gibi,⁶⁵ burada sebepsiz zenginleşmenin de olmadığı dolayısıyla iyi niyetli veya kötü niyetli olduğuna bakılmaksızın haksız alınan tasfiye payının tümünün iadesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur.⁶⁶ Kanaatimizce de kâr paylarının ve hazırlık dönem faizlerinin iadesini düzenleyen TTK m. 512 hükmü özel nitelik taşımakta olup, haksız dağıtılan tasfiye paylarının iadesi için bu hükmün uygulanması söz konusu olamayacağından, ancak sebepsiz zenginleşme davası açılabilmesi mümkündür.⁶⁷

Tasfiye payı, ortaklar için bir hak olduğundan, pay sahiplerince haksız olarak alınmış tasfiye payları mevcutsa, haksız olarak dağıtılmış payların iadesi için, ki bunu sebepsiz zenginleşme şeklinde anlamak gerekir, geri verme davası açılması gerekiyorsa ek tasfiyeye gidilmesi gerekir.⁶⁸ Nitekim haksız tasfiye paylarını geri isteme hakkı şirkete ait olacağından ve bu durum da şirketin yeniden tüzel kişilik kazanmasına bağlı bulunduğundan, ek tasfiye yoluna başvurulması gerekmektedir.⁶⁹

Dolayısıyla haksız dağıtılmış tasfiye paylarının dağıtımı için ek tasfiye yoluna başvurularak şirketin yeniden tescili ile haksız olarak dağıtılan tasfiye paylarının iadesi gerekecektir.⁷⁰ Pay sahiplerinin iade yükümü bakımından alacaklının alacağını yapılan ilana rağmen bildirmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır.⁷¹ Burada şöyle bir ayırım yapmak gerekir; tasfiyenin hukuka uygun yürütülmüş olması durumunda haksız bir dağıtımdan söz edilemeyeceğinden pay sahibinden tasfiye payının iadesi talep

olduğu konusunda bkz. Şengül **AL KILIÇ**, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Tasfiye Payı Alma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, S. 4, earsiv.erzincan.edu.tr (25.01.2020), s. 51-53; Rıza **AYHAN**, Hayrettin **ÇAĞLAR**, Mehmet **ÖZDAMAR**, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 435.

⁶⁵ **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 4.

⁶⁶ **ŞENER**, s. 55.

⁶⁷ Aynı yönde **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 4; **AL KILIÇ**, *Tasfiye Payı*, s. 88; TTK m. 512 düzenlemesinin tasfiye payının iadesinde kıyasen de uygulanması gerektiği konusundaki görüş için bkz. **KARAMAN COŞGUN**, s. 260; **AKSOY**, s. 152.

⁶⁸ TTK m. 547'nin gerekçesi.

⁶⁹ **ERİŞ**, *Ek Tasfiye*, s. 15; **KARAMAN COŞGUN**, s. 261.

⁷⁰ **KERVANKIRAN**, s. 288; **ŞENER**, s. 36-37.

⁷¹ **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 372.

edilemeyecektir.⁷² Aksi durum pay sahibi açısından haksız sonuçlara yol açabilecektir. Buna karşılık tasfiyenin hukuka aykırı yürütülmüş olması halinde yapılan işlem kanuna aykırı nitelik taşıdığından geçersiz olur ve pay sahiplerinin iyiniyetli ya da kötüniyetli olduklarına bakılmaksızın almış oldukları haksız tasfiye paylarının iadesi gerekir.⁷³ TTK m. 547 hükmünün gerekçesinde yer alan, “*haksız olarak alınmış olan tasfiye payları için geri verme davasının açılması gerekiyorsa*” ifadesinden de anlaşılması gereken budur.

Bunun yanı sıra, her ne kadar ek tasfiyeye ilişkin madde gerekçesinde haksız olarak tasfiye payı dağıtımı söz konusu olduğunda ek tasfiyeye başvurulacağı öngörülmüşse de, şirketin pay sahiplerine karşı sahip olduğu sermaye koyma borcu kaynaklı taleplerle haksız ve kötüniyetle iktisap edilen kâr payı ve hazırlık dönemi faizi için de ek tasfiyeye başvurulabilmesi mümkündür.⁷⁴

(6) Organlara Karşı Sorumluluk Davası Açılması Gerekiyorsa

Şirketin sicilden silinmesinden sonra şirket organlarına karşı tazminat talepli sorumluluk davası açılması gerekiyorsa ek tasfiye yoluna başvurulabilir.⁷⁵ Burada sözü edilen sorumlular; kurucular, önceki yönetim kurulu ve tasfiye memurları olup, yöneltilecek sorumluluk davası şirketin sona ermesinden önceki döneme de dayanabilir.⁷⁶ Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaklardır (TTK m. 553/1). Dolayısıyla şirket sona erdikten sonra şirket alacaklıları veya pay sahipleri şirket organlarına karşı sorumluluk davası açabilmek için ek tasfiye tedbirine başvurabileceklerdir. Şirketin, uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi için taraf ehliyetine ve dolayısıyla tüzel kişiliğe sahip olması gerektiğinden, ek tasfiye yoluna başvurulup yeniden şirketin sicile tescili sağlanmalıdır. Ek tasfiye aşamasında da genel kurulun varlığını muhafaza ettiği gözetildiğinde, şirketin organlara ve tasfiye memurlarına karşı sorumluluk davası açılabilmesi

⁷² Buna karşılık tasfiyenin hukuka uygun yürütülmüş olmasına ve alacaklının süresinde alacağını bildirmemesine rağmen, alacağın varlığından da haberdar olmayan iyi niyetli pay sahibinin ise almış olduğu tasfiye payının iadesi gerekmediği, bununla birlikte tasfiye hukuka uygun yürütüldüğü halde alacaklı alacağını bildirmemiş olsa da alacağın varlığından haberdar olan pay sahibinin iade yükümü doğacağı konusunda bkz. **AL KILIÇ**, *Tasfiye Payı*, s. 88, 161 no’lu dipnot; Tasfiye prosedürü hukuka uygun yerine getirilmişse pay sahibinin iade yükümü için kötüniyetli olması gerektiği konusunda **AKSOY**, s. 152.

⁷³ **AL KILIÇ**, *Tasfiye Payı*, s. 89; ; **KARAMAN COŞGUN**, s. 262; Buna karşılık pay sahiplerinin kötüniyetli olması gerektiği konusundaki görüş için bkz. Serhan **DİNÇ**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketin Tasfiyesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 120, Ağustos 2016, jurix.com.tr (30.04.2020), s. 35; **AKSOY**, s. 152.

⁷⁴ **ŞENER**, s. 36; **KARAMAN COŞGUN**, s. 288.

⁷⁵ **KERVANKIRAN**, s. 286.

⁷⁶ **KERVANKIRAN**, s. 286.

için ek tasfiye memurlarının genel kurulu toplantıya çağırarak sorumluluk davası açılabilmesi hususunda genel kurul kararı aldırması gerekmektedir.⁷⁷ Öte yandan, şirket alacaklılarına ancak şirketin iflası halinde sorumluluk davası açma imkânı tanındığı için (TTK m. 541/3 düzenlemesi dışında), bu gibi durumlarda şirket alacaklılarının ek tasfiye talebinde bulunmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır.⁷⁸ Ancak şirketin iflası halinde, yine tazminatın şirkete ödenmesi gerektiği gözetildiğinde, dolaylı zararların varlığı halinde alacaklıların sorumluluk davası açma imkânına sahip olduğunu söylemek mümkündür. Alacaklıların şirketin iflası halinde uğradığı dolayısıyla zararlardan ötürü sorumluluk davası açması ise, ancak bu tazminat isteminin iflas idaresince ileri sürülmemesi ihtimalinde kabul edilmiştir (TTK m. 556/1). Şirketin iflası halinde alacaklıların dolayısıyla zarara uğramış olmaları nedeniyle sorumlulara karşı açacakları dava neticesinde söz konusu tazminat yine şirkete ödenecektir (TTK m. 556/1). Bu sebeple sona ermiş bir şirkete tazminatın ödenmesi söz konusu olamayacağından ek tasfiye yolu ile şirketin yeniden sicile tescili sağlanarak bu tazminatın şirkete ödenmesi gerekmektedir.

Pay sahipleri de şirketin uğradığı zararların tazmini için sorumlulara karşı dava açma hakkına sahip olup, pay sahipleri bu tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler (TTK m. 555/1). İşte, pay sahiplerinin dolayısıyla zararları nedeniyle sorumluluk davası açması ihtimalinde de ek tasfiye yolu ile şirketin yeniden canlandırılması ve tazminatın bu şekilde şirkete ödenmesi gerekmektedir. Ancak gerek pay sahiplerinin gerek alacaklıların doğrudan zararının söz konusu olduğu hallerde hükmolunacak tazminat şirkete değil, doğrudan zarar gören davacıya ödeneceğinden⁷⁹ bu halde ek tasfiye yoluna başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Bu halde ortaklar doğrudan sorumlulara karşı dava açarak söz konusu zararlarının tazminini isteyebilirler. Bu sebeple uğranılan zararın doğrudan ya da dolayısıyla zarar olması ek tasfiye konusunda da önem arz etmektedir.

TTK m. 541/4 düzenlemesine bakıldığında mevcut düzenleme ile tasfiye memurlarının 541'inci madde uyarınca alacaklılara çağrı ve bildirim ile tevdi yoluna başvurmadan tasfiye payı dağıtımına geçmiş olması halinde alacaklılara sorumluluk davası açma hakkı tanındığını görmekteyiz. Söz konusu maddede tasfiye memurlarının tasfiye işlerini kanundaki usule uygun yürütmemesinden kaynaklanan alacaklıların doğrudan zararı düzenlenmiş

⁷⁷ **KERVANKIRAN**, s. 286; Buna karşılık burada yetki mahkeme tarafından verildiği için genel kurul kararı alınmasına gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. **AKSOY**, s. 153.

⁷⁸ **ERİŞ**, *Ek Tasfiye*, s. 16.

⁷⁹ Mehmet **BAHTİYAR**, *Ortaklıklar Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2016, s. 393. Yine doğrudan zarar kapsamına giren haller, pay sahibini yeni pay alım hakkının ihlali, kâr payı ödenmemesi, payın haksız olarak iptali, alacaklıya geç ödeme yapılması gibi durumlar olup, detaylı açıklamalar için **BAHTİYAR**, s. 393.

olup, bu halde alacaklılar doğrudan tasfiye memurlarına karşı sorumluluk davası açarak zararlarının tazminini isteyebilirler. Bu olasılıkta da ek tasfiyeye başvurulmasına gerek yoktur.

(7) Şirket Tarafından Yapılması ve Web Sitesine Konulması Gerekli Olan Açıklamalar ve Şirket Tarafından Kabul Edilmesi Zorunluluğu Bulunan İşlemler Varsa

TTK'nın 1524'üncü maddesi uyarınca denetime tabi sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescilinden itibaren üç ay içerisinde internet sitesi açmak zorundadır.⁸⁰ Gerekçede ifade olunan ek tasfiyeye başvurulabilecek bu hal çok uygulama alanı bulan bir durum değildir.⁸¹ Dolayısıyla bu işlemlerin yapılmamış olması tek başına ek tasfiye için yeterli olmamakla birlikte; ek tasfiye ve yeniden tescil olmaksızın bu işlemlerin yapılmasının mümkün olmadığını da ortaya konulması gerekecektir.⁸² Bununla birlikte şirket adına yapılması veya şirket tarafından kabul edilmesi zorunluluğu bulunan, örneğin şirket adına tesis edilmiş ipoteğin kaldırılması gibi şirketin hukuken temsilinin gerektiği hallerde ek tasfiyeye gidilmesi mümkündür.⁸³

(8) Şirket Yararına Sonuç Doğuracak Bir Davanın Açılması, Şirketin Bir Davada Davalı Olarak Bulunması ve Aleyhine İcra Takibi Yapılması Söz Konusu İse

Şirket adına veya şirkete karşı açılmış veya devam eden bir davanın yahut icra takibinin mevcudiyeti halinde şirketin sicilden terkin edilmesi mümkün değildir. Ancak her nasılsa bu hallerin mevcudiyetine rağmen şirket terkin edilmiş olsa dahi davanın hemen reddedilmemesi, ek tasfiye yöntemine başvurularak şirketin yeniden tescili ile tüzel kişilik kazandırılması için süre verilmesi gerekmektedir.⁸⁴ Yine, şirketin tasfiyesi tamamlanıp sona erdikten sonra şirket aleyhine açılan dava ve takipler için de ek tasfiye yoluna gidilmesi mümkündür.⁸⁵ Ancak şirketin aleyhine açılacak dava veya icra takibi ile amaca

⁸⁰ TTK m. 397 düzenlemesinde anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun denetime tabi tutulacağı açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra bağımsız denetime ilişkin Bağımsız Denetleme Yönetmeliği, 660 Sayılı KHK ve Bakanlar Kurulu kararları gibi ikincil mevzuatlarla da bağımsız denetim müessesesi düzenlenmiştir. Güncel olarak da, 14/02/2019 tarihli Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı'nda hangi şirketlerin ve hangi ölçülere göre bağımsız denetime tabi olacakları belirlenmiştir [(<https://www.resmigazete.gov.tr> (26.03.2020)).

⁸¹ **ERİŞ**, *Ek Tasfiye*, s. 17.

⁸² **AL KILIÇ**, *Tasfiyeden Dönme*, s. 387.

⁸³ **YILMAZ**, s. 158-159; **KADEROĞLU**, s. 284.

⁸⁴ Bu doğrultuda HMK 114 ve 115'inci maddeler uyarınca taraf ehliyeti bulunmaması sebebiyle davanın dava şartı yokluğundan hemen reddedilmemesi, mevcut dava şartı noksanlığının tamamlanması için HMK m. 115/2 hükmü gereği mahkemece kesin süre verilmesi gerekmektedir.

⁸⁵ **ERİŞ**, *Ek Tasfiye*, s. 17; **AKSOY**, s. 127.

ulaşılamayacağı baştan kesirse bu halde mahkemenin tescil talebini reddetmesi gerekir.⁸⁶ Tüm bu sayılan hallerde şirketin tüzel kişiliğe ve dolayısıyla dava ve taraf ehliyetine sahip olması gerektiğinden yeniden ek tasfiye yolu ile şirketin tüzel kişiliğe kavuşturulması mümkündür.

4. Ek Tasfiye Talebinde Bulunabilecek Kişiler

TTK m. 547 gereğince ek tasfiyede bulunabilecek kişiler son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri ve alacaklılardır. Bu kişiler sınırlı olarak sayılmıştır.⁸⁷ Ticaret sicil memurunun talepte bulunma yetkisi bulunmayıp ancak ilgilileri talepte bulunmaya zorlayabilir.⁸⁸

Ek tasfiye talebinde bulunacak kişilerin başında pay sahipleri gelmektedir. Bu ortakların, şirketin ticaret sicilinden silinmesi anında şirkette pay sahibi olmaları gerekmektedir.⁸⁹ Dolayısıyla şirket ticaret sicilinden silinmeden önceki dönemde payını devrederek şirketten ayrılan ortakların bu davayı açma hakkı bulunmamaktadır.⁹⁰ Ortakların bu davayı açabilmesi için belli bir oranda paya sahip olmaları ya da ortakların belli bir çoğunluğa sahip bulunmaları şartının aranmamaktadır. Ortakların başvuruda bulunabilmesi için pay sahipliğine ilişkin herhangi bir süre öngörülmediği gibi, bir genel kurul kararına da ihtiyaç yoktur.⁹¹

Diğer ek tasfiye talebinde bulunabilecek kişiler ise, yönetim kurulu üyeleri ve son tasfiye memurlarıdır. Ortaklar gibi yönetim kurulu ve tasfiye memurlarının da şirketin ticaret sicilinden silindiği tarihte bu sığata sahip olmaları gerekmektedir.⁹²

Alacaklılar da ek tasfiye talebinde bulunmaya yetkilidirler. Bunun için TTK m. 541 uyarınca alacaklarını bildirip bildirmemesinin herhangi bir önemi yoktur.⁹³ Nitekim tasfiye işlemleri hukuka uygun yürütülse dahi, tasfiye aşamasında varlığı anlaşılamayan ancak daha sonra ortaya çıkan alacaklıların ek tasfiyeye başvuramayacağını kabul etmek mümkün değildir.⁹⁴

5. Yetkili ve Görevli Mahkeme ile Husumetin Kime Yönelileceği Meselesi

Ek tasfiye için şirketin yeniden tescilini istemeye yönelik dava, TTK m. 547 uyarınca şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde

⁸⁶ PULAŞLI, s. 2509.

⁸⁷ TTK m. 547'nin gerekçesi; Aksi yönde AKSOY, s. 197.

⁸⁸ TTK m. 547'nin gerekçesi; Ayrıca bkz. ALTAŞ, Soner, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler*, 7. Baskı, Ankara, 2015, s. 927.

⁸⁹ YILMAZ, s. 160; ŞENER, s. 73.

⁹⁰ KARAMAN COŞGUN, s. 282.

⁹¹ ŞENER, s. 74.

⁹² YILMAZ, s. 159; KARAMAN COŞGUN, s. 281.

⁹³ ŞENER, s. 76.

⁹⁴ Ayrıca bkz. (3) no'lu başlık altında yaptığımız açıklamalar; Aksi yönde ŞENER, s. 76; KERVANKIRAN, s. 296-297.

açılacaktır.⁹⁵ Davanın yazılı yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.⁹⁶

Ek tasfiye davasında husumet konusunda madde metninde bir açıklık olmayıp, gerekçede sicil memurunun şirketi sicilden silme kararının iptalinin dava olunacağı söylendiğinden, doktrinde bir görüş tarafından husumetin ticaret sicil memurlarına ve dolayısıyla ticaret sicil müdürlüğüne yöneltilmesi gerektiğini savunulmaktadır.⁹⁷ Ancak bazı yazarlar, çift unsur teorisinden yola çıkarak hâlâ şirkete ait mal varlığı değerlerinin bulunması halinde şirketin sona erdiğinden bahsedilemeyeceğinden, husumetin henüz varlığını sürdüren şirkete yöneltilmesi ve şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulunun şirketi davada temsil etmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁹⁸ Ancak şirketin ticaret sicilinden terkinin ile sona ererek tüzel kişiliğini yitirdiği gözetildiğinde, bu halde şirketin sona ermediğinin kabulünün şirketin yeniden tescili amacıyla ek tasfiye yoluna gidilmesini anlamsız kılacağı, ek tasfiye davasında terkin edilmiş ve organları sona ermiş şirketin temsili gibi birçok sorunu da beraberinde getireceği açıktır. Bazı yazarlar ise, tasfiye memurlarının bu davada davalı olarak gösterilebileceklerini, bu durumda tasfiye memurlarının davacı olamayacağını, bu nedenle tasfiye dışı mallar bakımından kayyım tayin edilerek davanın kayyımına karşı açılacağı görüşünü savunmaktadırlar.⁹⁹

Yargıtay'ın bu yönde istikrar kazanmış uygulaması ise, husumetin şirketin haksız bir şekilde sicilden terkinini gerçekleştiren tasfiye memurlarına ve ticaret sicil müdürlüğüne yöneltilmesi gerektiği yönündedir.¹⁰⁰ Yargıtay, şirket TTK Geçici 7'nci madde uyarınca re'sen ticaret sicilinden terkin edilmişse, bu halde husumetin sadece terkin karar veren ticaret sicil müdürlüğüne yöneltilmesini

⁹⁵ TTK m. 548'in gerekçesi.

⁹⁶ **PULAŞLI**, s. 2496; **KARAMAN COŞGUN**, s. 277; **ŞENER**, s. 92-93; Aksi yönde Barış **DEMİRSATAN**, "Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi", İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016, [(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/291039> (29.03.2020))], s. 703; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.12.2018 tarih, 2017/2924, K. 2018/1935 sayılı ilamda ek tasfiye davasının çekişmesiz yargı işi olduğunu ve basit yargılama usulüne tabi olduğunu kabul etmiştir [(karararama.yargitay.gov.tr (01.05.2020))].

⁹⁷ **KERVANKIRAN**, s. 298.

⁹⁸ **ŞENER**, s. 89; **YILMAZ**, s. 162; **AKSOY**, s. 200; Hukuka aykırı tasfiye iddiasında esasen şirketin sona ermediğini, dolayısıyla husumetin şirket ve temsile yetkili organlara yöneltilmesi gerektiği yönünde **DEMİRSATAN**, s. 700.

⁹⁹ **ERİŞ**, *Şirketler*, s. 3552.

¹⁰⁰ Y. 11.H.D'nin 08.10.2019 tarih, E. 2019/3602, K. 2019/6319 sayılı ilamı, Y. 11. H.D'nin 22.10.2018 tarih, E. 2018/4386; K. 2018/6581 sayılı ilamı, Y. 11. H.D'nin 20.11.2019 tarih, E. 2019/4609, K. 2019/7376 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (20.03.2020); Ek tasfiye davasında her zaman tasfiye memurlarının kusurunun olmayacağını, özellikle tasfiye memurunun dava açmak istemesi halinde husumetin tasfiye memurlarına yöneltilmesinin kabulünün mümkün olmadığı, bu nedenle Yargıtay'ın bu yaklaşımına yönelik eleştiri için bkz. **KARAMAN COŞGUN**, s. 278-279 arasında yer alan açıklamalar.

gerekli ve yeterli görmektedir.¹⁰¹ Bununla birlikte Ticaret Sicil Müdürlüğü yasal hasım konumunda olduğundan mahkemece davanın kabulü ile ek tasfiyeye karar verilse dahi yargılama giderleri ile vekalet ücretinden sorumlu tutulmayacaktır.¹⁰² Tüzel kişiliği mevcut olmayan şirkete veya şirket ortaklarına husumet yöneltilecek davanın onlara karşı açılması mümkün değildir.¹⁰³

6. Ek Tasfiyede Süre Sorunu

TTK m. 547 düzenlemesi ve gerekçesindeki açıklamalara bakıldığında ek tasfiyeye başvurmak için bir süre öngörülmediği anlaşılmaktadır. Buna karşın TTK Geçici 7'nci maddede ise, ticaret sicilinden kaydı silinen şirket veya kooperatifin alacaklıları ile hukuki menfaatleri bulunanların, haklı sebeplere dayanarak, silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde mahkemeye başvurarak şirket veya kooperatifin ek tasfiyesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Geçici m. 7 uyarınca gayri faal şirketler olarak adlandırdığımız şirketlerde ek tasfiyeye başvurabilmek için hak düşürücü süre öngörülmüştür. Ancak TTK m. 547'de herhangi bir süre öngörülmemektedir. Doktrinde bazı yazarlar, ek tasfiye yoluna ancak bu yola başvurulmasının zorunlu olduğunun anlaşılması halinde başvurulabileceği mümkün olduğundan, bu başvurunun da anonim şirketin ticaret sicilinden silinmesinden hemen sonra yapılması gerektiğini savunmaktadırlar.¹⁰⁴ Bu durumda, özellikle talebin sebebi ek tasfiyenin süresini de belirleyeceği, nitekim yapılmayan tasfiye işlemlerinin yapılması, haksız dağıtılmış tasfiye paylarının iade edilmesi, bazı alacakların dikkate alınmaması gibi durumlarda işin niteliği gereği uzun zaman beklenmesine gerek olmadan hemen ek tasfiyeye başvurulması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁵ Buna karşılık haksız tasfiye payı dağıtımı, bazı alacakların dikkate alınmaması gibi durumlar tasfiyenin üzerinden uzun zaman geçtikten sonra fark edilmiş olabilir. Dolayısıyla terkinin üzerinden uzun zaman geçmiş olması tek başına ek tasfiyeye başvurabilmek için hukuki yarar olmadığı anlamına gelmemekte olup; bu gibi durumların daha sonra öğrenilmesi halinde ek tasfiyeye başvurmada hukuki yararın mevcudiyeti kabul edilmelidir.¹⁰⁶

¹⁰¹ Y. 11. HD'nin 04.10.2016 tarih, E. 2016/7653, K. 2016/7762 sayılı ilamı, <https://www.corpus.com.tr> (25.04.2018); aynı yönde Y. 11. HD'nin 30.04.2019 tarih, E. 2019/1479, K. 2019/3306 sayılı ilamı, Y. 11. HD'nin 03.12.2019 tarih, E. 2019/4694, K. 2019/7781 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (20.03.2020).

¹⁰² **KARAMAN COŞGUN**, s. 279; Y. 11. H.D'nin 08.10.2019 tarih, E. 2019/3602, K. 2019/6319 sayılı ilamı; Buna karşılık terkin işlemini Geçici m. 7'ye göre uygun yapmayan Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün ise yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz. Y. 11. HD'nin 09.09.2018 tarih, E. 2019/2884, K. 2019/5138 sayılı ilamı, Y. 11. HD'nin 11.12.2019 tarih, E. 2019/4755, K. 2019/8101 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (26.04.2020).

¹⁰³ Y. 11. H.D'nin 08.04.2019 tarih, E. 2018/498, K. 2019/2747 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (20.03.2020).

¹⁰⁴ Ünal **TEKİNALP**, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Basi, İstanbul, 2015, s. 207.

¹⁰⁵ **TEKİNALP**, s. 207; **KARAMAN COŞGUN**, s. 280.

¹⁰⁶ **ŞENER**, s. 78.

Bunun yanı sıra TTK m. 82, şirketin sona ermesi halinde defterlerin on yıl süreyle sulh hukuk mahkemesince saklanacağı hükmünü düzenlemektedir. Mevcut hüküm de dikkate alındığında, uzun süre geçtikten sonra ve özellikle defterleri saklama yükümünün ortadan kalktığı tarihten sonra, şirkete ait başkaca kayıt da mevcut değilse, tasfiye memurlarının alacaklıların hakları ve şirketin borçlarını belirlemesinin ve ek tasfiye işlemlerini sonuçlandırmasının zorlaşacağı da aşikârdır. Kanaatimizce, TTK m. 547 düzenlemesinde de, Geçici m. 7/15 hükmü gibi, kanun koyucunun ek tasfiyeye başvuru için de azami bir süre öngörmemiş olması bir eksiklik olmakla birlikte, burada en azından defterlerin saklanacağı on yıllık süre ya da Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel zamanaşımı süresi kadar azami bir sürenin öngörülmesi gerekmektedir. Mahkemece, özellikle uzun yıllar geçtikten sonra ek tasfiyeye başvurulmasının, her ne kadar kanunda buna ilişkin azami bir süre öngörülmemiş olsa da, dava açarken hukuki yararın mevcut olmasının gerekliliği, ek tasfiyeye başvururken talebin inandırıcılığı ve yaklaşık ispat kapsamında değerlendirilerek gerektiğinde davanın reddedilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

7. Talebin İncelenmesi ve Karar

Ek tasfiye isteminde bulunabilmek için korunmaya değer menfaatin inandırıcı bir şekilde ortaya konulması gerekmekte olup, bu konuda ispat şartı aranmamaktadır.¹⁰⁷ Ek tasfiye istemi ile şirketin yeniden tesciline yönelik talep karşısında mahkeme delilleri inandırıcı bulmazsa talebi reddeder. Bu karara karşı kanun yoluna gidilebilecektir. Her ne kadar madde gerekçesinde temyiz yolundan bahsedilmiş olsa da buradaki yasa yolunu istinaf olarak anlamak gerekir. Mahkeme delilleri inandırıcı bulursa talebi kabul edecektir. Mahkemece sicilden terkin işlemin hatalı olması nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi nedeniyle burada ek tasfiye kararı bildirici niteliktedir.¹⁰⁸ Zira gerçekte tasfiye, eksik kalan tasfiye işlemleri nedeniyle sona ermemiştir. Ancak bu aşamada şirket, yine sona ermiş ve tasfiye sürecinde bir şirket durumundadır.

Anonim şirketin ek tasfiye sürecine girmesiyle birlikte Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 89/1 uyarınca ek tasfiyeye ilişkin mahkeme kararı, şirketin ek tasfiye halinde olduğu; ticaret unvanına “*tasfiye halinde*” ibaresi eklenerek yeniden tescil edilmiş bulunduğu, görevlendirilen yeni tasfiye memurları, ek tasfiyenin yürütüleceği adres gibi hususlar sicile tescil edilir. Tasfiye memurlarının ticaret siciline tescil ve ilan edilmeleri zorunludur.¹⁰⁹ Şirketin ticaret siciline tescili ile birlikte şirket yeniden tüzel kişilik kazanır ve organlar kendiliğinden çalışmaya başlar ve bu durumun ayrıca tesciline gerek yoktur (TSY m. 89/2).

¹⁰⁷ TTK m. 547'nin gerekçesi.

¹⁰⁸ TTK m. 547'nin gerekçesi; Ayrıca bkz. **KARAMAN COŞGUN**, s. 284.

¹⁰⁹ **KENDİGELEN**, s. 449.

Ek tasfiye için yeniden tasfiye memuru atanması gerekmektedir. Mahkeme ek tasfiye davasında tasfiye memuru atanmasına yönelik ayrıca bir talep olmasa bile daha önceki veya yeni kişileri tasfiye memuru ataması gerekmektedir.¹¹⁰ Mahkeme tarafından atanan tasfiye memurunun görevi kabul yükümlülüğü söz konusu olmayıp, mahkemenin tasfiye memuru olarak görevlendirmeyi düşündüğü kişinin de muvafakatini alması gerekmektedir.¹¹¹ Doktrinde bazı yazarlar tarafından, her ne kadar anonim şirket tescil edilince tasfiye memurlarının kendiliğinden görevine döneceği, mahkemenin de resen tasfiye memuru atayabileceği görüşü savunulmuş olsa da¹¹², TTK'nın 547'nci madde düzenlemesi ile birlikte düzenlemesinde açıkça tasfiye memurunun mahkemece atanması gerektiği vurgulanmaktadır. Mahkeme önceki tasfiye memurlarını atamak istese dahi durum böyledir. Nitekim şirketin ticaret sicilinden silinmesiyle birlikte önceki tasfiye memurlarının görevleri sona ereceğinden ek tasfiye kararı ile birlikte yeniden tasfiye memuru atanması gerekir.¹¹³ Atanan tasfiye memurlarının da ticaret siciline yine atanan tasfiye memurlarınca tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir.¹¹⁴ Ayrıca ek tasfiye işlemlerini yapmak üzere mahkemece atanan tasfiye memurlarının genel kurul kararıyla azledilmeleri mümkün olmayıp, ancak haklı sebeplerin varlığı halinde görevden alınabilirler.¹¹⁵

Burada değinmemiz gereken diğer bir husus da, ek tasfiye için görevlendirilen tasfiye memurlarına ödenecek ücret konusudur. TTK'nın 536'ncı maddesi normal tasfiye usulünde ana sözleşmede veya atama kararında aksine hüküm bulunmadıkça tasfiye memurlarının olağan ücrete hak kazanacaklarını düzenlemiştir. Mahkemenin ek tasfiyeye karar vermesi halinde de kural olarak, önceki tasfiye memuru olsa dahi, atanan tasfiye memurları için toptan ya da aylık şeklinde ücret ödenmesi yönünde bir karar kurması ve bu ücretin tasfiyeye başvuranların yatırmaları gereken masraf avansından ödenmesi gerekmektedir.¹¹⁶ Nitekim ek tasfiye gereği yapılması gereken kesin bilançonun hazırlanıp genel kurul onayına sunulması, kapanış bildirimini ve tescil gibi külfet gerektiren iş ve işlemlerin kendisine ücret takdir edilmeyen tasfiye memurunun

¹¹⁰ AKSOY, s. 211.

¹¹¹ YILMAZ, s. 164; AKSOY, s. 213.

¹¹² Bu yöndeki görüş için bkz. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 377.

¹¹³ TTK m. 547'nin gerekçesi.

¹¹⁴ TTK m. 547'nin gerekçesi; Tescil konusunda tasfiye memurlarına münhasır yetki verildiği konusunda AKSOY, s. 233; Buna karşılık tescili ek tasfiye isteminde bulunan kişinin de isteyebileceği konusunda KARAMAN COŞGUN, s. 286.

¹¹⁵ YILMAZ, s. 165.

¹¹⁶ YILMAZ, s. 166; ŞENER, s. 146; Bununla birlikte şirket aktiflerinin bulunduğu iddiasıyla ek tasfiye isteminde ek tasfiye giderlerinin şirket üzerinde kalacağı, ek tasfiyeye başvurulmasını gerektiren diğer hallerde ise şirketin masrafları karşılayacak mal varlığı mevcut olmadığından masrafların ek tasfiye isteminde bulunan davacı üzerinde kalacağı konusunda bkz. AKSOY, s. 155.

bu görevi kabul etmemesi ihtimalinin de varlığı dikkate alındığında, ek tasfiye memuru için de mahkemece ücret takdir edilmesi gerekir.¹¹⁷

Yapılan yargılama sonunda mahkemece şirketin sicil kaydından silinmesine kimin sebep olduğu hususu tartışılmayacağından yargılama giderlerinin de daha sonra kusuru bulunan kişiye rücu edilmek üzere davacı üzerinde bırakılması gerekir.¹¹⁸

D. Ek Tasfiye Aşamasında Tasfiyeden Dönülüp Dönülemeyeceği Meselesi

Tasfiyeden dönme, tıpkı ek tasfiye kurumu gibi 6762 sayılı eTTK döneminde yasal düzenlemesi bulunmayan, ancak doktrin ve yargı içtihatları ile benimsenen bir kurumdu.¹¹⁹ Tasfiyeden dönme, tasfiye haline giren bir şirkette genel kurulun alacağı bir kararla, şirketi tasfiye amacı güden bir şirket olmaktan çıkarılıp, tekrar kâr elde etme amacı güden ve varlığını devam ettiren bir şirket haline dönüştürülmesidir.¹²⁰ TTK m. 548 hükmü uyarınca, şirket süresinin sona ermesi veya genel kurul kararıyla sona ermesi hallerinde henüz mal varlığının dağıtımına başlanmadıkça alınan genel kurul kararıyla tasfiyeden dönülebilmesi mümkündür.¹²¹ Doktrinde, tasfiyeden dönmenin sadece bu iki durumla sınırlı olarak öngörülmesi eleştirilmekle beraber, özellikle işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi ile esas sözleşmede gösterilen sebeplerle sona erme hallerinde de tasfiyeden dönmenin gerekli olduğu savunulmaktadır.¹²²

Ek tasfiye yeni bir tasfiye olmayıp, önceki tasfiyeyi tamamlayan bir tasfiye ve geçici bir tedbirdir. Ek tasfiyeye de ancak bunu gerektiren işlemlerle sınırlı olarak başvurulabileceğinden, bu işlemler tamamlandıktan sonra şirketin

¹¹⁷ KARAMAN COŞGUN, s. 286.

¹¹⁸ KARAMAN COŞGUN, s. 279.

¹¹⁹ TTK m. 548'in gerekçesi.

¹²⁰ TTK m. 548'in gerekçesi.

¹²¹ Tasfiyeden Dönme; Madde 548; “Şirket sürenin dolmasıyla veya genel kurul kararıyla sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket mal varlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Devam kararının sermayenin en az yüzde altmışının oyu ile alınması gerekir. Esas sözleşme ile bu nisap ağırlaştırılabilir ve başkaca önlemler öngörülebilir. Tasfiyeden dönülmesine ilişkin genel kurul kararını tasfiye memuru tescil ve ilan ettirir. Şirket, iflasın açılmasıyla sona ermiş olmasına rağmen iflas kaldırılmışsa veya iflas, konkordatonun uygulanmasıyla sona ermişse şirket devam eder. Tasfiye memuru iflasın kaldırıldığına ilişkin kararı ticaret siciline tescil ettirir. Tescil istemine, pay bedellerinin ve tasfiye paylarının pay sahipleri arasında dağıtılmasına başlanmadığına ilişkin belge de eklenir.”

¹²² Arslan KAYA, “Anonim Şirketin Tasfiyesi”, [(http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=as-tasfiye.pdf, (29.03.2020)], s. 3, KERVANKIRAN, s. 312; Aksi yönde bkz. Murat KADEROĞLU, “Anonim Şirketin İnfisahı”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2016, tez.yok.gov.tr (29.03.2020), s. 287; Mehmet Emin BİLGE, “Anonim Şirketin Sona Ermesi Ve Tasfiyesi”, EÜHFED, C. XVI, S. 3–4 (2012), [(https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2012-XVI-2.8.pdf, (29.03.2020)], s. 292.

yeniden sicilden terkin gerekecektir. Dolayısıyla ek tasfiye aşamasında alınacak bir genel kurul kararı ile tasfiyeden dönülerek şirketin yeniden iktisadi faaliyetlerine devam edebileceğinin kabulü mümkün değildir.¹²³

E. Ek Tasfiye Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler

Ek tasfiye halinde şirketin ve ek tasfiye memurlarının yeniden ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Gerekçede de ifade edildiği üzere, ek tasfiye kararının tescili bildirici olup, atanan tasfiye memurlarının ticaret siciline tescil ve ilânı gerekmektedir. Tescil, yeniden atanan tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilir.¹²⁴ Tescille birlikte TTK m. 35/3 ve 4'üncü fıkraları uyarınca bu hususların Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde de ilanı gerekmektedir.¹²⁵

Ek tasfiyeye karar verilmesiyle şirketin yeniden tescili üzerine şirket, tüzel kişiliğini yeniden kazanır ve organlar tasfiye amacıyla sınırlı olarak yeniden çalışmaya başlar.¹²⁶

Ek tasfiye tamamlandıktan sonra yeni bir kapanış bildirim, tescil ve defterlerin korunması işlemlerine ihtiyaç vardır.¹²⁷ Nitekim ek tasfiye ek bir prosedür ve geçici bir tedbir niteliği taşıdığından tasfiye aşaması yeniden başlamayacak, ek tasfiyenin amacı ile sınırlı olarak bazı tasfiye iş ve işlemleri yürütülecektir.¹²⁸ Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, ek tasfiye halinde yeniden alacaklılara çağrı yapılmasına ve ilk envanter ve bloke süresinin geçmesinin beklenmesine gerek yoktur.

Ek tasfiye işlemlerinin ek tasfiyeye başvurulmasının gerektiği iş ve işlemlerle sınırlı olarak yapılması gerekir.¹²⁹ Nitekim TTK m. 547/1'in metnindeki "*ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, ek tasfiye, bu yola başvurulmasını gerektiren iş ve işlemlerin yerine getirilmesi için tanınan geçici bir tedbirdir. Doktrinde, ek tasfiye davasında ileri sürülmeyen ancak mahkemece davanın kabulüne karar verildikten sonra eksik ya da hatalı yapıldığı anlaşılan başkaca işlemlerin ortaya çıkması halinde tasfiye memurlarının kendilerinden yapılması istenen işlemler dışında bazı işlemler yapmak durumunda kalabileceklerini, bu halde bu işlemlerin de yapılmasının

¹²³ Aynı doğrultuda **ALKILIÇ**, s. 395-400 arasındaki açıklamalar; **KARAMAN COŞGUN**, s. 287; **AKSOY**, s. 182.

¹²⁴ TTK m. 547'nin gerekçesi.

¹²⁵ **ŞENER**, s. 149.

¹²⁶ TTK m. 547'nin gerekçesi; Buna karşılık ek tasfiyeye karar verilmesiyle birlikte tasfiye memurları işlemleri yürüteceğinden TTK m. 535 gereği yönetim kurulu yetkilerinin de tasfiye memurlarına geçtiğinin kabulü gerektiği konusunda görüş için bkz. **AKSOY**, s. 175.

¹²⁷ TTK m. 547'nin gerekçesi.

¹²⁸ **AKSOY**, s. 183.

¹²⁹ **PULAŞLI**, s. 2511; Y. 11. H.D'nin 25.10.2016 tarih, E. 2016/11344, K. 2016/8411 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (20.03.2020).

mümkün olması gerektiğini savunanlar mevcuttur.¹³⁰ Ancak TTK'nın 547'nci madde düzenlemesi ve kurumun geçici ve istisnai bir tedbir olması nedeniyle her durumda tasfiye memurlarının yetkisinin ek tasfiyeyi gerektiren işlemlerle sınırlı olması gerektiği, başkaca işlemlerin ortaya çıkması halinde en azından mahkemenin bu konuda bilgilendirilmesi, tek başına ek tasfiyeyi gerektiren işlemler dışında işlem yapamayacağı kanaatindeyiz.¹³¹

Ek tasfiye işlemleri tamamlandığında ek tasfiyeyi gerçekleştiren tasfiye memurlarınca ticaret sicil müdürlüğünden yeniden şirketin sicilden silinmesi yönünde bir talepte bulunması gerekmektedir.¹³² Ek tasfiye prosedürü emredici nitelik taşımakta olup, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile farklı düzenleme öngörülmesi mümkün değildir.¹³³

III. GEÇİCİ MADDE 7 UYARINCA EK TASFİYE

TTK'nın Geçici 7'nci maddesinde gayri faal şirketler olarak anılan, müfeseh olan veya böyle kabul edilen yahut tasfiyesine başlanmış olmasına rağmen tasfiyesi tamamlanmamış olan anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin özel tasfiye hükümlerine yer verilmiştir.¹³⁴ Bu düzenleme ile herhangi bir sebeple sona erdiği halde faaliyetlerine devam etmeyen veya uzun yıllardır genel kurul toplantılarını yapmayan, herhangi bir sebeple organsız olup hakkında fesih davası da açılmayan; uzun yıllardır tasfiye halinde olan şirketlerin, yani gayri faal şirketlerin kolaylaştırılmış şekilde sona erdirilmesi ve ticaret sicilinden silinmesi amaçlanmıştır.¹³⁵ Esasen bu hüküm, fiilen sona

¹³⁰ ŞENER, s. 153; KARAMAN COŞGUN, s. 287.

¹³¹ Aynı yönde PULAŞLI, s. 2511; Tasfiye memurunun kararda belirtilen işlemler için atandığı durumlarda dahi tasfiyenin gerektirdiği her türlü işlemin tasfiye memurlarının yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve daha fazla önlem alınmasının gerekmesi hallerinde de sürekli mahkemeye başvurulmasının tasfiyeyi geciktirebileceği konusunda aksi görüş için bkz. AKSOY, s. 172-173.

¹³² KERVANKIRAN, s. 309.

¹³³ TTK m. 577'nin gerekçesi.

¹³⁴ TEKİNALP, s. 209.

¹³⁵ TEKİNALP, s. 209; Geçici m.7'ye göre, tasfiye usulü şu şirketlerde uygulanır:

"a) 24/6/1995 tarihli ve 559 sayılı Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname gereğince, sermayelerini anılan Kanun Hükmünde Kararname ile öngörülen tutarlara çıkarmamış anonim şirketler ile limited şirketler.

b) Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce veya 1/7/2015 tarihine kadar müfeseh olan anonim ve limited şirketler.

c) Kooperatifler Kanunu hükümlerine göre herhangi bir nedenle dağılmış olan kooperatifler.

d) Sebebi ne olursa olsun aralıksız son beş yıla ait olağan genel kurul toplantıları yapılmayan anonim şirketler ile kooperatifler.

e) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tasfiye işlemlerine başlanılmış ancak genel kurulun toplanamaması nedeniyle ara bilançoları veya son ve kati bilançosu genel kurula tevdi edilemediği için ticaret sicilinden terkin işlemi yapılmayan şirket ve kooperatifler."

ermiş, ancak şeklen devam eden şirketlerin ortadan kaldırılması için getirilmiş bir düzenlemedir.¹³⁶ Şirketlerin gayri faal bir biçimde varlıklarını sürdürmesinin temelinde, tasfiye sürecinin uzun ve formalitelerle dolu oluşu, sicil harçları; ilan gibi maliyet gerektiren bir takım yükümlülükler olabilmektedir.¹³⁷

TTK Geçici m. 7'ye göre gerçekleştiren tasfiye için bazı yazarlar “*olağanüstü tasfiye*” terimini kullanmakla olup¹³⁸ bunun sebebi, bu hallerde tasfiye usulünün kolaylaştırılmış şekilde gerçekleştirilmesi, bazı hallerde tasfiye yapılmadan, hatta bazı durumlarda tasfiye memuru atamaya gerek olmaksızın şirketin ticaret sicilinden silinmesi ve şayet varsa mal varlığının Hazineye devrinin söz konusu olmasıdır.¹³⁹

İlgili hüküm, “1/7/2015 tarihine kadar aşağıdaki hâlleri tespit edilen ya da bildirilen anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin tasfiyeleri ve ticaret sicilinden kayıtlarının silinmesi, ilgili kanunlardaki tasfiye usulüne uyulmaksızın bu madde uyarınca yapılır.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Bu şirketler ticaret sicil müdürlüğünün resen yapacağı inceleme üzerine belirlenebileceği gibi, herhangi bir kişi veya kurumun ihbarı üzerine ticaret sicil müdürlüğünce yapılacak inceleme ile de belirlenebilir.¹⁴⁰

TTK Geçici 7'nci madde kapsamına giren anonim şirketler, nispeten kolaylaştırılmış tasfiye usulüne göre tasfiye olunacak ve tasfiye işlemlerinde aynı maddedeki usuller gözetilecektir.

Konumuzun kapsamı bakımından esas düzenleme ise Geçici 7'nci maddenin 15'inci fıkrasının son cümlesinde yer almaktadır. Hükümde sayılan şirketlerde, ek tasfiyeyi gerektiren bir durum söz konusu olursa, ek tasfiyenin TTK'nın 547'nci maddesi hükmüne göre değil, Geçici 7'nci madde hükmüne göre yapılması yoluna gidilecektir.

Ek tasfiyeye ilişkin Geçici m. 7/15, c. son hükmü şu şekildedir: “Ticaret sicilinden kaydı silinen şirket veya kooperatifin alacaklıları ile hukuki menfaatleri bulunanlar haklı sebeplere dayanarak silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde mahkemeye başvurarak şirket veya kooperatifin ihyasını isteyebilir.”

Mevcut hüküm TTK'nın 547'nci madde düzenlemesi ile kıyaslandığında bir takım farklılıklar göze çarpacaktır. Şöyle ki, ilk olarak Geçici m. 7/15, c. son metninde ek tasfiye kavramı açıkça yer almayıp, “*ihya*” kelimesi tercih edilmiştir. Ancak burada kanunda yeknesaklığı sağlamak açısından ek tasfiye kavramının kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

¹³⁶ ŞENER, s. 235.

¹³⁷ ALTAŞ, s. 939.

¹³⁸ Olağanüstü tasfiye terimini için TEKİNALP, s. 209.

¹³⁹ TEKİNALP, s. 209.

¹⁴⁰ TEKİNALP, s. 210.

Diğer bir farklılık da, Geçici 7'nci madde hükmüne göre ek tasfiye yoluna başvurulacak kişilerin sınırlı olarak sayılmaması, "*hukuki menfaati bulunanlar*" şeklinde geniş bir kavrama yer verilmesidir. Ancak burada da TTK m. 547'de olduğu gibi tasfiye memurları, alacaklılar, yönetim kurulu ve pay sahipleri ile sınırlı olarak bu yola başvurulması gerekir.¹⁴¹

Yine mahkeme konusunda bir açıklık olmasa da, buradaki mahkemenin şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olması gerekir. Yine ek tasfiyeye başvurma sebebi olarak haklı sebepler kavramına yer verilmekte olup, nelerin haklı sebep sayılacağı hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Buradaki haklı sebepler kavramından da ek tasfiyeye başvurulmasını zorunlu kılan sebeplerin anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁴²

Diğer bir farklılık da, ek tasfiyenin sınırlı bir süre için, yani şirketin ticaret sicilinden silinmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde istenebileceğidir.¹⁴³

TTK Geçici 7'nci maddeye göre, ticaret sicilinden resen terkin edilen şirketlerin tasfiyesi de yine Geçici 7'nci madde uyarınca yapılacaktır. Ancak Geçici 7'nci maddede düzenlenmeyen ek tasfiyeye ilişkin konularda 547'nci madde düzenlemesinin uygulanması gerekmektedir. Nitekim Geçici 7'nci maddede, ek tasfiye işlemleri için yeni bir veya bir kaç kişinin tasfiye memuru olarak atanması düzenlemesine ve aynı zamanda ek tasfiye işlemleri tamamlandıktan sonra yeni bir kapanış bildirim ve defterlerin kapanması işlemlerine açıkça yer verilmese de bu işlemlerin de Geçici 7'nci maddedeki ek tasfiye usulünde de uygulanması gerekmektedir. Şayet Geçici 7'nci madde uyarınca bir tasfiye memuru atanmaması durumunda bu işlemlerin yapılamayacağı da açık olup, şirket tasfiye aşamasına geri dönmüş olduğundan tasfiye işlemleri için tasfiye memuru tayini gerekecektir. Tasfiye memurları TTK m. 536 uyarınca esas sözleşme ile atanmamışsa, sicilden terkin edilmiş gayri faal şirketlerin tasfiye memuru atanmasına yönelik genel kurul kararı almasının olanaksızlığı, kanunen tasfiye memuru olarak varsayılan yönetim kurulu üyelerine çoğunlukla yargılama sırasında ulaşılamaması, bu gibi durumların geçici bir tedbir olan ek tasfiye sürecinin uzamasına ve tasfiyenin kapatılması gibi işlemlerin kim tarafından yapılacağı konusunda belirsizliğe yol açacağı ve bu durumda yeniden tasfiye memuru tayini için mahkemeye başvurulmasının söz konusu olması gibi sakıncalar ile usul ekonomisi ilkesi gözetilerek Geçici 7'nci madde uyarınca tasfiye halinde de tasfiye memuru tayini gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay 11. HD'nin 23.01.2017 tarih, E. 2017/17, K. 2017/438 sayılı ilamında, ilk derece mahkemesince, TTK Geçici 7/15'inci maddesi kapsamında açılan ihya davasına ilişkin resen terkin edilen şirketin ihyasına karar verilmeyle yetinilmiş, Yargıtay'ca ek tasfiye işlemlerinin

¹⁴¹ ŞENER, s. 244.

¹⁴² ŞENER, s. 244.

¹⁴³ Ayrıca bkz. "*Ek Tasfiyede Süre Sorunu*" başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

yapılması için son tasfiye memurlarının yahut yeni bir veya bir kaç kişinin tasfiye memuru atanması ve bu hususun tescil ve ilanına karar verilmesi gerekirken sadece ihyasına karar verilmesiyle yetinilmesi doğru görülmemiştir.¹⁴⁴

SONUÇ

Ek tasfiye, tasfiye işlemleri sona erip de şirket ticaret sicilinden silindikten ve tasfiye kapandıktan sonra bazı işlemlerin yanlış veya eksik yapıldığının anlaşılması halinde ve bu yola başvurmanın zorunlu olduğu hallerde başvuru, şirketin ticaret siciline yeniden tescilini sağlayarak söz konusu tasfiye işlemlerinin yapılmasını sağlayan geçici bir tedbirdir. Ek tasfiye ile şirketin yeniden ticaret siciline tescili sağlanarak şirket tasfiye aşamasına geri döndürülmektedir.

Ek tasfiyede mutlaka dava açılması gerekip, husumetin şirketi terkin eden ticaret sicil müdürlüğüne ve son tasfiye memurlarına yöneltilmesi gerekmektedir. Şirketin yeniden sicile tescili isteminin inandırıcı olduğuna kanaat getirdiği takdirde, mahkeme, şirketin yeniden tesciline karar verir ve bu işlemleri yapmaları için son tasfiye memurlarını veya yeni kişileri tasfiye memuru olarak atar ve bu durumu tescil ve ilan ettirir. Şirket ek tasfiyeyi gerektiren işlemlerle sınırlı olarak ve yine tescille organ sıfatını tekrar kazanmış olan organlar tasfiye amacıyla sınırlı olarak faaliyet göstereceklerdir. Ek tasfiye işlemleri sona erdirildiğinde, tasfiye memurları tarafından şirketin sicilden silinmesi talep edilmelidir.

Bununla birlikte şirketin iflasi nedeniyle sona ermesi halinde başkaca mal varlığı ortaya çıkmışsa, alacaklıların şirkete başvurması imkânı İİK m. 255'te özel olarak düzenlenmiş olduğundan bu halde ek tasfiyeye gidilmesi mümkün değildir. TMSF'ye devredilen ve tasfiyesi yapılan şirketler açısından Bankacılık Kanunu'nda öngörülen özel düzenleme gereği; şirketin tasfiyesiz sona ermesi halinde ise tasfiye aşaması söz konusu olmadığından ek tasfiyeye gidilmesi mümkün değildir.

Ek tasfiyeye başvurunun, ek tasfiyeye başvuruyu gerektiren sebebe göre en azından defterleri saklama yükümlülüğü süresi kadar azami bir süre ile sınırlandırılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra TTK Geçici m. 7/15 düzenlemesi de resen terkin edilen şirketlerin ek tasfiyesini düzenlemekte olup, bu düzenlemede yer almayan hususlarda 547'nci maddedeki ek tasfiyeye ilişkin düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir.

¹⁴⁴ Aynı doğrultuda, Y. 11. HD.'nin 09.09.2018 tarih, E. 2019/2884, K. 2019/5138 sayılı ilamı, Y. 11. HD.'nin 11.09.2018 tarih, E. 2018/3035, K. 2018/5176 sayılı ilamı; Geçici m. 7/15 uyarınca tasfiye halinde tasfiye memurunun atanmasına gerek olmadığı yönündeki kararlar için Y. 11. HD.'nin 02.04.2018 tarih, E. 2016/9761, K. 2018/2322 sayılı ilamı; Y. 11. HD.'nin 25.01.2017 tarih, E. 2016/14991, K. 2017/481 sayılı ilamı, Y. 11. HD.'nin 04.01.2017 tarih, E. 2016/10731, K. 2016/19622 sayılı ilamı, karararama.yargitay.gov.tr (11.01.2020).

KAYNAKÇA

- **AKSOY**, Mehmet Ali, *Sermaye Şirketlerinde ve Kooperatiflerde Ek Tasfiye*, 1. Baskı, Ankara, 2019.
- **AL KILIÇ**, Şengül, *Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme*, 1. Baskı, Ankara, 2017.
- **AL KILIÇ**, Şengül, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Tasfiye Payı Alma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, S. 4, 2019; s. 47-97, earsiv.erzincan.edu.tr (E.T 25.01.2020).
- **ALTAŞ**, Soner, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler*, 7. Baskı, Ankara, 2015.
- **ARSLANLI**, Halil, *Anonim Şirketler*, İstanbul, 1960.
- **AYHAN**, Rıza, **ÇAĞLAR**, Hayrettin, **ÖZDAMAR**, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- **BİLGE**, Mehmet Emin, “Anonim Şirketin Sona Ermesi Ve Tasfiyesi”, EÜHFD, C. XVI, S. 3–4 (2012), s. 261-294, [(https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2012-XVI-2-8.pdf, (29.03.2020))].
- **BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Bursa, 2018.
- **BAHTİYAR**, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul, 2016.
- **DEMİRSATAN**, Barış, “Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi”, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 685-708 [(https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/291039 (29.03.2020))].
- **DİNÇ**, Serhan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketin Tasfiyesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 120, Ağustos 2016, s. 27-37, jurix.com.tr (30.04.2020).
- **ERDEM**, Nuri, *Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, İstanbul, 2012.
- **ERİŞ**, Gönen, *Ticari İşletme ve Şirketler*, 3. Cilt, Ankara, 2013.
- **ERİŞ**, Münir Hakan, “Ek Tasfiye”, https://www.eris.av.tr/makaledetay/16/Anonim-Ortaklıklarda-(sirketlerde)-Ek-Tasfiye, ET. 04.04.2018.
- **İMREGÜN**, Oğuz, *Anonim Ortaklıklar*, 3. Baskı, İstanbul, 1974.
- **KADEROĞLU**, Murat, “Anonim Şirketin İnfisalı”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2016, tez.yok.gov.tr (29.03.2020).
- **KALE**, Serdar, “İflas Kapandıktan Sonra Borçluya Ait Yeni Mal Bulunması (İİK m. 255)”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1), Bahar 2015; s. 133-142, en.medipol.edu.tr (E.T 28.03.2020).

- **KARAMAN COŞGUN**, Özlem, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Ankara, 2015.
- **KAYA**, Arslan, “*Anonim Şirketin Tasfiyesi*”, [(<http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=as-tasfiye.pdf>, (29.03.2020)].
- **KAYIHAN**, Şaban, *Şirketler Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- **KENDİGELEN**, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, 2016.
- **KERVANKIRAN**, Emrullah, *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, Ankara, 2015.
- **PULAŞLI**, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. III, 3. Baskı, Ankara, 2018.
- **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, *Ortaklıklar Hukuku*, C. II, 13. Bası, İstanbul, 2019.
- **ŞENER**, Oruç Hami, *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Ankara, 2015.
- **TEKİNALP**, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 2015.
- **UÇAR**, Salter, *Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri, Dağılma Sebepleri*, İstanbul, 1996.
- **YASAMAN**, Hamdi, *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, Ankara, 1987.
- **YILMAZ**, Asuman, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXXII, Sayı 2, Haziran 2016, s. 149-173, jurix.com.tr (26.04.2020).

TERÖR ÖRGÜTÜ ÜYELİĞİ SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Active Repentance in Terrorist Organization Membership

Hasan Burak ÖNDİN*

Geliş Tarihi:02.03.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'nin 7. maddesine göre terör örgütü üyeleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nin 314. maddesi uyarınca cezalandırılır. Ancak etkin pişmanlık göstererek örgüte ilişkin bilgiler veren terör örgütü üyesi hakkında TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanacak ve terör örgütü üyeliği suçundan dolayı ceza verilmeyecek ya da cezada belirli oranda indirim yapılacaktır. Bu maddeye göre cezasızlık hali için terör örgütü üyesinin örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi (221/2), örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, yakalanması halinde pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını ya da mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi (221/3) ya da gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi (221/4) gerekmektedir. Kişinin TCK'nın 221/4. maddesinde belirtilen bilgiyi yakalandıktan sonra vermesi halinde terör örgütü üyeliği suçundan verilecek cezada indirim yapılacaktır. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için terör örgütü üyesi samimi bir şekilde örgüte dair yararlı bilgiler vermelidir. Bu çalışmada öncelikle suç örgütü, terör, terör örgütü ve terör örgütü üyeliği suçuna ilişkin kavramlar ile açıklamalara yer verilmiş, sonrasında ise terör örgütü üyeliği suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin ne şekilde uygulanacağı anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Terör, Terör örgütü, Terör suçları, Terör örgütü üyeliği, Etkin pişmanlık.

ABSTRACT

According to article 7 of anti-terror law (TMK), members of the terrorist organization shall be punished under Article 314 of the Turkish Penal Code. However, active repentance provisions set out in Article 221 of the Turkish Penal Code shall be applied to a terrorist organization member who gives information about the terrorist organization by showing active repentance and shall not be punished for crime of membership of terrorist organization or penalty discount. Account to this article, for impunity, member of terrorist organization without commit within the framework of terrorist organization's activities, voluntarily must report to the relevant authorities (221/2), member of terrorist organization without commit within the framework of terrorist organization's activities, if who arrested, in framework of active repentance, must information to relevant authorities that is suitable to dissolution of terrorist organization or arrest of members of the organization (221/3) or if who voluntarily give in, must information to relevant authorities about structure of terrorist organization and committed crimes within the framework of the organization's activities (221/4). If who give to information about that mentioned in this article after who captured, only discount penalty for related person. for active repentance, membership of terror organizations must give to useful information about terrorist organizations sincerely. In this article, firstly the concepts and explanations about criminal organization, terror, terrorist organization and membership of terrorist organization are given, how to apply active repentance provisions in the crime of membership of terrorist organization are told.

Keywords: Terror, Terrorist Organization, Terror Crimes, Membership of Terrorist Organization, Active Repentance

* Hâkim, Adalet Bakanlığı, e-posta:burak_523406@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0001-1960.

GİRİŞ

Terör, azınlık bir grubun iradesini cebir ve şiddet yoluyla halka kabul ettirmesidir. Terör, devlet otoritesini zaafa uğratarak mevcut düzeni değiştirmeyi ve kendi idealleri doğrultusunda yeni bir düzen kurmayı amaçlar. Bu anlamda terör örgütleri klasik suç örgütlerinden farklı olarak siyasi hedefleri olan organizasyonlardır. Terör örgütleri hedeflerine ulaşmak için, silahlı ve bombalı saldırı, ayaklanma ve hükümet darbesi gibi gayrimeşru ve yasa dışı şiddet eylemlerini yöntem olarak kullanmaktadır.

Terör küresel ölçekte topluları tehdit eden en önemli tehlikelerden biridir. Dünya üzerindeki tüm topluluklar terör eylemlerinden az ya da çok olumsuz etkilenirler. Ancak bazı ülkeler özel şartları gereği terör saldırılarına daha fazla maruz kalırlar. Bu ülkelerden biri de Türkiye'dir. Ülkemiz binlerce yıllık geçmişiyle, birçok medeniyete ev sahipliği yapmış Anadolu coğrafyasında bulunmasının yanı sıra jeopolitik ve stratejik konumu gereği onlarca yıldır terör tehdidi altındadır. Süreç içerisinde sağ ve sol ideolojiye sahip birçok terör örgütü ülkemizde terör eylemlerinde bulunmuştur. Bunlardan bir kısmı halen varlığını sürdürmektedir.

Kanun koyucu yetkili makamların terörle etkin mücadele edebilmesini sağlayabilmek için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'nda birtakım düzenlemeler yapmıştır. Söz konusu Kanunlarda terör suçlarının neler olduğu belirtilmiş ve bu suçları işleyenler hakkında uygulanacak hükümlere yer verilmiştir.

Terör örgütü üyeliği suçu, TMK'nın 3. maddesinde sayılan terör suçlarından biridir. Terör örgütüne mensup olan kişiler aynı Kanun'un 7. maddesine göre TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca cezalandırılacaklardır. Kanun koyucu örgütten pişman olarak ayrılıp örgüte ilişkin bilgi verenler hakkında TCK'nın 221. maddesinde etkin pişmanlık halini düzenlemiştir.

Etkin pişmanlık hükümleri ile terör örgütlerinin çözülmesini sağlayabilmek, insan kaynağını kurutabilmek ve pişman olan terör suçlularını yeniden topluma kazandırabilmek amaçlanmıştır. TCK'nın 221. maddesinde pişmanlık duyarak terör örgütünden ayrılan kişilerin samimi bir şekilde örgüte ilişkin anlatımda bulunması halinde ceza verilmemesi ya da cezasında indirim yapılması öngörülmüştür.

1. Suç Örgütü

TCK'nın "Kamu Barışına Karşı Suçlar" bölümündeki 220. maddesinde suç örgütü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre suç örgütü, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olan ve en az üç kişiden oluşan topluluktur. Yapılanma biçimi ne olursa olsun kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla oluşturulmuş örgütlere suç örgütü denmektedir.¹

¹ Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 10. Bası, 2017, Ankara, s.16.

Kanun koyucu, kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmayı veya yönetmeyi ve bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmayı işlenmesi amaçlanan suçlardan ayrı suçlar olarak düzenlemiştir. Suç örgütü işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından sadece bir araç niteliğindedir. Amaçlanan suçları işlemede kolaylık sağlaması sebebiyle amaç suçlara yönelik olarak hazırlık hareketi niteliğindeki örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma fiilleri cezalandırılmaktadır. Suç somut tehlike suçudur. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak toplumda hâkim olan düzeni tehlikeye sokmaktadır.² Kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla örgütlenmek medeni toplumlarda kabul edilir bir durum değildir.³

Maddenin gerekçesinde, suçla korunan hukuki değer, kamu güvenliği ve barışı olduğu, ayrıca bireyin Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığı, toplumda huzursuzluğa sebep olup kamusal hayatın düzgün, düzenli, huzurlu ve barış içinde seyrine engel teşkil ettiğinden yasaklanmıştır.⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre bir suç örgütünden bahsedilebilmesi için üye sayısının en az 3 kişi olması, üyeler arasında gevşek de olsa bir bağ ve hiyerarşik ilişkinin bulunması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme ve bu birleşmenin belirsiz sayıda suç işlemek üzere devamlılık arz etmesi ve örgütün amaçlanan suçları işlemeye elverişli üye, araç ve gerece sahip olması gerekmektedir.⁵

Suç örgütü kişilerin belirsiz sayıdaki suçları işlemek için bir araya gelmesiyle oluşur. Belli bir suçu işlemek amacıyla bir araya gelmesi halinde kişiler arasında iştirak ilişkisi mevcuttur, bu durumda suç örgütünden bahsedilemez. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için suç ortakları nezdinde suçun konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekir. Ancak örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir. Suç örgütünde devamlılık ve suç işleme amacı etrafında fiili

² Gültaş, Veysel, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Etkin Pişmanlık T.C.K. 220-221, Bilge Yayınevi, 2008, Ankara, s. 19; Kavlak, Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2013, Ankara, 469-470; Arslantürk, Mustafa, Örgütlü Bölme ve Kalkışma Soruşturmaları, Seçkin Yayınevi, 2018, Ankara, s. 224.; Özgenç, s. 15.

³ Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günal, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 71, 2007, s. 35.

⁴ Evik, Vesile Sonay, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Ocak 2013, s. 671; Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Ocak 2013, s. 816.

⁵ YCGK 31/10/2012 tarih ve 2011/10-577 E, 2012/1821 K, Erişim Tarihi: 10/12/2019 Uyap Karar Arama; 04/07/2006 tarih ve 2006/10-128 E, 2006/177 K, 24/04/2017 tarih ve 2017/956 E, 2017/370 K, Erişim Tarihi: 10/12/2019 Uyap Karar Arama.

bir birleşme vardır. Birleşme soyut değildir, örgüt mensupları arasında gevşek de olsa hiyerarşik ilişki hâkimdir. Hiyerarşik yapı ast üst ilişkisinin, emir komuta zincirinin hâkim olduğu organizasyonu ifade eder.⁶ Hiyerarşik yapı örgüt mensupları arasında örgünleşmeyi sağlar.⁷ Örgütün varlığı ve işlevini yerine getirebilmesi için sürekli bir örgütsel bağın, örgüt mensupları arasında bir anlaşmanın ve birlikteliğin bulunması şarttır.⁸

Maddenin gerekçesine göre, suç örgütünün varlığı için amaç suçların işlenmiş olması gerekmemektedir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçu işlemeye elverişli olması yeterlidir. Örgütün herhangi bir suç işlemeksizin salt amaç suçları işlemeye elverişli olmasının suç örgütünün varlığı için yeterli kabul edilmesi ve kişilerin örgüt kurma, yönetme, üye olma suçlarından cezalandırılması bireyin ceza sorumluluğunu aşırı genişlettiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.⁹ Doktrinde bazı yazarlar suç örgütünün varlığı için örgütün amacı kapsamındaki suçlardan bir ya da birkaçının işlenmesi gerektiğini söylemektedirler.¹⁰ Kanaatimizce, suç örgütünün varlığı bakımından, kanunda belirtilen şartların bir arada bulunması yeterlidir. Suç örgütü, kamu düzeninin düzgün ve düzenli işleyişi ile hak ve özgürlüklerin kullanımına karşı bir tehdit oluşturmaktadır. Dolayısıyla suç örgütünün varlığı için ayrıca amaç suçların işlenmiş olması şartı aranmamalıdır.

Suç örgütü çok faili suçlardandır. TCK'nın 220. maddesinde suç örgütünün en az 3 kişiden oluşması gerektiği belirtilmiştir. Bu sayıya örgütün kurucusu ve yöneticileri de dahildir. Ancak her durumda suç örgütünün işlemeyi amaçladığı suçlar bakımından 3 kişi olması somut bir tehlike oluşturmayabilir. Örgütün üye sayısı bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olabilmesi için bazen çok daha fazla üyesi bulunması gerekebilir. 3 kişinin bir araya gelmesi

⁶ Bodur, Nurullah/Özkuş, Eshat, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2019, Ankara, s. 25; Dursun, İsmail, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2008, İstanbul, s. 125; Özgenç, s. 17.

⁷ Hafizoğulları/Kurşun, s. 36.

⁸ Turabi, Selami, Terör Örgütleri ve Terör Suçları, Yazarın Kendi Yayını, 2018, Ankara, s. 272-273; Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, s. 680; Bodur/Özkuş, s. 24.

⁹ Gültaş, s. 20.

¹⁰ Şen/Eryıldız, suç örgütünün varlığı için; elverişli vasıtalarla hiyerarşik yapılanma ve devamlılık unsuru taşıyan bir ilişki içinde bir araya gelen en az 3 kişinin kurdukları suç örgütünün, amacı kapsamında en azından bir veya birden fazla suçu işlemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Şen, Ersan /Eryıldız, Sefa, Suç Örgütü, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019, Ankara, s. 73.; Benzer şekilde Özgenç, işlenmiş olan birden fazla muhtelif suçlardan hareketle örgütün varlığının tespit edilmesi ve kişilerin kurucu yönetici veya üye olarak sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Özgenç, s, 14.

ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlar bakımından elverişli olsa da devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme bakımından yetersiz kalabilir. Örgüt suçunda elverişlilik açısından üye sayısının yeterliliği somut olayın şartlarına göre mahkeme tarafından takdir edilmelidir.¹¹

Suç örgütünün işlemeyi amaçladığı suçlar açısından elverişli araç ve gerece sahip olması gerekmektedir. Örgütün kullanımındaki araç ve gereçlerin amaçlanan suçları işlemek için elverişli olup olmadığını mahkeme takdir edecektir.¹²

Örgütlü suçluluğun günümüzde başlıca 3 farklı görünüş şekli vardır. Bunlar, ekonomik olarak haksız çıkar amaçlı örgütler, mafya tipi örgütler ve siyasi amaçları olan terör örgütleridir.¹³ Suç örgütlerinin en yaygın ve tehlikelileri; terör örgütleri, silah ve insan kaçakçılığı yapan örgütler, uyuşturucu ticareti yapan örgütler ve kara para aklayan örgütlerdir. Bu tip suç örgütleri baskı, korkutma, sindirme, yıldırma gibi yöntemleri kullanırlar.¹⁴

Suç örgütünün mensupları örgütü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişilerdir(TCK md.6/1-j). Suç örgütleri, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden organize olmuş bir güç enstrümanıdır.¹⁵ Örgüt, hiyerarşik ve karmaşık yapısı sayesinde üyelerine örgütün amaç ve ideolojisine uygun şekilde hareket etmesini dikte eder ve baskı uygulayarak, onların örgütten ayrılmasına engel olur.¹⁶

2. Terör Kavramı

Latince "terrere" sözcüğünden türeyen ve Fransızca "terreur" isminden dilimize geçmiş olan terör, "korkudan sarsıntı geçirme" veya "korkudan dehşete düşmeye sebep olma" anlamlarına gelmektedir.¹⁷ Türk Dil Kurumu sözlüğünde terör, "yıldırma, cana kıyma ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş" olarak tanımlanmıştır.¹⁸

¹¹ Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, s. 676; Özgenc, s. 21; Bodur/Özkul, s. 24; Hafızoğulları/Kurşun, s. 37.

¹² Lyngbo Mikael/Yenisey, Feridun/Topçu, Namık Kemal/Tozman, Önder/Şahin, Kemal, Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, 2014, s. 62; Özgenc, s. 21-22.

¹³ Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 30.

¹⁴ Şen/Eryıldız, s. 39.

¹⁵ Özgenc, s. 17; Gültaş, s. 21; Arslantürk, s. 23.

¹⁶ Şen/Eryıldız, s. 39.

¹⁷ Helvacıköylü, Gamze, https://tasam.org/tr-TR/Icerik/515/teror_nedir, Erişim Tarihi: 21/12/2019.

¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 21/12/2019.; Uluslararası metinlerde ve karşılaştırmalı hukukta terörün tanımı için bkz. Turinay, Faruk, Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016 (116), s. 40-44.

Terör; içinde cebir ve şiddet barındıran eylemlerdir ve sivil halkı doğrudan hedef almaktadır.¹⁹ Şiddetin örgütlü hali ya da kör bir şiddet hareketi²⁰ olan terörün amacı, sürekli şiddet, cinayet, korku ve sabotajlar ile toplumu, korku hipnozuna sokmak ve istediğini yaptırabilmektir. Terör örgütleri, toplumda kargaşa yaratarak, insanları doğruyla yanlış ayıramayacak duruma getirip kendi sundukları çözümlerin itirazsız kabulünü sağlamaktadırlar.²¹

Terör; amaca ulaşabilmek uğruna meşruiyet kazanabilmek için, toplumda infiale, gerilime, korkuya, paniğe ve tedirginliğe sebebiyet vermek maksadıyla mağduru kim olursa olsun, suç işlemek, karışıklık çıkarmak, devlet otoritesini zaafa uğratmak ve Anayasal düzeni değiştirmeye çalışmak maksadıyla her türlü yasadışı eylemi gerçekleştirmektedir.²²

Anayasa Mahkemesi bir kararında terörü, halkın iradesi ve bu iradeye dayalı olarak kurulmuş meşru yönetimleri hedef alarak yıkmayı amaçlayan ve hiçbir sınır tanımadan her türlü insani değerlerden uzak başvuru şiddet olayları olarak tanımlamıştır. Yüksek Mahkeme, bir eylemin terör eylemi olarak sayılabilmesi için, baskı, cebir, şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme ya da tehdit yöntemleri kullanılarak Anayasal düzeni değiştirmek, devletin otoritesini zaafa uğratmak, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek amacıyla bir örgüte mensup kişi ya da kişilerce gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.²³

Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde 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 eylem olarak tanımlanmıştır. Terörün, herkesin üzerinde uzlaşabileceği ortak bir tanımı yoktur. Bunun sebebi bazı devletlerin terör kavramına ilişkin subjektif tutumlarıdır.²⁴ Bir ülkeye göre terör örgütü olan bir oluşum, bir başka ülke nezdinde siyasi örgüt, özgürlük savaşçısı ya da zayıfların silahı olarak görülebilmektedir.²⁵

¹⁹ Abdurrahmanlı, Elvin, Küreselleşme Olgusuyla Birlikte Büyüyen Terörizm, Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, Cilt 5, Sayı 18, Ocak 2018, s. 96.

²⁰ Hafizoğulları/Kurşun, s. 54.

²¹ Arslantürk, s. 19.

²² Şen/Eryıldız, s. 304.

²³ AYM 31/03/1992 tarih ve 1991/18 E, 1992/20 K., Erişim Tarihi: 10/01/2020, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

²⁴ Kavlak, s. 200; Turinay, s. 39.

²⁵ Abdurrahmanlı, s. 96; Turinay, s. 39.

3. Terör Suçları

Terör suçları adi suçlardan, failin amacı yönüyle farklılık gösterir. Terör eylemcisinin amacı, ideolojisini²⁶ ne pahasına olursa olsun egemen kılmaktır. Terör eyleminde bulunan kişinin, eylemi sonucu ortaya çıkan zarardan şahsi bir çıkarı yoktur, ideolojisi uğruna suç işlemektedir. Buna karşın adi suçları işleyen kişi ise şahsi çıkar elde etmek maksadıyla eylemde bulunur. Bir özel halk otobüsünü, bir evi ya da işyerini bombalayan kimse bu eylemini anayasal düzeni değiştirmek, hükümeti devirmek veya ülkeyi bölmek amacıyla yapmışsa burada bir terör suçu oluşmaktadır. Ancak kişi bu eylemleri, şahsi husumetinden dolayı sahibine zarar vermek ya da sırf sigorta şirketinden para almak amacıyla yaptıysa eylem bir adi suç oluşturacaktır. Terör suçlusu, toplum düzenine, kurulu sisteme yönelik eylemlerde bulunur. Adi suçlunun ise bunlarla bir problemi yoktur. Şahsi sebeplerle suç işlemektedir.²⁷

TMK'nın 3. maddesinde terör suçlarının neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre, TCK'nın Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar Başlığı altında düzenlenen Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak (m.302), Askeri Tesisleri Tahrip ve Düşman Askeri Hareketleri Yararına Anlaşma (m.307), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen Anayasayı İhlal (m.309), Cumhurbaşkanına Suikast (m.310/1), Yasama Organına Karşı Suç (m.311), Hükümete Karşı Suç (m.312), Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyân (m.313), Silahlı Örgüt (m. 314), Silah Sağlama (m.315), Milli Savunmaya Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen Yabancı Hizmetine Asker Yazma, Yazılma (m.320) suçları terör suçlarıdır. Bunun dışında ayrıca dolaylı terör suçu sayılan TMK'nın 4. maddesindeki suçların Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda, suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu suçlar da terör suçu sayılacaktır.

Terör suçlarının bireysel veya iştirak suretiyle birkaç kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir. Devlete ve Anayasal düzene karşı suçlar ciddi, işlenmeleri zor, etki ve sonuçları ile sebep olacağı tahribatı ağır olan eylemlerdir. Her ne kadar belirtilen terör suçlarında örgütün varlığı zorunlu bir unsur olmasa da, bu suçlar tanım ve unsurları itibarıyla ancak elverişli araç ve gereçlere, yeterli üyeye sahip, sürekliliği ve hiyerarşik yapısı olan bir suç örgütü tarafından işlenebilir.²⁸ Yargıtay da terör suçlarının ancak bir örgüte mensup kişilerce işlenebileceğini belirtmiştir.²⁹

²⁶ Hafizoğulları/Kurşun'a göre, terörün bir fikriyatı yoktur, terör bir fikir parazitidir. Bkz. Hafizoğulları/Kurşun, s. 54

²⁷ Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 30.

²⁸ Şen/Eryıldız, s. 304; Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 130; Turinay, s. 66.

²⁹ Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 10/01/2020, Uyap Karar Arama

4. Terör Örgütü

Terör örgütleri, diğer suç örgütlerinden farklılık gösterir. Terör örgütü dışında kalan suç örgütleri, ekonomik çıkar elde etmek amacıyla hareket ederken, terör örgütleri siyasi amaçlarla faaliyet yürütür.³⁰ Terör örgütleri, kendilerini amaç ve ideolojileri kapsamında toplumda ezilenlerin savunucusu olarak devlete karşı çıkan ve hak arayan özgürlük savaşçıları olarak konumlandırılırlar.³¹ Terör örgütleri için etnik kimlik, din, mezhep veya politik ideoloji bir motivasyon aracıdır.³² Terör örgütleri tarafından işlenen suçların etki alanı, diğer suç örgütlerine nazaran daha geniş ve sonuçları daha zararlıdır. Bunun yanı sıra terör suçlarıyla mücadele de daha zordur.³³

Genel suç örgütlerinin aksine terör örgütlerinin amaç suç olarak belirlediği suçlar devletin işleyişine, Anayasal düzene ve ülkenin ve milletin bütünlüğüne karşı işlenen suçlardır. Diğer suç örgütleri TCK'nın 220. maddesi kapsamında değerlendirilirken, terör örgütleri 314. maddesi kapsamında kabul edilmektedir.

TMK'nın 7. maddesine göre terör örgütü; cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere kurulmuş olan örgütlerdir. Aynı maddeye göre terör örgütünü kuranlar, yönetenler ve örgüte üye olanlar TCK'nın silahlı örgüt başlıklı 314. maddesi hükümlerine göre cezalandırılacaklardır.³⁴ 314. maddeye göre failerin terör örgütü kurmak, yönetmek veya bu örgüte üye olmak suçundan sorumluluğu için terör örgütünün TCK'nın ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemeyi amaçlıyor olması gerekmektedir. Bahsedilen suçlar Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar ile Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında yer verilen suçlardır.

TCK'nın 220. maddesindeki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu genel ve tamamlayıcı bir normdur. Özel olarak bir örgüt birtakım suçları işlemek amacıyla kurulduysa özel normların uygulanması gerekir.³⁵ TCK'nın 314/3. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin bu suç açısından aynen uygulanacağı belirtilmiştir. Terör örgütleri de diğer suç örgütleri gibi TCK'nın 220. maddesinde belirtilen diğer şartları taşımaktadır.

³⁰ Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 131; Bodur/Özkul, s. 34; Turinay, s. 52.

³¹ Şen/Eryıldız, s. 37.

³² Bodur/Özkul, s. 34; Şen/Eryıldız, s. 298.

³³ Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 131.

³⁴ **Silahlı Örgüt (314. madde)**

1- Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş 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.

³⁵ Turabi, s. 264; Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 45; Evik, Vesile Sonay, Silahlı Örgütlenme Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, s. 108-109; Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, s. 674-675.

İki örgütü birbirinden ayıran ise işlenmesi amaçlanan suçlardır. TCK'nın 314. maddesinin gerekçesinde, genel olarak suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgüte üye olmak suçlarının TCK 220. maddede yaptırım altına alınmış olmasına rağmen, bu maddede, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından bir sınırlama getirildiği belirtilmiştir.

Yargıtay'a göre, TCK'nın 314. maddesi bakımından bir oluşumun ya da yapılanmanın silahlı terör örgütü sayılabilmesi için TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçunda örgütün varlığı için gerekli koşullar yanında, TCK'nın ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları amaç suç olarak işlemek üzere kurulması ve amaca matuf bir eylem gerçekleştirmeye yeterli derecede silaha sahip bulunması gerekmektedir.³⁶

TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç örgütü bakımından silah bir nitelikli unsur iken, 314. maddede düzenlenen suçun kurucu unsurudur. Bu maddenin gerekçesine göre, madde kapsamına giren örgütün silahlı olması gerekmektedir. Yine gerekçeye göre, örgütün bütün mensuplarının silahlı olmaları gerekmemekte, hedeflenen suçların işlenmesini sağlayabilecek derecede olmak üzere bazı üyelerin silahlı olmaları, suçun oluşması için yeterli olmaktadır.³⁷ Suçun oluşması bakımından silah türlerinin ve sayısının yeterli olup olmadığının takdiri de mahkemeye aittir. Terör örgütünün silahları fiziken elinde bulundurması şart değildir. Gerektiğinde silahları kullanabilme imkânına sahip olması yeterlidir. Silahlı terör örgütünün elinde bulunan silahın devlete ait olması ya da bu silahların hukuka aykırı yollardan elde edilmesi bu suçun oluşması açısından önem taşımaz.³⁸

Burada yeri gelmişken silahsız bir terör örgütü olup olmayacağını değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce TMK'nın 1. maddesindeki suçlar bakımından kanun koyucunun cebir ve şiddet kullanımını suçun unsuru olarak görmesi ve elverişli türde ve sayıda silah olmaksızın bu şartın sağlanamayacağı, ayrıca devletin güvenliğine ve Anayasal düzene karşı işlenecek amaç suçların silah olmaksızın işlenmesinin mümkün gözükmemesi sebebiyle terör örgütünün mutlak surette silahlı olması gerekmektedir.³⁹

³⁶ Yargıtay 9. CD 22/12/2014 tarih ve 2014/5464 E, 2014/12447 K, Erişim Tarihi: 15/01/2020, Uyap Karar Arama; Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 15/01/2020, Uyap Karar Arama.

³⁷ Evik, bu suçun oluşması için, örgütü meydana getirenlerin tamamının silahlı olması gerekmemekteyse de, silahın bilfiil mevcut olması ve örgüt üyelerinin çoğunluğunun silahının bulunması gerektiğini, ancak silahın sadece sağlanması konusunda irade birliği ya da örgüt üyelerinden sadece birkaçının silahının bulunmasının silahlı örgütün varlığı açısından yeterli kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Evik, Silahlı Örgütlenme Suçu, s. 117.

³⁸ YCGK 26/09/2017 tarih ve 2017/16-956 E, 2017/370 K, Erişim Tarihi: 15/01/2020, Uyap Karar Arama.

³⁹ Aynı yönde bkz. Şen/Eryıldız, s. 39, 47-48; Evik, Silahlı Örgütlenme Suçu, s. 131; Bodur/Özkul, s. 35-36; Turinay, s. 74-75.

Bir örgütün terör örgütü olarak kabul edilebilmesi için buna ilişkin ulusal ya da uluslararası bir mahkemenin kesinleşmiş kararı, bağlayıcı uluslararası bir sözleşme ya da uluslararası resmi bir teşkilatın bağlayıcı kararının gerektiği söylenmekte⁴⁰ ise de, uygulamada terör örgütünün varlığından bahsedilebilmesi, kesinleşmiş bir ulusal mahkeme kararına bağlıdır.⁴¹

Terör örgütü, baştan beri suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt olabileceği gibi, legal olarak faaliyet gösteren bir sivil toplum örgütünün sonradan terör örgütüne dönüşmesi mümkündür.⁴²

5. Terör Örgütü Üyeliği Suçu

Terör örgütü üyesi; genel bir tanım ile örgütün kurucusu ve yöneticileri dışında kalan bütün mensupları olarak ifade edilebilir. Terör örgütü kurucusu veya yöneticisi, örgüt mensupları üzerinde hâkimiyet sağlayan kişilerdir.

Yargıtay'a göre suç örgütü kurmak, suç işlemek amacıyla yeni bir örgütün oluşturulması veya var olan yasal bir teşkilatın sistemli bir şekilde suç örgütüne dönüştürülmesidir. Amaç suçları işlemek için gerekli olan asgari şartları sağlayarak, somut ve fiili bir oluşumun meydana getirilmesi gerekmektedir. Terör örgütü kurucusu Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla terör örgütünü kuran kişidir.⁴³

Suç örgütü yöneticiliği, örgütte hiyerarşik bakımdan üst konumda olup, örgütün tamamı veya bir kısmı üzerinde sevk, idare, iş bölümü, disiplin ve koordinasyonun sorumluluğunu üstlenmek, örgütün stratejisini, plan ve programını belirlemek, örgüt mensuplarına emir ve talimat verebilmek anlamına gelir.⁴⁴ Örgütü yönetmek, örgütün amaçları doğrultusunda örgütü idare etmeyi, emir ve direktif vermeyi, örgüt içinde inisiyatif ve karar verme gücüne sahip olmayı gerektirir. Örgüt yöneticisi örgütün varlığını, etkinliğini ve gelişimini sağlar, örgütün hedeflerini belirler, program ve stratejilerini oluşturur.⁴⁵ TMK'nın 7/1. maddesinin son cümlesine göre örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılmaktadır.

⁴⁰ Şen/Eryıldız, s. 297-298.

⁴¹ Bodur/Özkul'a göre bir örgütün terör örgütü olarak kabulü için Yargıtay tarafından verilen kesinleşmiş bir karar olması gerekiyorsa da, yargısal faaliyete delil olması açısından güvenlik birimlerinin tespitleri, hükümet yetkililerinin açıklamaları ve üst güvenlik birimi olan Milli Güvenlik Kurulunun kararları da son derece önemlidir. Bkz. Bodur/Özkul, s. 43.

⁴² YCGK 24/04/2017 2017/16. MD-956 E, 2017/360 K, Erişim Tarihi: 19/01/2020, Uyap Karar Arama.

⁴³ Yargıtay 16. CD 18/07/2017 tarih ve 2016/7162 E, 2017/4786 K, Erişim Tarihi: 19/01/2020, Uyap Karar Arama.

⁴⁴ Aykut, Ersan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md.220), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71 , Sayı 1 , Oca 2013 , s. 383; Şen/Eryıldız, s. 117; Gültaş, s. 20; Turabi, s. 277.

⁴⁵ Yargıtay 16. CD 18/07/2017 tarih ve 2016/7162 E, 2017/4786 K, Erişim Tarihi: 23/01/2020, Uyap Karar Arama.

Terör örgütü üyeliği suçunun unsurları Yargıtay kararlarında ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Yargıtay'a göre, terör örgütü üyesi; örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dâhil 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, örgütün faaliyetlerine katılan kişidir. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup üyeliğin en önemli unsurudur. 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.⁴⁶

Terör örgütü üyeliği suçunun oluşabilmesi için, örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması gerekmektedir. Ancak niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasa da ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faileri de örgüt üyesi olarak değerlendirilir.⁴⁷

Kişinin, terör örgütü üyesi olabilmesi için sempati aşamasını geçerek, örgütün kuruluş amacını kabullenmesi, örgütün amacını bilmesi ve benimsemesi ve örgüte katılma iradesini ortaya koyması gerekmektedir.⁴⁸ Terör örgütüne üye olan kişi, bu örgütün suç işlemek amacıyla hareket ettiğini bilmelidir.⁴⁹

Terör örgütü üyeliği, örgüte fiilî bir katılmayı gerektirmektedir. TCK'nın 220. maddesinin gerekçesinde örgüte üye olmak için örgüt yöneticilerinin rızasının gerekmediği, tek taraflı iradeyle de örgüte katılmanın mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu hususta, doktrinde bir kısım yazar, madde gerekçesiyle benzer olarak tek taraflı iradeyle terör örgütü üyesi olunabileceğini⁵⁰, diğer bir kısım yazar ise bunun mümkün olmadığını belirtmiştir.⁵¹ Kanaatimizce, terör

⁴⁶ YCGK 24/04/2017 tarih ve 2017/956 E, 2017/370 K, Erişim Tarihi: 19/02/2020, Uyap Karar Arama; Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 19/02/2020, Uyap Karar Arama.

⁴⁷ YCGK 24/04/2017 tarih ve 2017/956 E, 2017/370 K, Erişim Tarihi: 19/02/2020, Uyap Karar Arama; Yargıtay 16. CD 20/12/2017 tarih ve 2017/1862 E, 2017/5796 K, Erişim Tarihi: 19/01/2020, Uyap Karar Arama.

⁴⁸ Şen/Eryıldız, s. 133; Arslantürk, s. 293.

⁴⁹ Özgenç, s. 25; Gültaş, s. 28; Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, 685; Evik, Silahlı Örgütlenme Suçu, s. 118; Hafizoğulları/Kurşun, s. 39.

⁵⁰ Özgenç, s. 24; Ersan, s. 286; Şen/Eryıldız, s. 131; Arslantürk, s. 228; Dursun, s. 205-206; Dursun, terör örgütü yöneticilerinin rızasının aranmamasının, terör örgütü üyeliği suçunun ispatı bakımından büyük kolaylık sağlayacağını söylemektedir. Bkz. Dursun, s. 207.

⁵¹ Turabi, s. 270; Kavlak, s. 402; Yenidünya/İçer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, s. 807, Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, s. 685.

örgütü üyeliğinin, örgüte katılma iradesinin yanı sıra örgüt hiyerarşisine dâhil olmayı gerektirmesi ve hiyerarşi için ast ile üstün iradesinin uyuşması, ayrıca örgüt üyesinin emir ve talimat almaya hazır beklemesi şart olduğundan, tek taraflı iradeyle terör örgütü üyeliğinden bahsedilemez. Yargıtay da görüşümüz doğrultusunda terör örgütü üyeliği için örgüt yönetiminin açık ya da zımni bir kabulü olması gerektiğini belirtmiştir.⁵²

Terör örgütü üyeliğinin, form doldurma⁵³, tören veya seremoni⁵⁴ gibi herhangi bir şekil şartı yoktur. Kişinin, terör örgütüne katılma iradesi ve örgüt tarafından hiyerarşik yapıya dâhil edilmesi terör örgütü üyeliği için yeterlidir.

Terör örgütü üyeliği, bağımsız bir suç olarak düzenlendiğinden, kişinin örgüt üyeliğinden sorumluluğu için mutlaka örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suça katılmış olması gerekmemektedir.⁵⁵

6. Genel Olarak Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra belli suçlarda cezayı ortadan kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir.⁵⁶ Etkin pişmanlık için failin suçu işledikten sonra pişmanlık göstermesi ve cezanın azaltılması ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğuran davranışlar sergilemesi gerekir.⁵⁷

Gönüllü vazgeçme, TCK'nın genel hükümler kısmında düzenlendiğinden her suç tipinde tatbiki mümkün iken, etkin pişmanlık sadece kanunda açıkça belirtilen suçlar için geçerlidir.⁵⁸ Gönüllü vazgeçme, gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesi halidir. Etkin pişmanlık ise suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin pişmanlık gösteren davranışlar sergilemesidir. Etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şeklidir.⁵⁹

⁵² Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 26/02/2020, Uyap Karar Arama.

⁵³ Özgenç, s. 24.

⁵⁴ Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, s. 685.

⁵⁵ YCGK 24/04/2017 tarih ve 2017/16. MD-956 E, 2017/360 K, Erişim Tarihi: 26/02/2020, Uyap Karar Arama.

⁵⁶ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, 2018, Ankara, s. 606, Turabi, s. 332; Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 622.

⁵⁷ Keklik, Ramazan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, Adalet Yayınevi, 2016, Ankara, s. 5; Tozman, Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara, s. 395.

⁵⁸ TCK da 93., 110., 168., 192., 201., 221., 248., 254., 269., 274. ve 293. maddelerde etkin pişmanlık başlığı altında etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

⁵⁹ Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 622; Bodur/Özkul, s. 267; Dursun, s. 353.

Etkin pişmanlığın temelinde, gerçekten pişman olan failin ıslah olduğu ve yeniden suç işlemeyeceği düşüncesiyle uygulanacak yaptırım bakımından faile avantaj sağlanması vardır. Samimi bir şekilde işlediği suçtan pişman olan failin cezasının azaltılması veya ortadan kaldırılması onarıcı adalet anlayışının gereğidir.⁶⁰

7. TCK'nın 221. Maddesinde Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hali

TCK'nın 314/3. maddesine göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin olarak TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri terör örgütü üyeliği suçu için de uygulanacaktır.

Örgütlü suçlarda etkin pişmanlığın amacı, bir yandan örgütlü suçlar bakımından stratejik önemi nedeniyle en etkili bilgi edinme ve mücadele araçlarından olan örgütün kendi mensuplarını kullanmak, diğer taraftan da suç işlemeyi önlemek, mensup olduğu yasa dışı örgütün amaçladığı suçun işlenmesine engel olanları ve işlediği suçtan pişmanlık duyanları cezalandırmayarak ya da cezasında indirim yaparak yeniden topluma kazandırmaktır.⁶¹

5237 sayılı TCK öncesinde, bazı kanunlarda terör örgütü üyelerine yönelik etkin pişmanlık düzenlemeleri yapılmıştır. Bunlardan ilki 25.3.1988 tarihli ve 3216 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun'dur. Kanunun yürürlük süresinin bitmesiyle sırası ile 3419, 3618, 3853, 4085, 4450, 4537 sayılı Kanunlar yürürlüğe girmiştir. Son olarak ise 29.07.2003 tarihli 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu yürürlüğe sokulmuştur. Söz konusu kanunların ortak yönü, süreli olmaları, sadece terör örgütü üyeleri için etkin pişmanlık düzenlemeleri içermeleri ve örgüt kurucuları ya da yöneticilerinin kapsam dışı bırakılmasıydı.⁶² 5237 sayılı TCK'nın 221. maddesi ile etkin pişmanlık belirli şartlar dâhilinde tüm örgüt mensupları için süre sınırlaması olmaksızın geçerli hale getirilmiştir.

Terör örgütü üyeliği suçunda etkin pişmanlık hükümleri bir af yasası olmayıp, terör örgütlerinin insan kaynağının kurutulabilmesi, alınabilecek diğer tedbirlerle birlikte bu örgütlerin etkisizleştirilip ortadan kaldırılmaları, geçmişte meydana gelen terör eylemlerinin aydınlatılabilmesi, bu örgütlerin gelecekte işleyebilecekleri suçların engellenmesi ve terör örgütüne üye olanların tekrar topluma kazandırılabilmelerini sağlar.⁶³

⁶⁰ Keklik, s. 1-2.

⁶¹ Kavlak, s. 447-448; Bodur/Özkul, s. 268; Tozman, s. 396-397; Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 29/02/2020, Uyap Karar Arama.

⁶² Baba, Yasemin, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, XII Yayıncılık, 2013, İstanbul, s. 58-59; Tozman, s. 397-398.

⁶³ YCGK 08/04/2008 tarih ve 2008/9-18 E, 2008/78 K, Erişim Tarihi: 26/02/2020, Uyap Karar Arama.

Etkin pişmanlığın ceza tehdidi ile sanığın özgür iradesini ortadan kaldırması ve dürüst yargılanma hakkının elinden alınması gibi olumsuz tarafı olsa da etkin pişmanlık, usul ekonomisi, örgütün dağıtılması ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların ortaya çıkarılması, yargılama makamının ispat külfetinden kurtulması ve maddi gerçeğe ve adalete çabuk ulaşılması ve terör örgütü üyesinin pişmanlığının ödüllendirilmesi bakımından oldukça yararlıdır.⁶⁴

A. 221/1. Maddede Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hali

TCK'nın 221/1. maddesinde örgütün kurucuları ve yöneticileri bakımından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Buna göre, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

Kurucu veya yöneticilerin bu maddeden yararlanabilmesi için soruşturmaya başlanmamış olması gerekmektedir. Soruşturma, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 2/1-e maddesine göre, Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Soruşturma evresi, CMK 160/1. maddesine göre, Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmesiyle başlar. Kurucu veya yöneticinin 221/1. madde hükmünden faydalanabilmesi için bu aşamaya kadar örgütü dağıtması ya da verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlaması gerekmektedir.⁶⁵

Kanaatimizce, örgütün kurucusu ya da yöneticisinin verdiği bilgilerin örgütün dağılmasını sağlamaya elverişli, makul ve yararlı olması yeterlidir. Terör örgütü, bir başka sebeple dağılmış olsa dahi verilen bilgiler bu şartları taşıyorsa, örgütün kurucusu ya da yöneticisi hakkında 221/1. madde hükmü uygulanmalıdır.⁶⁶ Terör örgütü kurucusu ya da yöneticisi, samimi olarak pişmanlık gösterip örgütün dağılması için elinden geleni yapmışsa ancak buna rağmen başarılı olamamışsa, kişi hakkında yine de etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.⁶⁷

Terör örgütünün amacı doğrultusundaki suçlardan kasıt ise TCK'nın Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar ile Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen suçlardır.

⁶⁴ Şen/Eryıldız, s. 354.

⁶⁵ Tozman, s. 402-403.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Şen/Eryıldız, s. 356; farklı yönde Tozman, s. 403. Yazara göre, örgüt kurucusu ya da yöneticisinin verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlaması ihtimalinde, örgütün dağılması verilen bu bilgilerin sonucunda gerçekleşmelidir. Bu itibarla bu kişilerin verdiği bilgi örgütün dağılmasını sonuçlamıyorsa yani bu bakımdan bilgi yeterli değilse kişi etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır.

⁶⁷ Keklik, s. 114.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için failin talebinin bulunması gerekmez. Fakat fail açıkça etkin pişmanlıktan faydalanmak istemediğine ilişkin iradesini ortaya koyduğunda artık etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.⁶⁸

Etkin pişmanlık yasal bir düzenleme olması sebebiyle kişiye adli makamlarca hatırlatılmalıdır. Bu durum CMK'nın 148. maddesindeki ifade ve sorgudaki yasadışı usuller kapsamında değildir. Etkin pişmanlık sebebiyle cezasızlık ya da cezada indirim kişinin yasal hakkı olması sebebiyle yasaya aykırı bir yarar olarak değerlendirilemez.

B. 221/2. Maddede Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hali

TCK'nın 221/2. maddesinde örgüt üyesi bakımından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Buna göre, örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

Terör örgütü üyesinin TCK'nın 221/2. maddesi hükmünden yararlanabilmesi için örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olması gerekmektedir.⁶⁹ Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların doktrinde sadece TCK'nın 302. ya da 309. maddesinde düzenlenen suçlar olduğuna ilişkin bir görüş vardır.⁷⁰ Bir başka görüşe göre ise terör örgütü üyesinin örgütün işlediği herhangi bir suçta iştirak etmemesi gerekmektedir.⁷¹ Ancak Yargıtay'a göre, bu görüşlerin aksine TCK'nın 221/2. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için terör örgütü üyesinin yukarıda belirtmiş olduğumuz amaç suçlardan herhangi

⁶⁸ Şen/Eryıldız, s. 355; Tozman, s. 400.

⁶⁹ "...suç tarihinde eşi ve iki çocuğuyla birlikte... sınırından ülkemize kaçak şekilde girmek isterken kolluk tarafından açılan uyarı ateşi üzerine, beyaz bir atlet sallamak suretiyle direnmeksizin teslim olma iradesi gösteren ve bu şekilde gözaltına alınan sanığın, örgüt üyesi olduğuna dair önceden bilgi bulunmaması, ... ülkesinde faaliyet gösteren PYD/YPG isimli silahlı terör örgütünün kamplarına katılıp sözde asker olarak maaş karşılığı silahlı eğitim alan, bu süreçte herhangi bir suç işlediği tespit edilemeyen, aksi ispat edilemeyen savunmasına göre örgütten kaçıp ailesi ile birlikte Türkiye'ye sığınmak için sınırdan gizlice geçtiği sırada yakalanan sanığın Dairemizce de benimsenen Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 09.11.2009 tarih 2008/5368-2009/1189 sayılı kararda yer verildiği üzere silahlı terör örgütü mensubu iken suça katılmaksızın örgütten gönüllü olarak çekildiğini belirtmesi karşısında; örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak ettiğine dair delil de elde edilemediği gözetilerek hakkında TCK'nın 221/2. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği halde yasal olmayan gerekçeyle yazılı olduğu şekilde karar verilmesi..." Yargıtay 16. CD 03/07/2019 tarih ve 2019/4257 E, 2019/4676 K, Erişim Tarihi: 27/01/2020, Uyap Karar Arama.

⁷⁰ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2014, Ankara, s. 6700.

⁷¹ Kavlak, s. 450; Bodur/Özkul, s. 271.

birinin işlenişine iştirak etmeksizin, hakkında bir soruşturma başlamadan önce örgütten gönüllü olarak ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi gerekmektedir.⁷²

Mahkemenin, terör örgütü üyesinin örgütün faaliyeti kapsamında herhangi bir suç işleyip işlemediğini ilgili makamlardan sorarak araştırması gerekmektedir.⁷³

Terör örgütü üyesinin TCK'nın 221/2. maddesinden yararlanabilmesi için, örgüt ve mensupları hakkında bilgi vermesi zorunlu değildir. Kişinin, örgütten gönüllü olarak ayrılıp yetkili makamlara müracaat etmek suretiyle, örgüte üye olarak katıldığını ve pişmanlık duyarak ayrıldığını beyan etmesi yeterlidir.⁷⁴

Her ne kadar Yargıtay TCK'nın 221/2. maddesinin uygulanabilmesi için terör örgütü üyesi hakkında bir soruşturma başlatılmamış olması şartını arıyorsa da⁷⁵, kanaatimizce maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişi hakkında örgüt üyesi olmaktan dolayı soruşturma başlatılmış olması veya örgütün faaliyeti çerçevesinde başkaları tarafından suç işlenmiş olması TCK'nın 221/2. madde hükmüne göre etkin pişmanlık uygulanmasına engel değildir.⁷⁶

Terör örgütü üyesi, TCK'nın 221/2. madde hükmünden yararlanabilmek için hiçbir baskı altında kalmaksızın, hangi amaçla olursa olsun (kişisel, ailevi vb.) kendi özgür iradesiyle, gönüllü olarak terör örgütünden ayrıldığını bildirmelidir.⁷⁷ Ancak kişinin, örgütten ayrıldığını beyan ettiği tarihten sonra herhangi bir örgütsel faaliyette bulunduğu dair delil elde edilememesi durumunda da örgütten ayrıldığının kabulü gerekir. Her durumda ilgili makamlara örgütten ayrıldığının bildirilmiş olunması şartı aranmamalıdır.⁷⁸

Kanunda ilgili makamların hangileri olduğu açıkça belirtilmemiştir. Burada, kavramı geniş yorumlayarak yargı makamlarının yanı sıra, tüm kolluk birimleri

⁷² Yargıtay 16. CD 02/07/2019 tarih ve 2019/1503 E, 2019/4646 K, Erişim Tarihi: 27/01/2020, Uyap Karar Arama.

⁷³ "... TCK'nın 221/2. maddesi kapsamında bulunan sanığın örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmesine iştirak edip etmediğinin İçişleri Bakanlığı'ndan sorulup araştırılması..." Yargıtay 14.CD 16/01/2017 tarih ve 2016/9225 E, 2017/163 K, akt. Şen/ Eryıldız, s. 357'de 5. dipnot.

⁷⁴ Yargıtay 16. CD 19/03/2018 tarih ve 2017/2699 E, 2018/848 K, Erişim Tarihi: 28/02/2020, Uyap Karar Arama.

⁷⁵ "...Amaç suçun işlenişine iştirak etmeksizin, hakkında bir soruşturma başlamadan önce örgütten gönüllü olarak ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde (221/2 m.)..." Yargıtay 16. CD 17/10/2019 tarih ve 2019/3229 E, 2019/6177 K, Erişim Tarihi: 01/03/2020, Uyap Karar Arama.

⁷⁶ Aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6703; Arslantürk, s. 334; Yenidünya/içer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, s. 824; Bodur/Özkul, s. 272.

⁷⁷ Yenidünya, A. Caner/içer, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK. m.220, 221), Digesta Yayınevi, 2014, İstanbul, s. 103; Sarıtaş, Erkan, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, XII Yayıncılık, 2018, İstanbul, s. 523; Şen/Eryıldız, s. 358; Arslantürk, s. 340; Tozman, s. 405.

⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6704; Dursun, s. 361; Lyngbo/Yenisey/Topçu/Tozman/Şahin, s. 627; Tozman, s. 406.

ve buralara ayrılma iradesini iletebilecek tüm devlet makamlarının kapsama dâhil edilmesi gerekir. Bildirim valiliklere, kaymakamlıklara ve Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da yapılabilir. Terör örgütü üyesinin örgütten ayrıldığı bizzat ilgili makamlara bildirmiş olması gerekir.⁷⁹ Ancak örgüt üyesinin hastalık, sakatlık vb. gibi bizzat müracaatına engel teşkil edecek hali varsa, bir başkası tarafından örgüt üyesinin rızasına uygun olarak ilgili makamlara bildirim yapılması durumunda da örgüt üyesi hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.⁸⁰

Terör örgütü üyesinin, önceki beyanında etkin pişmanlıktan faydalanmak istediğini belirtip, sonraki beyanında suçunu inkâr etmesi ve etkin pişmanlıktan vazgeçmesi halinde artık etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.⁸¹ Ancak bu durumda, terör örgütü üyesinin bu beyanının örgütün baskı ve korkutucu gücünden kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılmalıdır.⁸² Kanaatimizce bu gibi durumlarda, terör örgütünün kişi üzerinde baskı veya tehditte bulunduğu tespit edilmişse, örgütün çözülmesinin sağlanması, terör örgütü üyesinin örgütten uzaklaştırılabilmesi ve ıslahı için hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.⁸³

C. 221/3. Maddede Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hali

TCK'nın 221/3. maddesinde suç örgütü üyesi bakımından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Buna göre, örgüt üyesi, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin yakalandığında, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi verirse hakkında cezaya hükmolünmayacaktır.

Terör örgütü üyesinin bu madde kapsamında etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanmış olması gerekmektedir, yukarıda bahsettiğimiz gibi madde metninde bahsedilen suçlar her türlü suç değil, terör örgütünün işlemeyi amaçladığı suçlardır. Bunlar dışında örneğin bireysel

⁷⁹ Şen/Eryıldız, s. 358; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6704; Arslantürk, s. 335; Bodur/Özkul, s. 272.; Baba, s. 60; Keklik'e göre, hakkın kötüye kullanılması amacı taşımadığı müddetçe ilgili makam kavramı olabildiğince geniş yorumlanmalıdır. Bkz. Keklik, s. 118.

⁸⁰ Yenidünya/İçer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK. m.220, 221), s. 104.

⁸¹ "...soruşturma aşamasında kısmen de olsa suçun açığa çıkmasına yardımcı olacak şekilde ifade veren, ancak kovuşturma aşamasında önceki ifadelerinden dönen sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına yasal olanak yok ise de; dosya kapsamına uygun bulunmayan yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi..." Yargıtay 16.CD 18/09/2019 tarih ve 2019/2967 E, 2019/5454 K, Erişim Tarihi: 01/03/2020, Uyar Karar Arama.

⁸² Yargıtay 9. CD 23/11/2011 tarih ve 2009/18357 E, 2011/28974 K, akt Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6702'de 718. dipnot.

⁸³ Aynı yönde bkz. Tozman, s. 398.

amaçlarla işlenen suçlar etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.⁸⁴

Etkin pişmanlık kapsamında verilen bilgilerin örgütün dağılmasını ya da örgüt mensuplarının yakalanmasını sağlaması gerekmektedir. Verilen bilginin elverişli olması yeterlidir. Fail, bilgisi dâhilinde gerçekleşen faaliyetlerle ilgili bilgi vermelidir. Failin vermiş olduğu bilgilerin daha önceden güvenlik güçlerinin elinde olup olmadığının ya da güvenlik güçlerinin hatası veya başarısızlığı sebebiyle verilen bilgidен yararlanılamamasının herhangi bir önemi yoktur.⁸⁵

Kanunda verilen bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlaması açıkça aranmıyor ise de verilen bilgi, bu hususları sağlayacak derecede öneme sahip olmalıdır.⁸⁶ Terör örgütü üyesinin vereceği bilgilerin örgütte zafiyet yaratacak, örgüte önemli boyutta zarar verecek ve örgütün faaliyetlerini sekteye uğratabilecek düzeyde olması gerekmektedir. Birkaç örgüt üyesinin isminin verilmiş olması yeterli değildir.⁸⁷ Verilen bilgi, tek başına örgütü çökertecek nitelikte olmasa bile, önemli sayılabilecek miktarda üyenin ya da silah veya malzemenin ele geçirilmesini sağlamalıdır.⁸⁸

Yargıtay'a göre, TCK'nın 221/3. maddesi kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, yakalanan sanıkların örgütün dağılmasına veya mensuplarının yakalanmasına elverişli bilgi vermesi gerekir. Bu bilginin elverişliliği, örgütün örgütlenme biçimi, failin örgüt yapılanmasındaki konumu ile örgütte geçirdiği süre ve katıldığı faaliyetler gibi kıstaslar göz önüne alınarak mahkemece takdir edilecektir. Failin, tam bir gizlilik esasına ve hücre tipi yapılanmaya dayanan örgütlerde örgütü tamamen dağıtacak, yapılanma şemasını ortaya koyacak bilgiler vermesi beklenemez. Ancak konumu gereği bilmesi beklenen bilgileri samimi olarak ortaya koymalı, bu bilgiler her halükarda örgütte zafiyet yaratacak, örgüte önemli boyutta zarar verecek ve örgüt faaliyetlerini belli ölçüde sekteye uğratabilecek boyutta olmalıdır.⁸⁹

⁸⁴ Şen/Eryıldız, s. 360.

⁸⁵ Baba, s. 61; Yargıtay 16. CD 12/05/2015 tarih ve 2015/1426 E, 2015/1292 K, Erişim Tarihi: 03/03/2020, Uyap Karar Arama; "...Mahkemenin kabulünde 'sanığın isimlerini verdiği üyeler hakkında zaten soruşturma yapılıyor veya yapılmış olması'nın etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmamasında gerekçe olarak gösterilmesi yerinde değilse de..." Yargıtay 16. CD 15/11/2018 tarih ve 2018/1591 E, 2018/4489 K, Erişim Tarihi: 14/04/2020.

⁸⁶ Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, s. 694; Evik, Silahlı Örgütlenme Suçu, s. 130; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6707; Dursun, s. 363.

⁸⁷ Arslantürk, s. 339; Sarıtaş, s. 530-531.

⁸⁸ Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 03/03/2020, Uyap Karar Arama.

⁸⁹ Yargıtay 16. CD 11/07/2018 tarih ve 2018/910 E, 2018/2482 K, Erişim Tarihi: 03/03/2020, Uyap Karar Arama.

Verilen bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olup olmadığını takdir yetkisi mahkemeye aittir. Mahkeme somut olayın özelliğine göre, terör örgütü üyesinin örgüt içerisindeki konumunu ve üstlendiği görevleri ve faaliyetleri göz önünde bulundurarak verilen bilgilerin yeterli olup olmadığını değerlendirecektir. Kişinin örgüte ilişkin bildiklerini samimi bir şekilde anlatması gerekmektedir. Terör örgütü, kişinin verdiği bilgiler haricinde başkaca bir veri ile dağıtılsa ya da üyeleri yakalanırsa bu durumda bile kanaatimizce verilen bilgilerin elverişli, makul, yararlı ve yeterli olması halinde TCK'nın 221/3. madde hükmü uygulanmalıdır.⁹⁰

Mahkeme, terör örgütü üyesinin verdiği bilgilerin, örgütün dağıtılmasına ya da mensuplarının yakalanmasına dair elverişliliği ile bilgilerin doğru ve faydalı olup olmadığını ilgili makamlara sorarak araştırmalıdır.⁹¹

TCK'nın 221/3. maddesine göre etkin pişmanlık hükümleri, madde lafzı dikkate alındığında sadece terör örgütü üyesine yönelik olsa da, evleviyet kuralı gereği henüz Yargıtay'ın önüne gelmiş böyle bir dava olmamasına karşın, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenler hakkında da uygulanmalıdır. Çünkü bu kişiler hakkında yakalandıktan sonra örgüte ilişkin bilgi vermeleri halinde TCK'nın 221/3. maddesine göre cezasızlık hali değil, TCK'nın 221/4-2. maddesine göre cezalarından indirim yapılması söz konusu olacaktır. Terör örgütü üyeliği suçunun cezası daha ağır olmasına rağmen örgüt üyesi için cezasızlık öngörülmüşken, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenler hakkında cezasızlık halinin uygulanamayacağı kabulü suç ve ceza siyasetine aykırıdır. Dolayısıyla TCK'nın 221/3. madde hükmü bu kişiler için de uygulanmalıdır.⁹²

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için örgüt mensubunun suç işlediğini kabul etmesi gerekmektedir. Kişinin, beraat etme ihtimalini düşünerek suçunu inkara yönelik savunma yapması ancak pişmanlık duyarak samimi bir şekilde bildiklerini anlatması halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.⁹³ Yargıtay, savunmasında faaliyetleri ve bildiği örgüt mensuplarına ilişkin bilgi veren ve lehine olan tüm hükümlerin uygulanmasını isteyen örgüt mensubunun, örgüt yapılanması içerisindeki konumunun, bir

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Şen/Eryıldız, s.364; Bodur/Özkul, s. 274.

⁹¹ "...sanığın örgütte kaldığı süre ve konumu itibarıyla verdiği bilgilerin doğru ve faydalı olup olmadığı konusunda ilgili birimlerden gerekli araştırmaların yapılarak sonucuna göre sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmasında zorunluluk bulunması..." Yargıtay 16. CD 25/06/2019 tarih ve 2019/2621 E, 2019/4462 K, Erişim Tarihi: 07/03/2020, Uyar Karar Arama.

⁹² Şen/Eryıldız, s. 359-360.

⁹³ Arslantürk, s. 342; aksi yönde bkz. Tozman, s. 401.

suç olgusu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine inandığını söylemesi halinde, hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Kanaatimizce örgüte ilişkin bildiklerini samimi bir şekilde anlatan ve etkin pişmanlıktan faydalanmak istemediğini, bu kurumun hüküm ve sonuçları kendisine anlatılmış olmasına rağmen özgür iradesine dayalı olarak ortaya koymamış olan failin, her durumda suçunu kabul edip örgütün kurucusu, yöneticisi ya da üyesi olduğunu kabul etmesi beklenmemelidir. Çünkü toplumda, terör örgütü mensubu dendiğinde insanların aklına, silahlı veya bombalı eylem yapan, mayın döşeyen, asker ve sivil kişilerin canına kasteden, kamuya veya özel kişilere ait mallara zarar veren ve kendine özgü kıyafetleri olan kişiler gelmektedir. Çoğu terör örgütü böyle olmakla beraber bazı atipik terör örgütlerinde örgütsel eylem kimi zaman sadece gizli bir haberleşme programının kullanılması, dini görünümlü ancak esasen örgüt faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen sohbet toplantılarına anlatıcı veya dinleyici olarak katılması, devlet kurumlarına örgütün amacı doğrultusunda eleman yetiştirilmesine yönelik görev icra edilmesi vb. şekillerde kendini gösterebilmektedir. Hal böyle olunca atipik terör örgütü mensubu kimi zaman örgütün yapısını, faaliyetlerini ve bildiği örgüt mensuplarını samimi bir şekilde anlatmasına rağmen, belleğindeki terör ve terör örgütü üyeliği kavramına göre, bu tür eylemlerinin suç oluşturmadığı düşüncesiyle, suç işlemediğini, başka bir ifadeyle örgüt mensubu olmadığını söylemektedir. Bu kişilerin, örgütten uzak tutulabilmesi, topluma yeniden kazandırılması ve hücre tipi yapılanan ve gizliliğe azami dikkat gösteren terör örgütlerinin çözülebilmesi için samimiyetleri ve örgüte ilişkin anlattıkları dikkate alınarak haklarında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.

D. 221/4. Maddede Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hali

TCK'nın 221/4. maddesinde örgüt kurucusu, yöneticisi, örgüt üyesi, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek veya isteyerek yardım edenler bakımından etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre, suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi gönüllü olarak teslim olup örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi verirse hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

Gereçeye göre, bu maddenin düzenlenmesindeki amaç, kişinin suç işlemek için kurulmuş olan örgütün kurucusu, yöneticisi veya üyesi olmakla birlikte, örgütün ulaştığı yapılanma itibarıyla dağılmasını sağlama imkânından

⁹⁴ Yargıtay 16. CD 24/04/2019 tarih ve 2019/685 E, 2019/2835 K, Erişim Tarihi: 03/03/2020, Uyar Karar Arama.

yoksun olması halinde, söz konusu kişilerin belli şartlarda etkin pişmanlıktan yararlanmasını sağlamaktır. Gerekçe incelendiğinde, kanun koyucunun amacının, etkin pişmanlık gösteren ve örgüte ilişkin samimi anlatımlarda bulunarak örgüte dair bilgi veren ve fakat durumu TCK'nın 221. maddesinin ilk 3 fıkrası şartlarına uygun olmayan kişinin bu davranışının karşılıksız bırakılmaması düşüncesi olduğu anlaşılmaktadır. Buradan hareketle, ilk 3 fıkrada yer verilen şartlar oluştuğunda kişinin aleyhine sonuç doğurabilecek 4. fıkra hükmünün uygulanmaması gerektiği söylenebilir.

Terör örgütü üyesi, TCK'nın 221/4. madde hükmünden yararlanabilmek için hiçbir baskı altında kalmaksızın hangi amaçla olursa olsun kendi özgür iradesiyle gönüllü olarak terör örgütünden ayrıldığını bildirmelidir.⁹⁵ Terör örgütü üyesinin, örgüt mensuplarıyla anlaşmazlığa düşmesi veya ailevi nedenlerden dolayı teslim olmasının bir önemi yoktur. Kişi, dış etkenlerin zorlaması olmaksızın, iradi olarak teslim olmalıdır.⁹⁶

Terör örgütü üyesinin, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili vermiş olduğu bilginin, örgütte geçirdiği süre ve konumu itibarıyla somut, makul, yeterli ve elverişli olması gerekir. Bu nitelikteki bilgi, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlayamasa ve örgütün suç işlemesini önleyemese de kişi hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.⁹⁷

Terör örgütü üyesinin, etkin pişmanlık iradesi göstererek, kendisinin ve diğer örgüt mensuplarının eylemlerini açıkça ifade etmesi durumu TCK'nın 221/4. maddesi kapsamında etkin pişmanlık için yeterlidir. Kişinin, örgüt içerisinde bilgisi dâhilinde gerçekleşen faaliyetlerle ilgili verdiği bilgilerin daha önceden güvenlik güçlerinin elinde olup olmaması önemli değildir.⁹⁸

Mahkemenin, TCK'nın 221/4. maddesine göre değerlendirme yaparken, kişinin etkin pişmanlık kapsamında verdiği bilgilerin örgütte geçirdiği süre ve konumu itibarıyla yeterli olup olmadığını takdir etmesi ve mevcut bilgilerle uyumluluğunu ilgili birimlerden sorarak araştırması gerekmektedir.⁹⁹ Mahkeme

⁹⁵ Şen/Eryıldız, s. 358; Arslantürk, s. 340; Turabi, s. 341; Yenidünya/İçer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK. m. 220, 221), s. 109; Yaşar/Gökcan/Artaç'a göre, kişinin örgütten ayrıldığını beyan ettiği tarihten sonra herhangi bir örgütsel faaliyette bulunduğu dair delil elde edilememesi durumunda örgütten ayrıldığının kabulü gerekir. Her durumda ilgili makamlara örgütten ayrıldığının bildirilmiş olunması şartı aranmamalıdır. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 6704.

⁹⁶ Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 09/03/2020, Uyap Karar Arama.

⁹⁷ Aynı yönde bkz. Şen/Eryıldız, s. 369-370; Turabi, s. 341; Arslantürk, s. 340; Sarıtaş, s. 534-535.

⁹⁸ Yargıtay 16. CD 12/05/2015 tarih ve 2015/1426 E, 2015/1292 K, Erişim Tarihi: 13/03/2020, Uyap Karar Arama.

⁹⁹ Yargıtay 16. CD 11/09/2019 tarih ve 2019/3014 E, 2019/5200K. ; "...FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile bağlantılı kişiler hakkında ad ve soyadları ile mesleklerini belirtmek suretiyle

yaptığı inceleme sonucu, terör örgütü üyesinin pişmanlık duymadığını, etkin pişmanlıktan faydalanmak için verdiği bilginin samimi olmadığını tespit edip, sanığın verdiği bilginin sırf kendisini cezadan kurtarma amaçlı olarak sınırlı düzeyde olduğu kanaatine varırsa sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerini uygulamayacaktır.¹⁰⁰

Kanunda sayılan kişilerin, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgileri gönüllü olarak teslim olmayıp, yakalandıktan sonra vermesi halinde TCK'nın 221/4. maddesinin 2. cümlesine göre artık bir cezasızlık durumu söz konusu olmayacak, kişi hakkında verilecek cezadan üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılacaktır. Bu iki sınır arasında yapılacak indirim, verilen bilginin niteliği, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ya da diğer örgüt mensuplarının tespiti ile ilgili olmak üzere elverişlilik derecesi, ceza soruşturması ya da kovuşturmasının hangi aşamasında etkin pişmanlıkta bulunduğu gibi kıstaslar nazara alınarak mahkeme tarafından takdir ve tayin edilecektir.¹⁰¹

TCK'nın 221/4. maddesinin 2. fıkrasına göre verilecek cezadaki indirim oranının üst sınıra yakınlığı sanığın vermiş olduğu bilgilerin örgütte geçirdiği süre ve örgüt içerisindeki konumu ile uyumlu ve yeterli olmasına bağlıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, verdiği bir kararda, sanığın Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY)'na ilişkin örgütte kaldığı süreyle, örgütteki konumuyla, yerleştirildiği yargısal ve idari kurumların önemiyle büyük oranda uyumlu olarak hem örgütün yargı yapılanması, hem de bu yapılanmaya dahil olduğunu belirttiği çok sayıda kişi hakkında bilgi vermiş ve bu ifadelerini sürdürmüş olması, 62 örgüt mensubu hakkında farklı davalarda tanıklık yapmasına karşın, dosyadaki delillere göre, sanığın referans olduğu örgüt mensuplarına, görev süresince konumu itibarıyla

bilgi vererek pişmanlığını ifade eden sanığın, bildirdiği kişilerle ilgili olarak yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma olup olmadığı ve beyanlarının söz konusu kişiler hakkındaki soruşturma veya kovuşturmalardan değerlendirilip değerlendirilmediği de saptandıktan sonra, sanık hakkında TCK'nın 221/4-2. cümlesinde düzenlenen etkin pişmanlık halinin uygulanması gerektiği..." Yargıtay 16. CD 11/07/2018 tarih ve 2018/910 E, 2018/2482 K, Erişim Tarihi: 13/03/2020, Uyap Karar Arama.

¹⁰⁰ Yargıtay, yerel mahkemenin hakkında bylock kullandığı tespit edilen ve buna ilişkin Log kayıtları da dosyaya gelen sanığın, etkin pişmanlıktan faydalanmak istediğini belirterek örgüte ilişkin bilgiler vermesine karşın, aşamalarda Bylock uygulamasını kullanmadığını, HTS kayıtlarında aynı suçtan soruşturma ve kovuşturma yürütülen kişiler ile bir çok görüşmesinin olmasına karşın bu kişileri tanımadığını belirtmesi, ifadesinde bahsettiği isimlerin zaten aynı suçtan yargılanan, hakkında kovuşturma bulunan kişiler olması ve sanığın örgüt içinde bir çok evden sorumlu olması, bölge talebe mesullüğü görevinde bulunmasına rağmen örgütsel konumu ile uygun olacak şekilde ifade vermemesi sebebiyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmamasına dair verdiği kararı onamıştır. Bkz. Yargıtay 16. CD 07/03/2019 tarih ve 2018/4995 E, 2019/1555K, Erişim Tarihi:14/04/2020, Uyap Karar Arama.

¹⁰¹ Yargıtay 16. CD 11/09/2019 tarih ve 2019/2887 E, 2019/5166 K, Erişim Tarihi: 13/03/2020, Uyap Karar Arama.

kendisiyle irtibat kurup örgüt ve mensupları lehine talepte bulunan diğer kişilere ilişkin açıklamalarda bulunmaması, dolayısıyla örgütle ilgili muhakkak vakıf olduğu değerlendirilen tüm bilgileri paylaşmamasından bahisle etkin pişmanlık nedeniyle uygulanan indirim oranının üst sınırdan olmamakla birlikte 5/8 oranında üst sınıra yakın olarak belirlenmesinin isabetli olduğunu belirtmiştir.¹⁰² Yargıtay, vermiş olduğu başka bir kararında ise, etkin pişmanlık kapsamında FETÖ/PDY ile lise öğrencisi iken tanıştığını, örgüte ait dershaneye gittiğini, üniversite öğrencisi iken örgütün yurdu ile öğrenci evlerinde kaldığını, örgüt sohbetlerine katıldığını, örgüt içerisinde ev abiliği, yurt belletmenliği, bölge talebe mesullüğü, küçük bölge imamlığı görevlerini yürüttüğünü anlatıp örgüte mensup olduğu değerlendirilen 61 kişiyi teşhis eden sanık hakkında yerel mahkeme tarafından yapılan değerlendirme sonucu sanığın 2000-2009 yılları arasında örgüt hiyerarşisine bağlı olduğu kabul edilerek, sanığın tanık anlatımlarına göre örgütün askeri yapılanmasında da görev aldığı, fakat bu husustan savunmasında bahsetmediği ve sorumluluğundaki askeri personellerin isimlerini vermediği gerekçesiyle sanığın cezasında yapılan asgari düzeydeki (1/3) indirimi, sanığın örgütte kaldığı süre ve konumu itibarıyla, örgütün yapısı, faaliyetleri ile verdiği bilgilerin faydalılık derecesi ve yargılama sürecinde etkin pişmanlıkta bulunduğu aşama gözetildiğinde, uygulanan kanun maddesinin amaç ve gerekçesi ile orantılılık ilkesi gereği dosya kapsamına ve hakkaniyete göre yetersiz bulmuştur.¹⁰³

Yakalama, bir kişinin hâkim kararı olmaksızın geçici bir süre için özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Yargıtay'a göre, TCK'nın 221. maddesinde belirtilen adli yakalamadır. Adli yakalama, tutuklamanın mümkün kılınması ve dolayısıyla ceza muhakemesinin salâhiyetli ve emniyetli yapılabilmesi gayesi ile veya henüz bir tutuklama kararı verilmeden önce şüpheli veya sanığın kişi hürriyetinin ortadan kaldırılmasıdır. Yakalama, geçici sürelidir ve zorunlu hallerde başvurulabilir. CMK'nın 90. maddesinde adli yakalamanın türlerine yer verilmiştir. Adli yakalama, CMK'da suçüstü hali, tutuklama kararı düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk görevlilerince yapılan yakalama ve kesinleşmiş hapis cezasının infazı için yakalama şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bu şartlar dışında kişinin tutulması, ceza muhakemesi hukukuna göre yakalama sayılmayacağından etkin pişmanlık hükümleri bakımından yakalanma sonuçlarını doğurmaz. Failin, kaçak olmayıp adresi belli olması, kendisine kolaylıkla ulaşılabilir veya çağrıldığında gelebilecek durumda bulunan kişilerden olması halinde çağrı yapılmadan kolluk tarafından tutulması TCK'nın 221. maddesi yönünden

¹⁰² YCGK 02/07/2019 tarih ve 2019/9. MD-312 E, 2019/514 K, Erişim Tarihi: 14/04/2020, Uyap Karar Arama.

¹⁰³ Yargıtay 16. CD 18/11/2019 tarih ve 2019/3879 E, 2019/6975 K, Erişim Tarihi:14/04/2020, Uyap Karar Arama.

yakalanma sayılmayacaktır.¹⁰⁴ Doktrinde, yakalanacağını anlayan terör örgütü üyesinin örneğin, bir toplu taşıma aracında seyahat ederken ve kolluk görevlilerinin önleme araması yaparken, herkesin kimliğini kontrol ettiğini görüp erken davranarak teslim olmak istediğini söylemesinin gönüllü olarak teslim olma şartını sağlamadığına ilişkin görüşe TCK'nın 221/4. maddesinde kastedilenin adli yakalama olması sebebiyle katılmak mümkün değildir.¹⁰⁵

Yeri gelmişken yakalamaya ilişkin uygulamada haksız sonuçlar doğuran bir duruma değinmek gerekmektedir. Geçmişte Ergenekon ve Balyoz soruşturmalarında gördüğümüz üzere, günümüzde ise FETÖ/PDY soruşturmalarında, genellikle, sabahın erken saatlerinde CMK'nın 116. maddesine göre failerin konutlarında arama yapılmakta ve fail konutunda ise kolluk görevlilerince yakalanmaktadır. Eğer yakalanmış olan bu kişiler örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi verilerse ve mahkeme tarafından verilen bilgiler elverişli, makul ve yararlı bulunursa haklarında TCK'nın 221/4. maddesinin lafzına göre 2. cümle uyarınca verilecek cezada indirim yapılacaktır. Ancak bir sebeple, arama yapılırken kişinin konutunda bulunmaması halinde hakkında CMK'nın 98. maddesine göre yakalama emri çıkartılacaktır. Hakkında yakalama emri bulunan kişi, kaçmayı belli bir süre başarıp yakalanmaz ve sonra kolluk birimlerine ya da Cumhuriyet savcılığına başvurarak gönüllü olarak teslim olmak istediğini bildirip, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi verirse ve mahkeme tarafından verilen bilgiler elverişli, makul ve yararlı bulunursa bu kişi hakkında TCK'nın 221/4. maddesinin lafzına göre 1. cümle uyarınca etkin pişmanlık sebebiyle cezaya hükmolunmayacaktır. Yine aynı şekilde konutta yapılan arama esnasında bir sebeple orada bulunmayan şüphelinin sonrasında, konutunda arama işlemi yapıldığını, bu suretle hakkında soruşturma yürütüldüğünü bir şekilde öğrenmesi üzerine, kolluk birimine ya da Cumhuriyet savcılığına kendiliğinden başvurması halinde CMK kapsamında bir yakalanma söz konusu olmadığından TCK'nın 221/4. maddesinin 1. cümlesi gereği hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Yani 221. maddeye göre; konutunda yapılan arama neticesi yakalanan terör örgütü üyesi hakkında verilecek cezada indirim yapılacak, ancak konutunda yakalanamamış, arama işlemini öğrenmesi üzerine ilgili birimlere teslim olmuş veya bir süre kaçmayı başarmış sonrasında ise gönüllü olarak teslim olmuş terör örgütü üyesi hakkında cezasızlık hali söz konusu olacaktır. Bu durum ceza adaleti bakımından isabetli değildir.

Kanaatimizce, yapılacak bir yasal düzenleme ile klasik suç örgütlerinden farklı olarak terör suçlarında TCK'nın 221. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması bakımından, gönüllü olarak teslim olmak şartı aranmaksızın, verilen bilginin

¹⁰⁴ Yargıtay 16. CD 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 18/03/2020, Uyap Karar Arama.

¹⁰⁵ Keklik, s. 114.

niteliği, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ya da diğer örgüt mensuplarının tespiti ile ilgili olmak üzere verilen bilginin elverişliliği, etkin pişmanlığın ceza soruşturması ya da kovuşturmasının hangi aşamasında mevcut olduğu gibi kıstaslar nazara alınarak cezasızlık hali yanı sıra cezada indirim yapılmasına ilişkin mahkemeye geniş takdir hakkı tanınmalıdır. Terör örgütü üyesinin ne şekilde yargı makamının önüne geldiği değil, pişmanlığı, samimiyeti ve örgüte dair verdiği bilgileri önemsenmelidir.

Terör örgütü üyeliği suçu yönünden, TCK'nın 221. maddesinin 3. ve 4. fıkraları birbirine yakın düzenlemeler içermekle birlikte, iki düzenleme arasında bazı farklılıklar mevcuttur. TCK'nın 221/3. fıkrasında pişmanlık duyulması üzerine örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi verilmesi gerekirken, TCK'nın 221/4. fıkrasında ise örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi verilmesi yeterlidir.¹⁰⁶ Ancak yakalanma neticesi verilen bilgilerle, hem örgütün dağılması veya mensuplarının yakalanması, hem de örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi edinilmesi gerçekleştiyse sanık lehine olan TCK 221/3. madde hükmü uygulanmalıdır.¹⁰⁷ Bir diğer farklılık olarak, TCK'nın 221/3. fıkrasında örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edilmemiş olması gerekirken, TCK'nın 221/4. fıkrası bakımından böyle bir şart yoktur. Son olarak, TCK'nın 221/3. fıkrasında kişinin örgüte ilişkin bilgiyi yakalandıktan sonra, TCK'nın 221/4. fıkrasının ilk cümlesine göre ise gönüllü olarak teslim olduktan sonra vermesi gerektiği belirtilmiştir.

Doktrinde, etkin pişmanlığın kanunda aksine bir düzenleme yok ise ancak hüküm anına kadar mümkün olduğuna dair görüş bulunmaktadır.¹⁰⁸ Bir başka görüşe göre ise etkin pişmanlık, ilk derece yargılamasında ve istinaf aşamasında mümkündür ve ilk kez temyiz aşamasında gündeme getirilen

¹⁰⁶ "...TCK'nın 221/4. fıkrasının 2. cümlesinden yararlanabilmek için; failin yakalandıktan sonra bilgisi ölçüsünde örgüt içerisindeki konumuyla uyumlu şekilde kendisinin ve diğer örgüt üyelerinin eylemleri, örgütün yapısı ve faaliyetleriyle ilgili yeterli ve samimi bilgi vererek suçtan pişmanlığını söz ve davranışlarıyla göstermesi gerekmektedir. Bu bilgi maddenin üçüncü fıkrasında aranan, örgütü çöktecek nitelikteki bilgi değildir. Verilen bilginin önemi cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır..." Yargıtay 16. CD 11/09/2019 tarih ve 2019/2887 E, 2019/5166 K, Erişim Tarihi: 23/03/2020, Uyar Karar Arama.

¹⁰⁷ Şen/Eryıldız, s. 367; Doktrindeki, herhangi bir suça iştirak etmemiş olan ve etkin pişmanlık göstererek sadece örgütün yapısı ve mensupları hakkında örgütteki konumuna uygun bilgi veren terör örgütü üyesi hakkında 4. fıkra değil 3. fıkra hükümleri uygulanması gerektiği şeklindeki görüşe bize göre, Kanun lafzına göre 4. fıkra uygulanması gerektiğinden katılmıyoruz. Bkz. Bodur/Özkul, s. 279-280.

¹⁰⁸ Keklik, s. 26, 117; Yazar, hükümden sonra fakat karar kesinleşmeden önce gerçekleştirilen etkin pişmanlık davranışının, hükmün sırf bu nedenle bozulmasını veya düzeltilmesini gerektirmeyeceğini, ancak hüküm başka bir gerekçeyle bozulursa bu durumda etkin pişmanlık davranışının yeni hükümde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Keklik, s. 176-177.

etkin pişmanlık beyanı dikkate alınmaz.¹⁰⁹ Kanaatimizce etkin pişmanlık hükümleri sadece yerel mahkeme aşamasında değil, hüküm kesinleşinceye kadar istinaf ve temyiz aşamalarında da uygulanabilir. Yargıtay'a göre, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması talebi ilk kez istinaf ya da temyizde ileri sürülmüşse dikkate alınmalıdır.¹¹⁰

E. Etkin Pişmanlıktan Yararlananlar Hakkında Denetimli Serbestlik Tedbirine Hükmedilmesi (TCK 221/5)

TCK'nın 221/5. maddesine göre etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükümlenilecektir. Denetimli serbestlik tedbirinin süresinin üç yıla kadar uzatılabilmesi mümkündür.

Kanun koyucu etkin pişmanlıktan yararlanarak serbest bırakılan kişiler açısından güvenlik ve topluma uyum sorunu yaşanması sebebiyle bu kişiler hakkında 1 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesini emretmiştir. 1 yıllık süre kişinin serbest bırakıldığı andan itibaren başlayacaktır. Denetimli serbestlik tedbiri, etkin pişmanlık sebebiyle hakkında cezaya hükümlenmeyen ya da cezasında indirim yapılan terör örgütü üyesi için fark gözetmeksizin uygulanacaktır. Uygulanmasına başlanan denetimli serbestlik tedbirinin süresi hâkim kararıyla uzatılabilir. Ancak toplam denetimli serbestlik süresi 3 yılı geçemez.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 74/1. maddesine göre etkin pişmanlıktan yararlanan kişilere uygulanacak denetimli serbestlik tedbiri, bu kişilerin toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesini öngören tedbirlerdir.

¹⁰⁹ Şen/Eryıldız, s. 476.

¹¹⁰ "...sanığın temyiz aşamasında dosyaya gönderdiği dilekçesinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğini belirtmesi ve 08.01.2019 tarihli müdafî tarafından sunulan temyiz nedenlerini bildirir dilekçesinde sanığın etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğine ilişkin iradesini devam ettirdiğinin anlaşılması karşısında, duruşmada hazır edilerek beyanlarının alınması ve adı geçen sanığın örgütte kaldığı süre ve konumu itibarıyla verdiği bilgilerin doğru ve faydalı olup olmadığı konusunda ilgili birimlerden gerekli araştırmaların yapılarak sonucuna göre sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmasında zorunluluk bulunması..." Yargıtay 16. CD 25/06/2019 tarih ve 2019/2621E, 2019/4462K, Erişim Tarihi: 23/03/2020, Uyap Karar Arama; "...Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin kararından sonra temyiz aşamasında Bolu Cumhuriyet Başsavcılığına müracaatla, 16.07.2019 tarihinde ifade veren hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını isteyen ve bu kapsamda bilgiler veren sanığın duruşmaya çağırılıp etraflıca ifadesi alınarak verdiği bilgilerin örgütte kaldığı süre, örgütsel konum ve faaliyetlerine uygun ve faydalı bilgiler olup olmadığı, eldeki bilgilerle örtüşüp örtüşmediği değerlendirilerek sonucuna göre hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmesi lüzumu..." Yargıtay 16. CD 26/09/2019 tarih ve 2019/1988 E, 2019/5614 K, Erişim Tarihi: 23/03/2020, Uyap Karar Arama.

Denetimli serbestlik tedbirlerinin amacı, kişiye topluma uyum konusunda destek sağlamaktır. Söz konusu Yönetmeliğin 74/3. maddesine göre denetimli serbestlik müdürlüğüne, etkin pişmanlıktan yararlanan kişinin müracaatı sonrası risk ve ihtiyaçları göz önüne alınarak uygulanacak rehberlik çalışmaları belirlenmekte, kişi ilgisine ve ihtiyaçlarına göre uygun etkinliklere ve meslek edindirmeye yönelik kurs ya da programlara yönlendirilmektedir. Denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında etkin pişmanlıktan yararlanan kişinin, öfke kontrolü programı, hayat için değişim programı, stresle başa çıkabilmek, bağımlılık, iletişim becerileri, çatışma çözme, motivasyon vb. konularda seminer ve konferanslara katılması sağlanmaktadır.¹¹¹

Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler için denetimli serbestlik tedbiri, bu kişilerin yaşamlarının geri kalan kısmını uzman desteği alarak planlama ve bu suretle yaşam kalitelerini artırma işlevi taşır.

Etkin pişmanlıktan yararlanmış olan terör örgütü üyesinin bu tip örgütlere yeniden katılmasının önlenmesi, ayrıldığı örgütle görüşmemesi, bu amaçla takibi, aksi davranışların tespiti halinde terör örgütü üyesinin etkin pişmanlığının geri alınması, örgütlü suç maksadıyla bir araya gelmesinin bertaraf edilmesi hedefiyle terör örgütlerinin insan gücünün kırılması¹¹² ve etkin pişmanlıktan yararlanan terör örgütü üyesinin topluma kazandırılması gerekir, denetimli serbestlik tedbiri bu bakımdan önemli bir fonksiyona sahiptir.

F. Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Tekrar Uygulanamaması (TCK 221/6)

TCK'nın 221/6. maddesinde, kişi hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin birden fazla uygulanamayacağı belirtilerek bu hususta bir sınırlama getirilmiştir. Etkin pişmanlıktan yararlanan örgüt mensubu ayrıldığı terör örgütüne değil de, bir başka terör örgütüne dâhil olsa da hakkında yeniden etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.¹¹³ Kanun koyucu, TCK'nın 221. maddesinde toplumun güvenliği ve huzuru için etkin pişmanlık hükümlerini düzenleyerek, örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmesinin önlenmesine ve örgütün dağıtılmasına yönelik olarak bazı örgüt mensuplarının cezalandırılmaması ya da cezadan indirim yapılması yoluna gitmiştir. Ancak kamu düzeninin tesisi bakımından, etkin pişmanlıktan faydalanan örgüt mensubunun aynı suçu tekrar işlemesi halinde cezalandırılmasında fayda vardır.¹¹⁴

Kanaatimizce etkin pişmanlık hükümlerinin terör örgütü üyesinin örgütle olan irtibatının kesilmesi ve yeniden topluma kazandırılması amacı karşısında

¹¹¹ Işık, Esat, Türkiye'de Denetimli Serbestlik Uygulamaları, Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı "Uluslararası Yaklaşımlar", Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayımı, 2015, İstanbul, s. 6.

¹¹² Şen/Eryıldız, s. 383.

¹¹³ Sarıtaş, s. 451.

¹¹⁴ Yenidünya/İçer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK. m.220, 221), s. 114.

kişinin tekrar aynı suçu işlemesi halinde etkin pişmanlıktan faydalanmak istediğine ilişkin beyanı samimi olmayacaktır.

8. Etkin Pişmanlık Uygulamasının Sonuçları

TCK'nın 221. maddesinin ilk üç fıkrası ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesine giren hallerde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan kişiler hakkında cezasızlık hali uygulanacaktır. TCK'nın 221/4. maddesinin ikinci cümlesine giren hallerde ise verilecek cezada indirim yapılacaktır. Cezasızlık hali de bir mahkûmiyet hükmüdür.¹¹⁵ CMK'nın 223/4. maddesine göre, etkin pişmanlık sebebiyle fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi halinde işlenen fiil, suç olma özelliğini devam ettirmektedir. Ceza verilmesine yer olmadığına dair verilmiş olan kararda, dosyada bulunan deliller doğrultusunda kişinin terör örgütü üyeliği suçunun sübuta erdiği kabul edilir ancak kişinin etkin pişmanlıktan faydalanması sebebiyle ceza verilmez, cezasızlık hali uygulanır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-g maddesine göre, etkin pişmanlık sebebiyle verilen kararlar adli sicile kaydedilir. Ancak aynı Kanun'un 9/1-b maddesi uyarınca bu kayıtlar adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınır.

TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri örgüt kurmak, yönetmek, örgüte üye olmak, örgüt adına suç işlemek, bilerek ve isteyerek örgüte yardım etmek suçları bakımından söz konusudur. Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar bu durumdan bağımsız olarak cezalandırılacaktır.

Mevcut yasa hükümleri karşısında, kanaatimizce etkin pişmanlık sebebiyle Cumhuriyet savcısının cezasızlık halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Doktrinde, bunun mümkün olduğuna ilişkin görüşler¹¹⁶ ve bu yöndeki Yargıtay kararına¹¹⁷ karşın, bize göre, TCK'nın 221. maddesinin gerekçesi ve TCK'nın 221/5. maddesi gereği terör örgütü üyeliği suçu bakımından Cumhuriyet savcısı etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma ihtimali olan durumlarda iddianame düzenleyip kamu davasını açmalı ve bu konuda değerlendirmeyi mahkeme yapmalıdır.

Cumhuriyet savcısının CMK'nın 171/1. maddesine göre cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren

¹¹⁵ Cezasızlık halinin bir mahkûmiyet hükmü olduğuna dair bkz. Kavlak, s. 448; Hafzoğulları/Kurşun, s. 42; Bodur/Özkul, s. 268; Cezasızlık halinin bir mahkûmiyet hükmü olmadığına dair bkz. Şen/Eryıldız, s. 459.

¹¹⁶ Arslantürk, s. 337; Keklik, s. 123; ayrıca Keklik, Cumhuriyet savcısının etkin pişmanlık sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebileceğini kabul etmekte ise de, bu durumda denetimli serbestlik tedbirine hükmedilip hükmedilemeyeceğine dair bir düzenleme olmamasını bir eksiklik olarak görmektedir.

¹¹⁷ Yargıtay 24/04/2017 tarih ve 2015/3 E, 2017/3 K, Erişim Tarihi: 25/03/2020, Uyar Karar Arama.

koşulların varlığı halinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilme yetkisi vardır. Fakat doktrinde aksi yönde görüş bulursa da¹¹⁸ terör örgütü üyeliği suçu bakımından bu hükmün uygulanması kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü TCK'nın 221/3. maddesinin gerekçesinde verilen bilginin, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olup olmadığına ilişkin takdir yetkisinin mahkemeye ait olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar madde gerekçesi bağlayıcı olmasa da yorum aracı olarak kullanılmak suretiyle burada kanun koyucunun etkin pişmanlık halinin mahkeme tarafından değerlendirilmesini arzuladığı söylenebilir. Nitekim, TCK'nın 221. maddesinin 3. ve 4. fıkraları bakımından verilen bilginin örgütün dağılmasına ya da mensuplarının yakalanmasına veya örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin elverişli, makul ve yararlı olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin Cumhuriyet savcısı yerine 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre davaya bakmakla görevli heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince yapılması daha isabetli olacaktır. TCK'nın 221. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesi gereği indirim yapılarak ceza verileceği belirtilmekle Cumhuriyet savcısı tarafından bunun yapılabilmesi zaten mümkün değildir. Ayrıca TCK'nın 221/5. maddesine göre denetimli serbestlik tedbiri, hem etkin pişmanlık sebebiyle hakkında cezaya hükmolunmayan hem de cezasında indirim yapılan terör örgütü üyesi için uygulanacaktır. Dolayısıyla TCK'nın 221/5. fıkrası düzenlemesi ilk 4 fıkarda yer verilen tüm etkin pişmanlık hallerini kapsayıcı niteliktedir. TCK'nın 221/5. fıkrasının gerekçesinde uygulanmasına başlanan denetimli serbestlik tedbirinin süresinin hâkim kararıyla uzatılabileceği belirtilmiştir. Cezasızlık hali olduğunda Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebileceği ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedeceği, cezada indirim yapılması gereken durumlarda ise mahkemenin denetimli serbestlik tedbirine hükmedeceğini söylemek mümkün değildir.¹¹⁹

Kanaatimizce yapılacak bir yasal değişiklikle, belirli şartlar dâhilinde ve sınırlı olmak üzere Cumhuriyet savcısının etkin pişmanlıktan yararlanan birtakım kişiler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilmesi sağlanmalıdır. Soruşturma evresinde özellikle gizli tanık olarak örgütün çözülmesine ilişkin önemli bilgiler veren kişilerin, ismini verdiği örgüt mensuplarıyla aynı ortamda bulunması ve birlikte yargılanması hem gizli tanığın hayatını tehlikeye atabilmekte hem de yargılamanın sağlıklı işleyişine engel olabilmektedir. Diğer taraftan, gizliliğe ve tedbire azami derecede

¹¹⁸ Yenidünya/İçer, 221. maddenin 1., 2., 3. fıkraları ile 4. fıkranın 1. cümlesi bakımından Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebileceğini ancak aynı fıkranın 2. cümlesinde cezasızlık hali değil, cezada indirim öngörüldüğünden bunun mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Yenidünya/İçer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK. m.220, 221), s. 112.

¹¹⁹ Şen/Eryıldız, s. 376; Bodur/Özkul, s. 282-283.

dikkat eden örgütlerde tanık beyanının oldukça önemli olması, hatta bazı örgüt üyelerinin deşifre edilebilmesinde bu beyanların yegane delil olması ve örgütün çözülebilmesi için mensuplarının etkin pişmanlıktan faydalanmaya teşvik edilebilmesi açısından samimi ve yararlı bilgiler veren gizli tanıkların Cumhuriyet savcısı ile anlaşması sağlanarak bu kişiler hakkında dava açılmaksızın kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilebilmelidir.¹²⁰

SONUÇ

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık gösteren birtakım davranışlar sergilemesi sonucu, cezayı ortadan kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren durumdur. Etkin pişmanlık genel bir hüküm değildir. Sadece kanunda düzenlenen suçlarda söz konusu olur. Terör örgütü üyeliği suçu etkin pişmanlığın mümkün olduğu suçlardandır. TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri Kanun'un 314/3. maddesindeki atıf dolayısıyla terör örgütü üyeliği suçu için de geçerlidir. TCK'nın 221. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde kişiye terör örgütü üyeliği suçu sebebiyle ceza verilmeyecek ya da cezasında indirim yapılacaktır. Ancak kişi, terör örgütünün faaliyeti kapsamında herhangi bir suç işlemiş ise bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Terör örgütlerinin çözülmesini sağlayabilmek, insan kaynağını kurutabilmek ve pişman olan terör suçlularını yeniden topluma kazandırabilmek bakımından etkin pişmanlık oldukça önemlidir.

Etkin pişmanlık hükümleri uygulanırken dikkatli davranılmalı, mahkemeleri yanıltıcı, kendisini kurtarmak için başkalarına suç atfetmeye yönelik bilgi verenlerle, samimi bir şekilde örgüte dair bilgi verenler birbirinden ayrılmalıdır.

Terör örgütü, amaç ve ideolojisini mensuplarına endokrine etmekte, onların beyinlerini yıkamakta ve bu kişilerin iradelerini örgüte teslim ederek, verilecek emirleri sorgulamaksızın yerine getirmelerini sağlamaktadır. Dolayısıyla, uzun yıllar terör örgütü içerisinde yer alan kişilerin örgütten kopmaları zor olmaktadır. Mahkemeler bu hususu göz önünde bulundurmalıdır. Etkin pişmanlık değerlendirmesi yapılırken terör örgütü üyesinin, örgütte geçirdiği süreyi, görevini, örgüt içi ilişkilerini ve kişiliğini dikkate alarak onların örgütle bağıni koparacak ve yeniden topluma kazandıracak şekilde hareket edilmelidir.

Etkin pişmanlık, atipik özellik gösteren, gizliliğe azami derecede önem veren, hücre tipi yapılanan terör örgütlerinin çözülebilmesi açısından özendirilmelidir. Terör örgütlerine dair en etkili bilgilerin, yine örgütün kendi mensuplarından alınabileceği unutulmamalıdır.

Terör örgütü üyesinin etkin pişmanlıktan faydalanması için, suçunu kabul

¹²⁰ Benzer görüş için bkz. Şen/Eryıldız, s. 377-378.

etmesi ve etkin pişmanlıktan faydalanmak istediğini açıkça belirtmesi şartı aranmaksızın, samimi olarak örgüte dair yararlı bilgi vermesi halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.

Yapılacak yasa değişikliğiyle, etkin pişmanlıktan faydalanmak isteyen kişinin, yargı makamı önüne ne şekilde geldiğine değil, samimiyetine ve örgüte dair anlatımlarına göre hukuki durumunun değerlendirilmesi sağlanmalıdır.

Cumhuriyet savcılarında etkin pişmanlığın özendirilmesi ve etkin pişmanlıktan faydalanan kişilerin güvenliği için yasa değişikliğiyle, terör örgütü üyeliği suçu bakımından belirli şartlar dâhilinde ve sınırlı olmak üzere kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilme yetkisi tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abdurrahmanlı, Elvin, Küreselleşme Olgusuyla Birlikte Büyüyen Terörizm, Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, Cilt 5, Sayı 18, Ocak 2018, 93-118.
- Arslantürk, Mustafa, Örgütlü Bölme ve Kalkışma Soruşturmaları, Seçkin Yayınevi, 2018, Ankara.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, 2018, Ankara.
- Baba, Yasemin, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, XII Levha Yayıncılık, 2013, İstanbul.
- Bodur, Nurullah/Özkul, Eshat, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2019, Ankara.
- Dursun, İsmail, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2008, İstanbul.
- Ersan, Aykut, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md.220), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71 , Sayı 1 , Oca 2013, 381 - 409.
- Evik, Vesile Sonay, Silahlı Örgütlenme Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, 101-133.
- Evik, Vesile Sonay, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Ocak 2013, 667-697.
- Gültaş, Veysel, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Etkin Pişmanlık T.C.K. 220-221, Bilge Yayınevi, 2008, Ankara.
- Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günel, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 71, 2007, 25-80.

- Helvacıköylü, Gamze, https://tasam.org/tr-TR/Icerik/515/teror_nedir, Erişim Tarihi: 21/12/2019.
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10/01/2020 (Anayasa Mahkemesi Karar Arama)
- <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 21/12/2019.
- Işık, Esat, Türkiye'de Denetimli Serbestlik Uygulamaları, Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı "Uluslararası Yaklaşımlar", Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayını, 2015, İstanbul.
- Kavlak, Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2013, Ankara.
- Keklik, Ramazan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, Adalet Yayınevi, 2016, Ankara.
- Lyngbo Mikael/Yenisey, Feridun/Topçu, Namık Kemal/Tozman, Önder/Şahin, Kemal, Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, 2014.
- Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 10. Bası, 2017, Ankara.
- Sarıtaş, Erkan, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, XII Yayıncılık, 2018, İstanbul.
- Şen, Ersan/Eryıldız, Sefa, Suç Örgütü, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019, Ankara.
- Tozman, Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara.
- Turabi, Selami, Terör Örgütleri ve Terör Suçları, Yazarın Kendi Yayını, 2018, Ankara.
- Turinay, Faruk, Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016 (116), 39-84.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2014, Ankara.
- Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Ocak 2013, 797-828.
- Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK. m.220, 221), Digesta Yayınevi, 2014, İstanbul.
- Yargıtay Kararları UYAP Karar Arama Bölümünden Alınmıştır.

LEKELENMEME HAKKI

Right not to be Labelled as Criminal

Fatih AKINCI*

Geliş Tarihi: 19.02.2020

Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılabilmesi için gerekli olan şartları düzenleyen adil yargılanma hakkının kapsamında, mahkemeye ilişkin şartlar, masumiyet karinesi ve savunmaya ilişkin haklar bulunmaktadır. Yargılamanın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde adil yargılanma hakkı kapsamındaki ilkelere dikkat edilerek hareket edilmelidir. Kişinin şeref ve itibarının korunarak, onuruna zarar gelmesini engelleyen lekelenmeme hakkı adil yargılanma hakkı kapsamındaki masumiyet karinesiyle yakından ilişkilidir.

Soruşturmaya yer olmadığı kararı yakın zamanda Türk hukuk sistemi içerisine dâhil edilmiş bir düzenlemedir. Lekelenmeme hakkının korunması anlamında önemli müesseselerden birisi de soruşturmaya yer olmadığı kararıdır. Kişi ile ilgili olarak soyut, genel ihbar ve şikâyetlerde bulunulduğunda soruşturmaya dahi başlanmadan soruşturmaya yer olmadığı kararı verilmektedir. Bu karar ile kişi şüpheli sıfatı almayacak, karar ayrı bir sisteme kaydedilecek ve kişinin toplum nezdinde zarar görmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Suçluluğunun kesin hükümlerle sabit olmasına kadar suçsuz sayılması anlamına gelen masumiyet karinesi ve aralarında sıkı bir ilişki olan lekelenmeme hakkı kişinin toplum nezdinde onurunu, şerefini korumaya yönelik ve adil yargılanma hakkı kapsamında da önemli olan iki haktr.

ABSTRACT

The conditions regarding court, the presumption of innocence and rights regarding defense fall within the scope of the right to a fair trial. During the investigation and prosecution phases of the trial, the principles within the scope of the right to a fair trial shall be observed. Right not to be labelled as criminal, which protects one's honor and dignity, is closely related to the presumption of innocence that is a necessary element of the right to a fair trial.

The decision of non-investigation is the regulation that is introduced in the Turkish legal system not long ago. The decision of non-investigation is one of the important legal remedies to protect right not to be labelled as criminal. It is possible to render a decision of non-investigation when the tip-offs and complaints about the person before prosecution are abstract and unspecified. In the event of the decision of non-investigation, the person will not be labelled as alleged criminal, the decision will be recorded a different database, thereby any harm to person's social reputation will be prevented.

The presumption of innocence, which means that anyone shall be deemed innocent until the guilt is fixed by the final judgment, and right not to be labelled as criminal are closely correlated. As said before, both of those are important for protecting one's dignity and honor and within the scope of one's right to a fair trial.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Andırın Adliyesi, e-posta: aknci.fatih@gmail.com, ORCI ID: 0000-0001-8751-8010.

Biz de çalışmamızda masumiyet karinesi ile lekelenmeme hakkı arasındaki ilişkiye, soruşturmanın gizliliği ve soruşturmaya yer olmadığı kararı düzenlemeleri sayesinde lekelenmeme hakkının korunması şekline değindik.

Anahtar Kelimeler

Adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, lekelenmeme hakkı, soruşturmaya yer olmadığı kararı, soruşturmanın gizliliği

In our study, we scrutinized the relationship between the presumption of innocence and right not to be labelled as criminal. More, the way of protecting right not to be labelled as criminal by the regulations of the investigation's confidentiality and the decision of non-investigation is also covered in this work.

Keywords

Fair trial, presumption of innocence, right not to be labelled as criminal, the decision of non-investigation, the confidentiality of the investigation

GİRİŞ

Hakkaniyete uygun yargılamanın yapılması için elzem olan adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden olan masumiyet karinesi ile sağlanan korumalardan biri de kişinin lekelenmeme hakkıdır. Kişi ile ilgili suçlayıcı bir durum söz konusu olduğunda kirlenmenin kolay aklanmanın ise zor olması dolayısıyla kişinin hakları korunmalıdır.

Uluslararası sözleşmeler ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile de düzenlenen masumiyet karinesi adil yargılanma hakkı kapsamında önemli bir güvencedir. Kişilerin şeref ve onurunun korunması, insan haklarına saygılı bir muhakemenin gerçekleştirilmesi için masumiyet karinesi korunarak yargılama yapılmalıdır. Lekelenmeme hakkı da masumiyet karinesi ile yakın ilişki içerisinde olan, insanın sırf insan olduğu için sahip olduğu insan onurunun korunması ve masumiyet karinesi gibi adil, insan haklarına saygılı muhakemenin yapılması için korunması gereken bir güvencedir.

Hukuk sistemimiz içerisine yakın zamanda dahil olan soruşturmaya yer olmadığı kararı sayesinde kişinin şüpheli sıfatını hiç almayarak hakkında karar verilmesi, bu kararın kaydedildiği sistemin aleni olmaması, kovuşturma evresinin aksine soruşturma evresinde henüz deliller tam olarak toplanmadığından ve suça ilişkin değerlendirme tamamlanmadığından soruşturmanın gizli yapılması sayesinde kişinin onur ve şerefine zarar görmesi engellenerek lekelenmemesi sağlanacaktır. Bununla beraber kamu yararı amacı güden basın özgürlüğü ile lekelenmeme hakkı arasında denge sağlanarak bu iki hakkın hukuka aykırı olarak kullanılması engellenecektir.

“Lekelenmeme Hakkı” adlı çalışmamızda adil yargılanma hakkının kapsamını, adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden olan masumiyet karinesinin ne olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin masumiyet karinesi ile ilgili bazı kararlarını, soruşturmaya yer olmadığı kararını ve Türk hukuk sistemi içerisindeki yerini, lekelenmeme hakkının soruşturmanın gizliliği, soruşturmaya yer olmadığı kararı (SYOK) ve masumiyet karinesiyle ilişkisini inceleyeceğiz.

I. ADİL YARGILANMA HAKKI VE MASUMİYET KARİNESİ

A. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin(AİHS) 6. maddesinde¹ adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Hukuk sistemi içerisinde adaletin tesis edilebilmesi

¹ “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya

için tüm haklar önemli olmakla beraber adil yargılama hakkının da önemi büyüktür. Kişinin yargılanması esnasında mahkemeye ilişkin olarak hangi şartların oluşması, duruşmanın nasıl yapılması gerektiği, ceza yargılamasındaki savunması esnasında hangi haklardan yararlanabileceği ve lekelenmeme hakkıyla sıkı ilişki içerisinde bulunan kişi hakkında hüküm verilmeden masum olduğunu belirleyen masumiyet karinesi adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlenmiştir.

Belirli kıstaslar çerçevesinde yapılan yargılamalar ile keyfilik en aza indirgenerek denetim mekanizmalarıyla yargılamanın ölçülü olup olmadığı tespit edilir². Ölçülü olan ve hakkaniyete uygun bir şekilde yargılamanın yapılması için bu kıstaslara uyulması gerekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasasınının 36. maddesinde “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” ifade edilerek adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir.

Uluslararası sözleşme ile güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı aynı zamanda Anayasamızda geçen herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifadesiyle güvence altına alınmıştır.

Yargılamanın sadece başlangıcı veya devamı için geçerli olmayan, tüm yargılamayı kapsayan ve bununla beraber kişinin hak arama özgürlüğü kapsamını da içeren adil yargılanma hakkı, kişinin hakkının tesisi açısından başlangıçtan sona kadar tüm süreci kapsamaktadır.

Adil yargılanma hakkı ile yargılama esnasındaki usule ilişkin güvence sağlanarak, adil bir sonucun ortaya çıkması amaçlanmaktadır. Bu özelliğiyle hukuk devletinin temeli, adil yargılanma hakkı ile sağlanmaktadır. Adil

taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

² TAKCI, Tuğçe, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016, s. 6.

yargılanma hakkı ile amaçlanan husus yargılama sürecine ilişkindir. Yani verilen kararın hukuka uygun olup olmadığı, esasın doğru sonuca götürüp götürmediği değildir. Adil yargılanma hakkı ile istisnalar saklı kalmakla beraber yargılama sürecine ilişkin usulün doğru uygulanması sağlanmaya çalışılmaktadır³.

AİHS' nin 6. maddesinin 1. fıkrasında mahkemeye ilişkin haklar düzenlenmiştir. Ceza yargılaması ve hukuk yargılamasının ikisinde de geçerli olan bu haklar ile adil, hakkaniyete uygun sonucun ortaya çıkması amaçlanmaktadır.

1.fıkra ilk olarak yargılamayı yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin yapması gerektiği ifade edilmiştir. Yasama gücünden, yürütme gücünden ve davanın taraflarından emir talimat almadan, etki altında kalmadan bağımsız mahkeme sağlanabilir. Hâkimin taraf tutmadan, objektif olarak karar vermesi gerekmektedir⁴. Cümlelerin devamında kamuya açık olmak ve makul sürede yargılama ifade edilmiştir. Kesin olarak belirlemenin bulunmadığı makul süre konusunda dava devam ettiği müddetçe sanığın suç isnadı altında olmasından ötürü hakları zarar görecektir. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığınca makul sürede davaların ve soruşturmaların sonlandırılması amacıyla hedef süre uygulaması getirilmiştir. İstisnai durumlar saklı kalmak üzere yargılamada aleniyet ilkesi geçerlidir. Çocukların yargılanmasında gizlilik esastır. Kararın aleni olarak verilmesi mecburidir. AİHS 6. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinden anlaşılacağı üzere basın ve kamunun, duruşmaya ilişkin olarak bazı şartlar oluşmuşsa duruşmaya alınmaması, duruşmanın gizli duruşma olarak yapılması mümkündür. Ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik yararı, gençlerin çıkarları ile tarafların özel yaşamının korunması ve adaletin gereklerine zarar verebilecek özel durumlar oluşması bu şartlardandır. Kararın gerekçeli olması açık bir şekilde ifade edilmiş olmasa da zımni bir şekilde adil yargılanma hakkı kapsamı dâhilindedir. Kararın gerekçeli olması hususu Anayasamızın 141. maddesinin 3. fıkrasında “ Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” ifade edilerek düzenlenmiştir.

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında da savunma hakları ifade edilmiştir. Ceza yargılaması esnasında sanık konumunda bulunan ve soruşturma evresinde şüpheli sıfatına haiz olan kişinin savunma hakları bulunmaktadır. Bu haklardan hakkında suç isnadı bulunan kişi yararlanabilir. Hakkında suç isnadı olmayan bir kişinin bu kapsamda değerlendirilmesine gerek yoktur.

³ İNCEOĞLU, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4)*, Nisan 2018, s.1.

⁴ KAPLAN ATAMAN, Ayfer, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gizli Tanık*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2018, s.105; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2011, s. 281.

Kişi hakkında bulunulan suç isnadı ile ilgili olarak kişinin, bu suçlamanın nedenini, içeriğini anlayabileceği ölçüde ve mümkün olan en kısa sürede ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bununla beraber kişiye savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve şartların sağlanması gerekmektedir. Savunmasını yapmak amacıyla yasal yardımcı sağlanması ve kişinin yasal yardımcı bulundurabilecek ekonomik gücü yok ise ücretsiz olarak yasal yardımın sağlanması lazımdır. Kişi hakkında bulunulan suçlamada tanık konumunda bulunan kişileri sorguya çekme veya sorguya çektirmek, lehine olan tanıkları dosyaya dahil ederek aleyhinde olan tanıklar gibi hazır bulunmalarını sağlamak kişinin savunma hakları kapsamındadır. Son olarak tercümana ihtiyaç duyulduğu takdirde suç isnadı altında bulunan kişinin tercümandan faydalanmasını sağlamak da adli yargılanma hakkının savunma hakları kapsamındadır.

B. Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi veya diğer bir deyişle suçsuzluk karinesi, kişinin mahkeme hükmü ile suç işlediğinin sabit olmaması durumunda suçsuz sayılacağına ilişkin bir karinedir. Diğer bir anlatımla, bireyin suçlu olarak nitelendirilebilmesi için suçunun sabit olması, bu sabitliğin de hukuka uygun bir mahkeme kararı ile verilmiş olması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden birisi masumiyet karinesidir.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 38. maddenin 4. fıkrasında⁵ ve AİHS' nin 6. maddesinin 2. fıkrasında⁶ masumiyet karinesi ifade edilmiştir.

Yukarıda belirtilen maddelerden anlaşılacağı üzere masumiyet karinesi, Türk hukuk sistemi açısından Anayasayla ve uluslararası sözleşme ile güvence altına alınmıştır.

Adil yargılanma hakkının alt kavramlarından olan masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru haline gelmiş, sanığın suçsuz sayılmasını temel alan ve lekelenmesini önleyen bir güvencedir⁷. Bununla beraber masumiyet karinesi ile suç isnat eden ile sanık arasında denge sağlanması amaçlanmıştır⁸. Daha güçlü ve mahkemeye erişim imkanı olarak daha üst bir konumda bulunan suç isnadında bulunan ile sanık arasında denge kurulmaz ise hakkaniyete uygun karar verilemeyecektir. Suç isnadı altında bulunan ve yargılanması devam eden sanık açısından hüküm verilene kadar masum sayılma ile sanık korunmaya çalışılmıştır.

⁵ "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."

⁶ "Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır."

⁷ KAPLAN ATAMAN, s.109. ; EVİK SONAY, Vesile, *Ceza ve Ceza Yargılanması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 301.

⁸ MEMİŞ, Pınar, *Adil Yargılama Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s.4

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Masumiyet Karinesi

AİHS'nin adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6. maddesinin 2. fıkrasında masumiyet karinesine yer verilmiştir. AİHM de verdiği kararlar ile masumiyet karinesini güvence altına almıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda (bundan böyle Anayasa) ise 38. maddenin 4. fıkrasında masumiyet karinesi düzenlenmiştir.

Lekelenmeme hakkı masumiyet karinesi ile sıkı ilişki içerisinde olan ve masumiyet karinesinin sonucu olarak ortaya çıkmış bir haktr. Suçluluğu konusunda hüküm bulunmayan yani suçluluğu hükmen sabit olmayan kişi masumiyet karinesinin koruması altında bulunduğundan, henüz hüküm verilmemiş suçlamalar hakkında kamu otoritesinin suçlayıcı ifadelerden uzak durması gerekmektedir⁹. Diğer bir ifadeyle, kamu otoriteleri beyanlarına, üst düzeyde dikkat etmelidir. Aksi takdirde hükmen sabit olmayan bir konu hakkında yapılan açıklamalar masumiyet karinesinin, lekelenmeme hakkının ihlali sonucunu oluşturabilecektir¹⁰.

AİHM kararında, sanık hakkında zamanaşımı dolayısıyla düşme kararı verilmiştir. Zamanaşımı dolayısıyla mahkumiyet hükmü kurulmadığını, zamanaşımına uğrama durumu olmasa sanığın büyük bir olasılıkla mahkum olacağı sonucuna varılacağı ifade edilmiştir. Ulusal mahkeme kişiyi suç konusunda sorumlu tespit ettiğinden yargılama giderlerinin bir kısmından sorumlu tutmuştur. Bununla beraber mağdurlara ödenmek üzere bir miktar tazminata hükmetmiştir. Zamanaşımı olmasa "*çok muhtemel mahkumiyete yol açacağı*" sonucuna ulaşmıştır. Kararı değerlendirdiğimizde zamanaşımına uğramış olan bu suçla ilgili olarak ulusal mahkemenin adeta yargılama yapmış gibi davranarak kişiyi yargılama giderlerinden sorumlu tutması yanlıştır. Bununla beraber tazminata hükmetmesi ve çok muhtemel mahkumiyete yol açacağı ifadesi ise yargılama anlamında hukuka uygun değildir. Suçluluğu henüz sabit olmayan kişi hakkında suçluymuşçasına hareket edilerek veya olasılıklar içerisinde yüksek olması değerlendirilerek tazminatla ilgili hüküm kurmak masumiyet karinesine aykırıdır. Suçluluk sabit olana kadar kişi masum sayılmaktadır. Buna aykırı bir şekilde verilen karar hukuka aykırıdır. Nitekim AİHM de kararında, "*sanığın yüksek olasılıkla mahkumiyet hükmüyle cezalandırılabilirliği*" gerekçesiyle mahkeme giderlerinin belirli bir tutarında sorumlu tutan Zürih Mahkemesi'nin kararının masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹¹.

⁹ ÖZEN, Muharrem/ KÖKSAL, Atacan, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı", *AÜHF Dergisi*, 68(1), 2019, s.269, 270.

¹⁰ ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10.Baskı, Ankara 2015, s.32; ÖZEN, KÖKSAL, s.270.

¹¹ Bkz. AİHM(Daire), Minelli/İsviçre, Başvuru No. 8660/79, T. 25.03.1983. ; DUTERTRE, Gilles,

Yukarıda da ifade edildiği gibi mahkeme tarafından verilmiş kesinleşmiş bir hüküm olmadan kamu görevlilerinin kişiyi sorumlu tutacak derecede beyanda bulunması masumiyet karinesinin ihlaline yol açmaktadır. Ancak kamu görevlisinin kişinin yakalandığı, gözaltına alındığı, ifade almaya götürüldüğü gibi beyanlarda bulunması, bu bilgileri kamuoyuyla paylaşması yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere masumiyet karinesinin ihlali sayılmayacaktır. Toplum ilgilendiren konu ile ilgili olarak kamu yararının da bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda kamu otoritelerinin bilgi verme sınırını aşmayarak kamuyu olay konusunda bilgilendirmesi masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Masumiyet karinesi, sadece mahkeme ve yargılama makamları açısından değil tüm kamu gücünü kullananlar açısından geçerlidir. Kamu makamlarından mahkeme ve yargıç dışındakiler de masumiyet karinesini ihlal edebilir. Başvurucu, gözaltına alınması ve bu gözaltına alma işlemi yakın zamanda başlamış olan soruşturma kapsamındaki bir suç dolayısıyla gerçekleşmesi nedeniyle suçla itham edilen kişi konumundadır. Fransız polislerinden üst rütbeli bir görevli, kişi hakkında cinayetin azmettiricisi yani suç ortaklarından biri olduğunu ifade etmiştir. Kamu gücünü kullanan bu görevlinin bu açıklamayı yapması toplum nezdinde belirli bir saygınlığı bulunmasından ve sair sebeplerden ötürü kişinin toplum tarafından suçlu olarak algılanmasına yol açacaktır. Çünkü toplum açısından üst düzey bir kolluk görevlisinin dosya ile ilgili olarak bilgi sahibi olduğu kanısı vardır. Bilgisi olan kişinin konumunun da etkisiyle açıklamalarına itibar edilir. Henüz deliller tam olarak toplanıp, kişi hakkında mahkumiyet hükmü kurulmadan bu şekilde açıklama yapması suçluluk algısına neden olacağından masumiyet karinesi ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim AİHM de kararında, AİHS 6/2 yani masumiyet karinesinin ihlali olarak nitelendirilmiştir¹².

AİHM kararında¹³ suçluluğun mahkeme tarafından kanıtlanmadan önce bir devlet temsilcisinin kişinin suçlu olduğunu beyan etmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Masumiyet karinesine yalnızca yargılama makamları tarafından değil polisler dahil diğer kamu yetkilileri tarafından da zarar verilebileceği belirtilmiştir. Yetkili mercilerin önyargılı davranmalarına sebebiyet verilmemesi gerekmektedir. Yetkililerin soruşturma ile ilgili bilgi vermesi konusunda problem olmamakla birlikte yetkililerin bilgi verirken masumiyet karinesini ihlal edecek nitelikte hareket etmemesi gerekmektedir. Mevcut

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, s.181.

¹² Bkz. AİHM(Daire), *Allenet de Ribemon/Fransa*, Başvuru No. 15175/89, T. 10.02.1995.; DUTERTRE, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s.255

¹³ Bkz. AİHM(İkinci Daire), *Ürfi Çetinkaya/Türkiye*, Başvuru No. 19866/04, T. 23.07.2013.

davaya ilişkin olarak mahkeme yetkililerinin üç kez basına açıklama yaptıkları tespit edilmiştir. Jandarma Komutanlığı tarafından yapılan basın bildirisinde “uluslararası uyuşturucu kaçakçısı...” ifadesi bulunmaktadır. 5 Aralık 2003’te gerçekleştirilen bu bildiri tarihinde, başvuru ile ilgili olarak uyuşturucu kaçakçılığından mahkumiyet hükmü bulunmamaktadır. Bu nitelendirme, toplum açısından kişinin uyuşturucu kaçakçısı olduğu yönünde izlenim oluşturmaya hatta bu suçlamayla ilgili olarak kesin suçlu olduğu sonucuna götürebilecek düzeydedir ve önyargının oluşmasına sebebiyet verebilir. AİHM bahsedilen olay dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamındaki masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesi kararında¹⁴ masumiyet karinesinin ihlaline ilişkin olarak bakanlık görüş yazısına değinmiştir. Bakanlık görüş yazısında sanığı yargılayan mahkemenin veya bu mahkemenin üyelerinin isnat edilen suça ilişkin olarak sanığa önyargılı hareket etmesi durumunda, suçu kanıtlanmadığı takdirde suçlu olduğuna dönük bir ifadeye bulunulduğunda kişinin masumiyet karinesinin ihlal edileceği belirtilmiştir. Bununla beraber masumiyet karinesine ilişkin güvencenin sadece usule ilişkin bir korumayı içermediği, aynı zamanda devletin hiçbir temsilcisinin, kurumunun, kurumundaki şahsın mahkeme kararı ile suça ilişkin bir hüküm olmadan suçlu ilan etmeye dönük beyanda bulunmalarını da kapsadığını belirtmiştir¹⁵.

Yukarıda verilen örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere bir olay gerçekleştiği zaman kamu otoriteleri ifade ettikleri beyanlarda dikkatli davranmalılardır. Kişi hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadan suçlayıcı ibarelerde bulunmak kişinin gerek yargılanması esnasında hâkimler nezdinde, gerekse toplum içerisinde bulunduğu zamanlarda suçlu olduğu kanısı oluşturacaktır. Ancak kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadığından masumiyet karinesi ihlal edilmiş olacaktır. Kişi için çok önemli nitelikte bir hak olan lekelenmeme hakkının ve masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kamu görevlileri belirtilen şekilde, dikkat çerçevesinde hareket etmeleri gerekmektedir.

II. LEKELENMEME HAKKI VE MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesi, bir kişinin iddia edilen suçla ilgili olarak hakkında hüküm verilinceye kadar masum sayılması anlamına gelmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi masumiyet karinesi uluslararası sözleşmeler ve anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır.

¹⁴ AYM, Ramazan Tosun, Baş. No. 2012/998, T. 07.11.2013.

¹⁵ ÖZBUDAK, Coşkun, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, Baskı 1, Şubat 2014, s.170.

Kişinin toplum nezdinde saygınlığının, onurunun zarar görmemesi amacına hizmet etmekte olan lekelenmeme hakkı müessesesi ile “*kişiler bir suç ithamı ile karşılaştıklarında bile, kendini rahat ve güvende hisseder*”¹⁶. Lekelenmeme hakkının güvence altına alınmadığı bir ortamda kişinin toplum tarafından linç hareketine maruz kalması daha kolay olmakla birlikte hedef alınan kişi açısından toplum nezdinde telafisi güç zararların ortaya çıkacağı, öngörülemez tavır ve tepkilerin gelişeceği muhakkaktır. Kişinin itibarının zarar görmesi tehdidinde binaen lekelenmeme hakkının güvence altına alınması gerekmektedir¹⁷.

Masumiyet karinesi sayesinde ikili bir koruma sağlanmaktadır. Yargılama makamlarının önyargılı hareket etmemesini sağlayarak içsel koruma, toplum nezdinde suçlu konumunda bulunulmasını engelleyerek dışsal koruma sağlamaktadır. Kişi hakkında verilen bilgiler yargılama makamlarının düşüncelerini etkileyebileceğinden masumiyet karinesine uygun hareket edilerek bu durumun oluşması engellenir. Bununla beraber toplum nezdinde kirlenme, lekelenme durumu oluştuğunda insan onuru, şerefi, saygınlığı zarar göreceğinden masumiyet karinesine uygun hareket edilmeli, dışsal koruma da sağlanmalıdır¹⁸.

Ceza muhakemesinde geçerli olan bazı ilkeler masumiyet karinesine uygun hareket edilmesini ve bunun sonucunda da kişinin lekelenmeme hakkının korunmasını sağlamaya yöneliktir. Soruşturmanın gizli yapılarak kolluk görevlilerinin, savcının aldığı ifadelerin, delillerin, basın mensupları ve diğer kişilerle paylaşılmaması; iddianamede hangi suçun kime isnat edilerek düzenlenmesi gerektiği(CMK md.170); adliye binasında ve adliye binası dışında yapılan adli işlemlere ilişkin olarak kanuna uygun olanlar hariç olmak üzere fotoğraf vs. çekilememesi ceza muhakemesinde geçerli olan ve lekelenmeme hakkının korunmasına yönelik ilkelerden bazılarıdır¹⁹.

Lekelenmeme hakkı masumiyet karinesinin içinde yer aldığından ve masumiyet karinesi ile lekelenmeme hakkı sıkı bir ilişki içerisinde olduğundan birlikte ele alınmaları gerekmektedir²⁰.

Ceza muhakemesinde geçerli olan bazı ilkeler gibi Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen bazı suçlar da lekelenmeme hakkının tesisine yöneliktir. Aşağıda

¹⁶ UYSAL, s.138.

¹⁷ GÜLSÜN, Ramazan, “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı, *International Journal of Legal Progress*, 2015, C.1, S.2, s.18-21.

¹⁸ GÖĞÜŞ, Ali Erkan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Masumiyet Karinesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.119. ; ATLIHAN, Özen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”, *AÜEHFD*, C. VIII, Sayı 3-4, 2004, s. 291-328.

¹⁹ ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 13, Ankara 2017, s.29.

²⁰ TURAL, s.25.

ifade ettiğimiz soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen 285. madde, soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin olan kayıtların yetkisiz bir şekilde kayda alınması ve naklini düzenleyen 286. madde de masumiyet karinesinin ihlalini engellemek ve kişinin lekelenmeme hakkının zarar görmemesi için getirilmiş düzenlemelerdir²¹.

Lekelenmeme hakkı, masumiyet karinesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış, soruşturma ve kovuşturma evresi bakımından geçerli olan bir haktır²². Masumiyet karinesinin sadece kovuşturma evresinde geçerli olduğunu düşünmek yanlış olacaktır. Kişi ile ilgili olarak adli işlemlerin başladığı andan itibaren toplum nezdinde telafisi zor durumlar ortaya çıkabileceğinden, kişinin toplum nezdinde saygınlığı ve onuru zarar göreceğinden lekelenmeme hakkının ihlal edilmemesi için masumiyet karinesinin soruşturma evresinde, adli işlemlerin başladığı evrede de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Savcılığın gelen ihbar ve şikayet üzerine kanaatini açıklayınca kadarki evrede kişinin masumiyet karinesinden yararlanması gerekmektedir. Kişi açısından bu evrenin lekelenmesi noktasında önemsiz olduğu düşünülmesi son derece yanlıştır. Her ne kadar bir kovuşturma evresi söz konusu olmasa da soruşturmanın başlamasından önceki (örneğin suç işlendiği şüphesi tespit eden kolluk tarafından kişinin kaba üst araması) işlemin tesis edildiği ilk evrede dahi kişi açısından toplum nezdinde küçük düşmeye yol açacak yeterli sebep mevcuttur²³. Kovuşturma evresinin sonunda verilen kararlardan birisi olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması(HAGB) kararı da Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında²⁴ ifade edildiği üzere lekelenmeme hakkına hizmet eden müesseselerden birisidir. Ancak bizce doktrinde ifade edildiği gibi HAGB müessesesi suçluluğun sabit olması kanaatinden sonra verilen bir karar olduğundan lekelenmeme hakkı ile dolaylı bir ilişki içerisindedir²⁵. HAGB müessesesi suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olan bir kişinin lekelenmemesinden ziyade bu kararın kişi açısından olumsuz sonuçlarının olmasının engellenmesine yöneliktir.

Lekelenmeme hakkı ile masumiyet karinesi arasında sıkı bir ilişki vardır ancak bu iki güvence arasında farklılıklar bulunmaktadır. Masumiyet karinesinde suç şüphesi altında bulunan bir kişinin hüküm verilene kadar suçsuz sayılması söz konusu iken, lekelenmeme hakkında daha çok kişinin toplum nezdinde onur ve şerefine korunması, saygınlığına zarar gelmemesi

²¹ ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Baskı 9, Ankara Eylül 2018, s.148.

²² ÖZBEK/Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 6, Ankara 2014, s.240; ÖZEN, KÖKSAL, s.269.

²³ TURAL, s.28, 29.

²⁴ Yargıtay CGK E.2011/2-376 K.2012/90 T.13.03.2012.

²⁵ ÖZBEK/Veli Özer, DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Baskı 11, Ankara Eylül 2018, s.220.

amaçlanmaktadır²⁶. Lekelenmeme hakkı ve masumiyet karinesinin amaçları arasında zıtlık bulunmamakla beraber bu iki güvence genel itibariyle aynı amaca hizmet etmektedir. Asıl amaçlanan, kişinin cezai itham altında iken veya cezai ithamla karşılaşabileceği sırada meydana gelebilecek zararı engellemeye dönüktür.

Masumiyet karinesine dikkat edilmeyerek hareket edilmesi yani kişi hakkında henüz bir hüküm yokken suçlu olduğuna dönük davranılması, bu kişinin hem toplum nezdinde onur ve şerefi zarar görmesine hem de yargılama makamlarının kişi hakkında ön yargılı davranmasına yol açacaktır. Beraat hükmü ile kişinin suçsuz olduğu mahkeme kararıyla sabit olduğu zaman dahi masumiyet karinesine dikkat edilmeyerek hareket edilirse süreç içerisinde gelişen durumlardan ötürü geri dönülmesi imkânsız sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Masumiyet karinesi yok sayıldığında kişinin lekelenmeme hakkı zarar görecektir. Basın özgürlüğü bağlamında masumiyet karinesi gözetilmeden yapılan haberler kişinin lekelenmeme hakkının ihlaline yol açacaktır²⁷.

Adalet Bakanlığının 2010-2014 yılları arasına ilişkin Stratejik Planı'ndan alınana veriler incelendiğinde ülkemizde 2004-2008 yıllarında %20,8; 22,2; 19,9; 18,4; 21,2 beraat hükmü kurulmuştur²⁸. Yani kişi hakkında isnat edilen her 100 suçlamanın ortalama 20-21 inin asılsız olduğu mahkeme hükmüyle sabit kılınmıştır. Bu kişiler ile ilgili olarak masumiyet karinesi gözetilmeden hareket edilmiş olunursa bu kişiler lekelenen ve aklanmaları neredeyse mümkün olmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır.

III. LEKELENMEME HAKKI İLE BAZI MÜESSESELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Lekelenmeme Hakkı ve İnsan Onuru Kavramı

Kişinin gerçekleşen bir ithama ilişkin olarak herhangi bir belirleme yapılmadan suçlu olarak görülmesi, gösterilmesi kişinin lekelenmesine ilişkindir. Günümüzde sosyal medya, habercilik faaliyetleri ve benzer kurumlar açısından teknolojinin gelişmişliği de göz önünde bulundurulduğunda kişinin lekelenmesi kolay bir durumdur. Suç işlendiğine dönük olarak kişiyle ilgili mahkumiyetin bulunmaması durumunda kişinin suçsuz sayılması masumiyet karinesinden kaynaklanmaktadır. İçerisinde çeşitli hak ve güvenceleri barındıran masumiyet karinesi aynı zamanda lekelenmeme hakkı ile bağlantılıdır. Bununla beraber lekelenmeme hakkı basın özgürlüğü gibi çeşitli haklar ile karşı karşıya gelmektedir. Haklar arasında dengenin sağlanması ve kişinin toplum nezdinde saygınlığını azaltacak, onur ve şerefine zarar

²⁶ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 7, İstanbul 2010, s.153; KARA, s.190.

²⁷ YÜZER, s.1678.

²⁸ KARA, s.193.

görmesine neden olacak lekelenmenin önlenmesi gerekmektedir. İşte burada devlete çeşitli sorumluluklar düşmektedir.

Lekelenmeme hakkı yukarıda da ifade ettiğimiz gibi çeşitli müesseselerle bağlantılıdır. Haber verme ve alma hakkı bağlamında basın özgürlüğü ile soruşturmanın sağlıklı yürümesi ve bireyin henüz soruşturma aşamasında zarar görmemesi için soruşturmanın gizliliği ile hukukumuzda yeni bir düzenleme olan soruşturma evresine dahi geçilmeden kişinin hiç şüpheli sıfatını almamasını sağlayan SYOK ile ve son olarak AİHS ve Anayasamız ile güvence altına alınmış masumiyet karinesi ile ilişki içerisinde.

Lekelenmeme hakkını daha iyi anlayabilmek için insan onuru ve aklanmak kavramına değindikten sonra aşağıda bazı müesseseler ile lekelenmeme hakkı arasındaki ilişkiye değineceğiz.

Onur kavramı Türk Dil Kurumu internet sözlüğünde, “İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis” diğer şekliyle de “başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar” olarak ifade edilmiştir²⁹. İfadeye bakıldığında insan onurunun iki yönünün bulunduğu anlaşılacaktır. İlk olarak kişinin kendisine karşı duyduğu saygı ile alakalı iken, ikinci olarak başkalarının gösterdiği saygı, şeref ile alakalıdır.

Yukardaki tanımlamadan yola çıkarak insan onurunun davranışlar ile ortaya çıktığı ve davranışları noktasında problem bulunanların onurunun bulunmadığı sonucuna ulaşmak yanlıştır. İnsan onuru, sırf insan olduğu için değerli ve saygılı olmaya layık olmaktadır³⁰.

İnsan onuru, insanın var olduğu günden günümüze kadar olan süreç içerisinde var olmuş ve insanı insan yapan en önemli değerlerdendir. Var olduğumuz zamandan itibaren toplum içerisinde ve birey olarak kendimize karşı belirli niteliklerle yaşamımızı sürdürmekteyiz. Dış etkenler dolayısıyla zaman içerisinde değişmekte ve gelişmekte olan değerlerden olan insan onuru, bazı faktörler dolayısıyla zarar görebilmektedir. Bu bazı faktörler kişinin kendisinden kaynaklanabileceği gibi toplumdan da kaynaklanabilir. Kişinin en önemli değerlerinden olan insan onurunun zarar görmemesi açısından korunması gerekmektedir. Çünkü insan onurunun zarar görmesine neden olan etkenler ve korunmaya çalışılan kişinin onuru arasında güç faktörü anlamında dengesizlikler bulunmaktadır. Bu yüzden kişinin üzerinde bir kurumun insan onurunu koruması gerekmektedir. Kişinin üzerinde olan kurum ise günümüzde devlettir. Uluslararası sözleşmeler ve çeşitli hukuki metinler ile insan onuru koruma altına alınmıştır.

²⁹ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=onur>, (E.T. 18.11.2019)

³⁰ PARMAKSIZOĞLU, Fatma Betül, “İnsan Hakları, Ahlak ve Kültür Açısından ‘Onur’ Kavramına Yaklaşımın Kavramın Tanımlanmasına Etkileri”, *Dini Araştırmalar*, Temmuz-Aralık 2018, Cilt 21, Sayı 54, s.229.

İnsan onuru insanı insan yapan, diğer canlılara nazaran farklılık arz etmemize sebep olan ve insan haklarının temelini oluşturan bir öz değerdir³¹. İnsan hakları anlamında insan onuru evrensel bir değere sahip olan ve renk, ırk, dil, din vs. etkenlere göre değişiklik göstermeyen bir değerdir. Avrupa'daki bir ülkenin vatandaşı ile Asya'daki bir ülkenin vatandaşı arasında insan onuru açısından fark bulunmamaktadır.

Cezai ithamlar açısından değerlendirildiğinde kişinin bir suç isnadı altında olması başlı başına onurunu zedeleyen bir durumdur. En basit haliyle kişinin ifadesinin alınması amacıyla evine gönderilmiş olan bir tebligatın başka bir kişi tarafından görülmesi sonucunda insan onuru zarar görmektedir. Evine kolluk kuvvetlerinin gelerek zorla götürülme ve sair durumlarda ise telafisi güç zararların oluşması muhtemeldir. Suçla mücadele noktasında bazı hareketlerin yapılması her ne kadar zorunlu olsa da devletin ve ilgili kurumların hassas davranarak insan onurunun mümkün mertebe zarar görmemesini sağlaması gerekmektedir. En basit şüphede dahi kanuna aykırı davranılarak soruşturma açılması ve soruşturmaya ilişkin işlemler tesis edilmesi sonucunda savcılık kurumu nezdinde basit bir ifade alınması durumu ortaya çıksa da kişi ve çevresi açısından insan onuru bakımından zarar verici durum ortaya çıkmaktadır. İnsan onurunun sağlanması ve korunması açısından büyük önem ihtiva eden lekelenmeme hakkının korunması insan onurunun da korunmasını sağlayacaktır.

Dil, din, ırk, cinsiyet farkı gözetmeksizin sırf insan olduğu için doğuştan var olan insan onurundan şartlar ne olursa olsun asla vazgeçilmemelidir. Çeşitli alanlarda her ne kadar farklı tanımlamalar yapılsa da anayasa tarafından koruma altına alınmış hukuki bir nitelendirmeye sahip olan insan onuruna ilişkin yapılan ihlallere karşı müdahale edilmelidir³².

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde insan onuruna ilişkin ifadeler mevcuttur. Başlangıç kısmında insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğal yapısında onur olduğu ifade edilmiştir. Doğal yapısı içerisinde bulunan bu onurun ve eşit ve devredilmez olan hakları tanımının dünyada özgürlük, adalet ve barış için temel olduğundan bahsedilmiştir. 1. maddede de *“Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır, birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.”* denilmiştir³³.

³¹ ARSLAN, Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *TBB Dergisi*, Yıl 2015 (120), s.157. ; KAFADAR, Muhammet Fatih, “Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: ‘İnsan Onuru’”, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. *Hukukun Gençleri Sempozyumu*, 11-12 Ekim 2013, Antalya, s. 2.

³² KURU, Gonca, *Türkiye’de Demokratik Hukuk Devleti Düzeninde İnsan Onurunun Yeri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.37.

³³ KURU, s.60.

B. Lekelenmeme Hakkı ve Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı

1. Genel Olarak Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı

7078 sayılı Kanun'un 140. maddesiyle eklenen SYOK Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir³⁴.

Mevzuat metninden anlaşılacağı üzere SYOK verilebilmesi iki durumda mümkündür. İlk olarak ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının açıkça anlaşılması, ikinci olarak da ihbar ve şikâyetin genel ve soyut nitelikte olması gerekmektedir. Uygulamada soyut ihbar ve şikâyetlerin artması sonucunda Cumhuriyet savcısına SYOK verme yetkisi getirilmiştir³⁵. 2016 yılının temmuz ayında ülkemizde gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında ve ilgili olay haricindeki suçlamalara ilişkin asılsız, genel ve soyut nitelikte ihbarların olması ve bunların sonucu olarak hak ihlallerinin oluşmasının engellenmesi amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'na SYOK düzenlemesi getirilmiştir.

SYOK müessesesi ile soruşturmaya ilişkin olarak bir ön aşama düzenlemesi yapılmıştır. Savcılık soruşturma başlamadan önce araştırma yapacak ve soruşturma yapılmasının gerekip gerekmediği hususunda tespitte bulunacaktır. SYOK müessesesi ile kovuşturma mecburiyeti konusunda esneklik sağlanmış ve maslahata uygunluk ilkesine yaklaşılmıştır³⁶.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasına eklenen düzenleme de SYOK açısından önem arz etmektedir. İlgili mevzuat metniyle, kolluk birimlerine yapılan ihbar ve şikâyetler ile ilgili olarak SYOK verildiğinde gerekli düzeltmelerin ve işlemlerin tesis edilmesi için SYOK'un kolluk birimlerine gecikmeksizin gönderilmesi düzenlenmiştir³⁷. Kanun koyucu kişi ile ilgili olarak yapılan soruşturmanın sonucunun kolluk birimlerine gecikmeksizin gönderilmesi ile kişinin zarar görmesinin engellenmesini ve durumun düzeltilmesini amaçlamıştır.

2. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararının Türk Hukukundaki Yeri

CMK 160. maddeye göre Cumhuriyet Savcısı, suçun işlendiği izlenimini veren duruma ilişkin basit şüphe tespiti halinde soruşturmaya başlar.

³⁴ “ (Ek: 15/8/2017-KHK-694/145 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/140 md.) İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir”

³⁵ ÖZEN, KÖKSAL, s.279.

³⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, s.191.

³⁷ ÖZEN, KÖKSAL, s.264.

Soruşturmaya başlanabilmesi için suç oluştuğuna ilişkin başlangıç şüphesinin varlığı gerekmektedir. Temelsiz, soyut, genel nitelikteki iddialar ile yapılan ihbar ve şikayetlerde başlangıç için gerekli olan şüphe kriteri sağlanamayacağından Cumhuriyet Savcısının soruşturmayı başlatmaması gerekmektedir³⁸.

Dilekçenin işleme konulmaması kararları (bundan böyle “DİKK”) da SYOK ile benzer bir düzenlemedir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’da düzenlenen DİKK, bir memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soyut ve genel nitelikte bir iddiada bulunulduğunda, iddia somut bulgu ve belgelerle desteklenmedikçe dilekçenin işleme konulmamasını düzenlemektedir. DİKK’in gerekçesi; soyut ve genel nitelikte iddialar ile devlet görevlisi olan memurların yıpratılmayarak, mesnetsiz iddialar ile lekelenmesinin engellenmesidir. SYOK ile karşılaştırıldığında iki düzenleme arasında işlevsel anlamda farkın olmadığı anlaşılacaktır³⁹.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı, Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde yeterli şüpheye ulaşamadığı, kamu davası açabilmek için gereken şartların oluşmadığına kanaat getirdiği takdirde verdiği bir karardır. SYOK ile KYOK arasında büyük farklar bulunmaktadır. KYOK için soruşturmanın başlamış olması gerekirken, SYOK için henüz soruşturma evresi dahi başlamamış olmalıdır⁴⁰. Lekelenmeme hakkı bağlamında düşündüğümüzde kişi hakkında her ne kadar KYOK kararı verilmiş olsa da sonuç olarak kişi şüpheli sıfatını almış ve hakkında dosya açılmış olacaktır. Bu durumun da SYOK’un etkisine bakıldığında kişinin lekelenmeme hakkının zarar görmesi sonucunu ortaya çıkardığı anlaşılacaktır. SYOK kararında yapılan ihbar ve şikayet soyut ve genel nitelikte olduğundan dikkate dahi alınmadan işleme alınmamaktadır. KYOK’ta ise şikayet ve ihbar dikkate alınarak gerekli araştırma yapılmaktadır.

Lekelenmeme hakkının sağlanmasına yönelik olarak düzenlenen SYOK, kovuşturma aşamasında hakim tarafından verilen HAGB, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen KYOK ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile benzer özellikler ihtiva etse de farklı kararlardır⁴¹.

3. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararına İlişkin Sayısal Veriler

Yakın zamanda hukuk sistemi içerisindeki yerini almış olan SYOK lekelenmeme hakkının korunması açısından büyük önem arz etmektedir. KHK ile düzenlenen, daha sonra kanunlaşarak CMK içerisinde yer alan SYOK yaklaşık olarak iki buçuk yıldır hukuk sistemimiz içerisinde yer almaktadır.

Kasım 2018’de düzenlenen “Ceza Muhakemesinde Lekelenmeme Hakkı

³⁸ KIZILARSLAN, Hakan, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları(SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi”, *TBB Dergisi*, 2019(144), s.64,65.

³⁹ KIZILARSLAN, s.84.

⁴⁰ KIZILARSLAN, s.86.

⁴¹ KIZILARSLAN, s.59.

Çalıştay'nda'' SYOK ve lekelenmeme hakkı anlamında bilgiler verilmiştir. Adalet Bakanı Abdülhamit Gül Çalıştay'da, suçun nasıl ki cezasız kalması gerekiyorsa aynı şekilde masum olan kişilerinde haksız suçlama ve gereksiz işlemlerin tarafı olmaması gerektiğini belirtmiştir. SYOK düzenlemesinin vatandaşların lekelenmeme hakkını koruma amacı taşıdığı ve temel hak ve özgürlükler ile ceza muhakemesi arasında dengenin gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile düzenlenen masumiyet karinesine ilişkin olarak, evrensel ilke olan masumiyet karinesinin korunması gerektiği ve bunun için de soruşturma ve kovuşturma evresinde suçlulukla ilgili olarak ön yargıyla hareket edilmemesi gerektiğini aktarmıştır. "Daha geniş anlamıyla da bu ilke, hakkında herhangi bir suç isnadı bulunmayan kişilere suçlu muamelesi yapılmasını yasaklamaktadır." demiştir. SYOK düzenlemesi sayesinde soyut genel nitelikte olan ve asılsız olduğu hemen anlaşılan ihbar ve şikayetler hakkında kişinin şüpheli sıfatı dahi almadan, evine polisin, kolluğun gitmeyerek insan haysiyetine zarar verilmemesinin sağlandığı, insan onurunun korunduğunu belirtmiştir. Düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30.609 soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verildiğini ve bu sayede 30.609 kişinin lekelenmeme hakkına zarar gelmediğini ifade etmiştir. Bununla beraber Abdülhamit Gül, devletin insan onurunu koruması gerektiğini, mesnetsiz iddialar ile vatandaşların suçlanmaması açısından lekelenmeme hakkının daima diri tutulacağını beyan etmiştir⁴².

Adalet Bakanı Abdülhamit Gül, 2019 yılının Ağustos ayında yapılan 11.Büyükkelçiler Konferansında lekelenmeme hakkı ile ilgili olarak konuşma yapmıştır. SYOK düzenlemesi ile özellikle FETÖ operasyonları konusunda haksız ithamlar, iftiraların sonucunda kişilerin lekelenmesi sonucunun ortaya çıktığını, bu lekelenmenin engellenmesi için düzenlenmenin önemli olduğunu vurgulamıştır. Cumhuriyet Savcılarının gelen ihbar ve şikayetlere ilişkin olarak haksız itham olduğu, genel ve soyut nitelikte olduğu anlaşıldığında kişinin şüpheli sıfatını almadığı, fabrikasına, evine kolluğun gitmediğini ve lekelenmediğini, bu sistemin adeta bir bariyer sistemi işlevi gördüğünü ifade etmiştir. Sitede saat sabahın beş, altısında kolluğun kapıya geldiği takdirde kişinin daha sonra aklansa bile lekelenmesi sonucunun ortaya çıktığını ancak günümüzde SYOK düzenlemesi sayesinde savcılığın ilk aşamada haksız, soyut ve genel ihbar ve şikayet olup olmadığını değerlendirdiğini ve kişinin lekelenmesinin önüne geçildiğini beyan etmiştir. Konferansın yapıldığı tarihte yaklaşık 101.000 vatandaşın hakkında SYOK kararı verildiği ve lekelenmesinin önüne geçildiğini belirtmiştir⁴³. 9 Aralık 2019 tarihinde yapılan *Yeni Bir İnsan*

⁴² <https://www.google.com/amp/s/m.haberturk.com/ankara-haberleri-amp/16843202-ceza-muhakemesinde-lekelenmeme-hakki-calistayi>, (E.T. 12.11.2019)

⁴³ <https://www.dailymotion.com/video/x6z81f2>, (E.T. 12.11.2019)

Hakları Eylem Planı Çalıştayı'nın açılış konuşmasında Adalet Bakanı Abdülhamit Gül, verilen SYOK sayısının 158.000'i aştığını ifade etmiştir.

Yıllara göre SYOK karar sayıları incelendiğinde 2018 yılında 38682, 2019 yılında 119621, 2020 yılının ilk dört ayında 44210 adet SYOK kararı verildiği görülecektir.

4. Lekelenmeme Hakkı ile Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı Arasındaki İlişki

Cumhuriyet Savcısının soruşturmaya başlayabilmesi için suçun işlendiği izlenimini veren basit şüphenin varlığının olması gerektiği CMK 160. maddede düzenlenmiştir. CMK 160. madde 1. fıkrada *“Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”* şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Soyut ve genel nitelikte, herhangi bir olaya dayanmayan, mesnetsiz iddialardan oluşan ihbar ve şikayetlerde yani olaylara dayanmayan basit şüpheye yetecek bulguların olmadığı durumlarda Cumhuriyet Savcısı SYOK kararı vererek soruşturmaya dahi başlamadan karar vermesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle olaylara dayanmayan basit bir tahminden ibaret olan durumlar kişinin şüpheli sıfatını alması için yeterli değildir⁴⁴. Cumhuriyet Savcısının yukarıda bahsedilen durumu dikkate alarak kişiye şüpheli sıfatını verip vermeme noktasında dikkatli davranma zorunluluğu kişinin lekelenmeme hakkı kapsamında gerekli olan bir zorunluluktur. Bireyin toplum karşısında itibarının zedelenmemesi, onurunun zarar görmemesi açısından şüpheli sıfatını alması hususunda gerekli dikkat gösterilerek temek hak ve hürriyetlerinin zarar görmemesi sağlanmalıdır. SYOK bunun sağlanabilmesi için düzenlenmiş bir müessesedir⁴⁵. Hakkında ihbar ve şikayette bulunulan kişinin SYOK ile şüpheli sıfatını almaması, bu sıfattan kaynaklanan yükümlülükler altına girmemesi lekelenmeme hakkı açısından önem arz etmektedir⁴⁶.

Kişinin suç şüphesi altında ceza soruşturmasına dahil edilmesiyle lekelenmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Yargıtay kararında⁴⁷ Cumhuriyet savcılarının soruşturma sırasında lekelenmeme hakkına eksiksiz soruşturmaya ve tek celsede duruşma bitirme ilkeleri çerçevesinde hareket etmeleri ve bu kıstaslar çerçevesinde iddianameler düzenlemeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bu sayede filtre işlevi görülerek kişinin hakkı zedelenmemiş olacaktır⁴⁸. Yine Yargıtay 13.CD 30.11.2011 tarihinde vermiş olduğu 17629 E. 6876 K. Sayılı

⁴⁴ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 6.Baskı, Eylül 2018, s.178; KIZILARSLAN, s.67.

⁴⁵ KIZILARSLAN, s.67.

⁴⁶ ÖZEN, KÖKSAL, s.280.

⁴⁷ Yargıtay 13.CD E. 2017/4080 K. 2017/10989 T. 19.10.2017.

⁴⁸ TURAL, Uğur, *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Mayıs 2019, s.23,24.

kararında⁴⁹ da belirttiği gibi savcılığın soruşturma evresinde makul sürede tüm delilleri toplayarak, tek celsede duruşma ilkesine uygun olarak hareket etmesi ve yeni bir delil toplanmasına gerek kalmadan bir iki celsede kovuşturmanın sonlandırılması amaçlanmaktadır. Karara göre mahkumiyetle sonuçlanacağı düşünülen hususlar dava konusu yapılmalı aksi durumlar dava konusu yapılmayarak savcılığın filtre işlevi görmesi gerekmektedir⁵⁰.

SYOK ile ciddi olmayan ve herhangi bir nesnel dayanaktan yoksun bulunan ihbar ve şikayetlerin soruşturmanın henüz başındayken devre dışı bırakılması amaçlanmıştır⁵¹. SYOK müessesesi düzenlenmeden önce savcılık, önüne gelen bir ihbar veya şikayetle ilgili olarak herhangi bir engel olmadan soruşturma açmaktaydı. Kişi bu ceza soruşturmasında şüpheli sıfatını aldığından, bu durum tek başına düşünüldüğünde dahi kişinin lekelenmeme hakkının ihlal edildiği açık bir şekilde anlaşılacaktır. Savcılığın SYOK müessesesinin düzenlenmesinden önce ne olursa olsun ihbar ve şikayet sonucunda soruşturma açması savcılığın eleme anlamında işlevselliğini engellemekteydi. SYOK müessesesinin düzenlenmesiyle bu eleme anlamındaki eksiklik giderilmiş ve ihbar ve şikayetin genel, soyut olduğu ve suçsuzluğun açık bir şekilde anlaşıldığı durumlarda SYOK kararı verilerek kişinin lekelenmesinin önüne geçilmeye dönük önemli bir düzenleme yapılmıştır⁵².

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı kişi hakkında iddianame düzenlemeye yetecek kadar yeterli şüphenin olmadığı durumlarda mümkündür. KYOK verildiği durumlarda kişinin suçu işlediği noktasında yeterli şüphenin olmaması suçlu olmadığı kanısını oluşturmaktadır. Beraat kararında ise kişinin suçlu olmadığı mahkeme kararıyla sabit bulunmaktadır. Her iki karar da yargı mercileri tarafından verilen, suçsuzluk sonucunu ortaya çıkaran kararlardır. Kişi ile ilgili olarak bir soruşturma başlatıldığında toplum bununla ilgilenirse de kişi hakkında verilmiş olan bir KYOK veya beraat kararıyla toplum aynı ölçüde ilgilenmemektedir. Yani kişi hakkında her ne kadar KYOK kararı verilmiş olsa da bu karar kişinin aklanması açısından yeterli olmamaktadır. Toplum nezdinde itibarı ve onuru zedelenen kişinin itibarı iade edilmemektedir. Bu açıdan herkes tarafından ulaşılamayacak bir sisteme kaydedilen, sadece hakim ve Cumhuriyet savcılarının erişebileceği bir sistemde görülecek şekilde muhafaza edilen SYOK, lekelenmeme hakkının tesisi açısından işlevsel olan bir düzenlemedir⁵³.

Kişi hakkında soruşturma başladığında her ne kadar ceza ve ceza muhakemesi hukuku anlamında bir suçluluk oluşmasa da, toplumda hukuk

⁴⁹ Yargıtay 13.CD E. 2011/17629 K. 2011/6976 T. 30.11.2011.

⁵⁰ HAKERİ, ÜNVER, Baskı 13, s.491.

⁵¹ KIZILARSLAN, s.75.

⁵² TURAL, s.24.

⁵³ KIZILARSLAN, s.68.

eğitimi almış ve masumiyet karinesinin ne olduğu konusunda bilgi sahibi olan kişi sayısı realist bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde yeterli düzeyde olmadığından suçluluğa ilişkin yanlış çıkarımların oluşacağı gerçeği göz arđ edilemez. Yani kişi hakkında başlatılan bir soruşturmanın toplum nezdinde etkisi kişinin hak ihlalinin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Bu sebeple kişinin bu etki sonucu ortaya çıkan lekelenme durumundan kurtarılabilmesi için bazı müesseselere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu müesseselerden birisi SYOK'tur.

SYOK ile benzer nitelikte olan DİKK da bireyin soyut iddialar karşısında lekelenmesinin önüne geçilebilmesi açısından getirilmiş dzenlemelerdendir⁵⁴.

Devletin şüpheli ve sanık açısından bazı hakları korumaya yönelik olarak bazı pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devlet kişinin susma, isnadı öğrenme, savunma ve müdafiden yararlanma, tercümandan yararlanma, delil toplanmasını talep etme ve lekelenmeme hakkı anlamında pozitif ykmllk altındadır. Getirilen SYOK müessesesi ile eksikliğin giderilmesine dönük işlem tesis edilmiřtir⁵⁵.

SYOK kararının düzenleyen hükmün gerekesi⁵⁶ lekelenmeme hakkının korunmasına ilişkindir. SYOK kararı ile kişi şüpheli sıfatı almayacak, kişi hakkında verilen bu karar aleni olmayarak ayrı bir sistem içerisine kaydedilecektir. Yukarıda bahsedilen hususlardan da anlaşılacağı üzere kanun koyucunun getirmiş olduğu SYOK düzenlemesi, verilerin kaydedildiği sistem, kişinin şüpheli sıfatını hiç almaması gibi durumlardan ötürü kişinin lekelenmeme hakkının zarar görmemesi açısından getirilmiş bir müessesedir.

C. Lekelenmeme Hakkı ve Soruşturmanın Gizliliği

1. Genel Olarak Soruşturmanın Gizliliği

CMK madde 157'de soruşturmanın gizliliği başlığı altında;

"Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizli yapılır." Şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Soruşturmada usul işlemlerinin gizli olmasının sebebi soruşturmanın selametidir. Ancak bu amaca dönük hareket edilirken savunma hakkı ihlal edilmemelidir. Kovuşturma evresinde geçerli olan aleniyet ilkesi soruşturma evresinde geçerli değildir. Soruşturma evresindeki sjeler açısından yani tanık, bilirkişi, şüpheli, müdafi, hakim

⁵⁴ KIZILARSLAN, s.78.

⁵⁵ TURAL, s.41.

⁵⁶ *"Madde ile 5271 sayılı Kanunun 158.maddesine eklenen fıkrayla soyut ve dayanaksız ihbar ve şikayetler için savcıların soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verebilmesi ve bu kararların ayrı sisteme kaydedilerek kişilerin lekelenmeme hakkının korunması öngörülmektedir."*

ve savcı açısından gizlilik ilkesi geçerliiyken soruşturma işlemleri ve içeriği hakkında tesadüfi bir şekilde bilgi sahibi olan açısından gizlilik yükümlülüğü söz konusu değildir. Kanaatimizce birden fazla şüphelinin olduğu durumlarda şüpheli kendisi hakkındaki işlemleri açıklama özgürlüğüne sahiptir. Aynı şekilde müdafii de savunduğu şüpheli hakkında yapılan işlemleri de açıklama özgürlüğüne sahiptir⁵⁷.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 27. maddesinde "Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması" başlığı altında;

"Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere kişinin suçlu olarak kamuoyuna çıkarılması durumunda masumiyeti zarar görecektir. Henüz delillerin toplandığı bir evrede aleniyet ilkesi geçerli olursa sağlam bir değerlendirme yapılmadan şüphelinin lekelenmesi ve masumiyet karinesinin yok sayılması sonucu ortaya çıkmış olacaktır. Bu sebeplerle yönetmelik ve kanundaki amir hükümlerden anlaşılacağı üzere soruşturma evresi gizli yürütülerek bireyin lekelenmeme hakkına zarar verilmemelidir.

Soruşturmanın gizliliği, bir yandan iddia makamı delilleri toplarken serbestçe hareket edebilmesini diğer yandan da kişinin lekelenmeme hakkı korunarak, masumiyet karinesine dikkat edilerek mesnetsiz iddiaların engellenmesini sağlamaktadır⁵⁸.

Soruşturmanın gizliliğinin içerisinde kişinin suçlandığının kamuoyu tarafından bilinmemesi, öğrenilmemesi de bulunmaktadır. Yargıtay kararında⁵⁹ da belirtildiği gibi henüz soruşturma evresinde şüpheli dahi olup olmadığı belli olamayan kişinin hakkında kamuoyu nezdinde yolsuzluk yapan kişi izlenimi oluşturulması, bu üslupla hareket edilmesi kişinin lekelenmeme hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır⁶⁰.

Soruşturmanın ilkelerinden birisi olan soruşturmanın gizliliği ilkesi, toplumsal anlamda ortaya çıkabilecek sıkıntıların ve şüphelinin masumiyet karinesinin korunması anlamında önem ihtiva etmektedir. Savcılık tarafından soruşturma titiz bir şekilde yürütülmeli, gizlilik ilkesine uyulmalı bu sayede

⁵⁷ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", *AÜHFĐ*, Yıl 2010, 59(2), s.246.

⁵⁸ TUNÇ, Gökçe, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleniyet İlkesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2018, s.32.

⁵⁹ Yargıtay 12.CD E. 2018/4824 K. 2018/9462 T. 10.10.2018.

⁶⁰ TURAL, s.26.

toplum nezdinde şüpheli aleyhine oluşabilecek durumların önüne geçilmesi gerekmektedir⁶¹.

2. Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu

TCK madde 285'te⁶² gizliliğin ihlali başlığı altında soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. TCK 285. maddede düzenlenen gizliliğin ihlali suçu ile ceza muhakemesindeki soruşturma ve kovuşturma evrelerine ilişkin ihlal ve her iki evreye ilişkin şüpheli veya sanığın masumiyet karinesinin ihlali ve kişilik haklarının ihlaline ilişkin koruma sağlanmıştır⁶³.

Gizliliğin ihlali suçuna ilişkin korunan hukuki değer maddi gerçeğin bulunmasına ilişkin soruşturma faaliyeti esnasında selametın sağlanması ve masumiyet karinesi, lekelenmeme hakkının korunması kapsamını içeren adil yargılanma hakkıdır⁶⁴.

Soruşturmanın gizliliği ilkesi ve gizliliğin ihlali düzenlemesi ile masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı korunmaya çalışılmıştır. Maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla bireysel ve kamusal menfaatler ve masumiyet karinesi de adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilebileceğinden korunmak istenen değerın adil yargılanma hakkı olduğu ifade edilebilir⁶⁵.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere suçun oluşabilmesi için oluşması gereken durumlardan biri aleniyeti ihlal eden kişinin yaptığı eylem neticesinde masumiyet karinesinden yararlanan kişinin hakkının ihlal edilmesidir. Yani birey soruşturmanın gizliliğini ihlal ederek masumiyet karinesinden yararlanan kişinin hakkını zedelemektedir.

285. maddenin 5. fıkrasında soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde görüntülerin yayınlanması suç olarak ifade edilmiştir. Failin kastının görüntüleri yayınlarak kişilerin suçlu olarak algılanmasına yol açmak olmalıdır. Yayınlanan görüntüler neticesinde kişi suçlu olarak algılanıyorsa suç oluşmuş olacaktır. Bu durumda masumiyet

⁶¹ YENİDÜNYA, A. Caner/İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Baskı 1, Ankara 2016, s.243.

⁶² "Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir."

⁶³ EKMEKÇİ, Dilek, *Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Nisan 2013, s.259.

⁶⁴ EKMEKÇİ, s. 260. ; YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 8092.

⁶⁵ EKMEKÇİ, s. 262.

karinesi ihlal edilmiş olacaktır. Ancak kanun koyucu 6.fıkıradaki “soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber yapılması suç oluşturmaz” ifade ederek haber verme sınırlarının aşılmadığı durumlar hakkın icrası sayılarak hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Kişinin masum sayılmasını engelleyerek suçlu olarak algılanmasına yol açarak, adil yargılanmasının önüne geçilmesi durumunda haber verme sınırları aşılmış olacaktır⁶⁶. 5.fıkıradaki suç işlendiği takdirde kişi suçlu olarak algılanıp, toplum nezdinde küçük düşmesi, onurunun zedelenmesi söz konusu olacağından lekelenmeme hakkı zarar görecektir.

TCK 285. maddesi ile soruşturmanın nizami bir şekilde ilerlemesinin sağlanmasının yanı sıra adaletin tesis edilerek masumiyet karinesine uygun şekilde şüphelinin lekelenmeme hakkının korunması amaçlanmıştır. Kanunun gerekçesinde açık bir şekilde; soruşturma evresinin gizliliğinin, masumiyet karinesinin sağlam tutulması açısından önem arz ederek vazgeçilmez nitelikte olduğunu, aksi durumlarda yargısız infazlar sonucu masumiyet karinesinin lafta kalacak şekilde uygulanmış olacağını ifade etmiştir.

SONUÇ

AİHS 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye ilişkin şartlar, masumiyet karinesi ve savunma hakları bulunmaktadır. Lekelenmeme hakkının korunabilmesi için masumiyet karinesine ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer ilkelere dikkat edilerek hareket edilmesi gerekmektedir. Suçlamaya ilişkin olarak hüküm olmadan kişinin masum sayılmasına ilişkin olan masumiyet karinesi ve masumiyet karinesiyle sıkı bir ilişki içerisinde olan lekelenmeme hakkı anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmış bir haktır. Aklanmak noktasında sorunların yaşandığı, lekelenildiği zaman telafisi güç sonuçların ortaya çıkacağı olaylar sonucunda kişilerin zarar görmesini engellemek amacıyla kullanılan müesseselerden olan lekelenmeme hakkı, diğer haklarla da ilişki içerisinde olan ve çeşitli müesseseler ile korunmaya çalışılan bir haktır.

Kişi hakkında açılmış olan soruşturmaya dair evrenin gizli olmasıyla henüz delillerin toplandığı, yeterli şüphe noktasında netliğin bulunmadığı bu evrede lekelenmeme hakkına dair güvence sağlanmaya çalışılmaktadır. Soruşturma evresinin aleni olması durumunda henüz itham altında bulunan kişi hakkında suçlayıcı ifadeler toplum nezdinde farklı algılanmaya müsait ifadeler halini alabilir. Bu durumda da henüz soruşturma evresinde iken kişinin lekelenmesi durumu ortaya çıkacaktır. Bununla beraber mevzuatımıza son yıllarda girmiş olan kanundaki sayılmış durumlara ilişkin olarak soruşturmaya dahi

⁶⁶ HAFIZOĞLU, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Baskı, Ankara Kasım 2016, s.228,229.

başlanmadan yani kişi şüpheli sıfatını dahi almadan SYOK kararı verilmesi de aynı amaca dönük yapılan düzenlemelerdendir.

İnsanın insan olduğu için sahip olduğu, ırk, dil, din, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin sahip olduğu insan onuru ve toplum nezdindeki değerleri bakımından sahip olduğu şeref ve saygınlık kişi için vazgeçilmez niteliktedir. Teknolojik gelişmeler, adli olayların toplum nezdinde oluşturduğu güvensizlik gibi durumların sonucunda telafisi güç sonuçların oluşmaması için, vazgeçilmez hak niteliğinde olan lekelenmeme hakkına özen gösterilerek hareket edilmeli, devlet kişilerin lekelenmeme hakkını korumak için gerekli önlemleri almalıdır.

KAYNAKLAR

- ARSLAN, Kahan Onur: "İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", *TBB Dergisi*, Yıl 2015 (120), s.155-172.
- ATLIHAN, Özen: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi", *AÜEHFD*, C. VIII, Sayı 3-4, 2004, s. 291-328.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 7, İstanbul 2010.
- DUTERTRE, Gilles: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003
- DUTERTRE Gilles: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007.
- EKMEKÇİ, Dilek: *Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Nisan 2013.
- EVİK SONAY, Vesile: *Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- GÖĞÜŞ, Ali Erkan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Masumiyet Karinesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- GÜLSÜN, Ramazan: "İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı", *International Journal of Legal Progress*, 2015, C.1, S.2, s.18-21.
- GÖKÇEN, Fahri Taner: "Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan içinde*, Cilt: I, Ankara 2013, s.617-633.

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2011.
- HAFIZOĞLU, Zeki/ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Baskı, Ankara Kasım 2016.
- İNCEOĞLU, Sibel: *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4)*, Nisan 2018.
- KAFADAR, Muhammet Fatih: "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru' ", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, *3. Hukukun Gençleri Sempozyumu*, 11-12 Ekim 2013, Antalya.
- KAPLAN ATAMAN, Ayfer: *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gizli Tanık*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2018.
- KARA, Eyüp: "Lekelenmeme Hakkı", *AD*, Yıl 2012, Sayı 43, s. 188- 197.
- KIZILARSLAN, Hakan: "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları(Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi FFSistematiği Açısından İrdelenmesi", *TBB Dergisi*, 2019(144), s. 59-104.
- KURU, Gonca: *Türkiye'de Demokratik Hukuk Devleti Düzeninde İnsan Onurunun Yeri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- MEMİŞ, Pınar: *Adil Yargılama Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: " Soruşturmanın Gizliliği", *AÜHFD*, 59 (2) 2010, s.243-275.
- ÖZEN, Muharrem/ KÖKSAL, Atacan: "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı", *AÜHF Dergisi*, 68(1), 2019, s.261-286.
- ÖZBEK/Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 6, Ankara 2014.
- ÖZBEK/Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Baskı 11, Ankara Eylül 2018.
- ÖZBUDAK, Coşkun: *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, Baskı 1, Şubat 2014.
- PARMAKSIZOĞLU, Fatma Betül: "İnsan Hakları, Ahlak ve Kültür Açısından 'Onur' Kavramına Yaklaşımın Kavramın Tanımlanmasına Etkileri", *Dini Araştırmalar*, Temmuz-Aralık 2018, Cilt 21, Sayı 54, s.225-246.
- ŞAHİN, Cumhur: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 6.Baskı, Ankara 2015.

- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Bası 9, Ankara Eylül 2018.
- TAKCI, Tuğçe: *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016.
- TUNÇ, Gökçe: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2018.
- TURAL, Uğur: *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Mayıs 2019.
- UYSAL, Cem: *Ceza Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Üzerine Bir İnceleme ve Lekelenmeme Hakkı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10.Baskı, Ankara 2015.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 13, Ankara 2017.
- YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa: *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner/İÇER, Zafer: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Baskı 1, Ankara 2016.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 6.Baskı, Eylül 2018.
- YILDIRIM, Akif: "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2013, Cilt 3, Sayı 3, s.130-160.
- YÜZER, Dilara: "Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel S., 2013, s.1653-1694.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <https://www.google.com/amp/s/m.habertürk.com/ankara-haberleri-amp/16843202-ceza-muhakemesinde-lekelenmeme-hakki-calistayi>, (E.T. 11.11.2019).
- <https://www.dailymotion.com/video/x6z81f2>, (E.T. 11.11.2019).
- <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 18.11.2019).
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (E.T. 18.11.2019-19.11.2019).

VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME MÜESSESESİ

The Institution of Giving up the Legal Remedy in Tax Disputes

Ömer BATUR*

Geliş Tarihi: 04.03.2020

Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Vergiler, kamu giderlerini karşılamak üzere devletin tek taraflı iradeyle ve egemenlik gücüne dayanarak, gerçek veya tüzel kişilerin gelir, servet ve harcamaları üzerinden aldığı ekonomik değerlerdir. Vergilendirme süreci; tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamalarından oluşmaktadır. Bu süreçte mükelleflerin de yükümlülükleri bulunmasına karşılık, vergilendirme işlemleri esasen vergi idaresi tarafından yürütülmektedir. Vergi idaresi, kamu gücüne dayanarak ve re'sen vergi kanunlarını uyguladığından vergi mükellefleri ile aralarında uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Söz konusu uyuşmazlıklar idari aşamada çözülemezse, mükellefler tarafından yargı merciine taşınabilmektedir. Bilindiği gibi, yargılama aşamasında kabul veya feragat beyanları ile davanın sonlandırılması mümkündür. Diğer taraftan, kesin olmayan nihai mahkeme kararları için kanun yoluna başvurulmadığı takdirde de uyuşmazlık neticelenir. Bu kapsamda, 07/12/2019 tarih ve 30971 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7194 sayılı Kanunda 213 sayılı Kanunun 379'uncu maddesine "kanun yolundan vazgeçme" başlığı altında yeni bir düzenleme ihdas edilmiştir. Kanun yolundan vazgeçme müessesesi, feragat ve kabulden tamamen farklı bir niteliğe sahiptir. Anılan düzenlemede, mükelleflerce lehine veya aleyhine verilen ve henüz kesinleşmemiş nihai kararlar için, istinaf ve/veya temyiz yoluna başvurulmaması sonucu vergi alacağının tahakkuku ve tahsili amaçlamaktadır. Çalışmamızda; vergi yargısına ilişkin bilgiler verilerek, yargılamanın Türkiye'de uygulanan yakın tarihçesi ile 2018 yılına ait adli istatistik bilgileri kapsamında kanun yolundan vazgeçme müessesesinin açıklamalarına yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Vergi uyuşmazlıkları, kanun yolları, kanun yolundan vazgeçme, adli istatistikler.

ABSTRACT

Taxes are the economic values that natural or legal persons receive on the income, property and expenditures, based on the unilateral will and the power of sovereignty to cover public expenses. Taxation process includes; imposition, notification, accrual and receipt. Although taxpayers also have obligations in this process, taxation procedures are mainly carried out by the tax administration. Conflicts may arise between tax administration and taxpayers. If these disputes cannot be resolved at the administrative stage, they can be carried to the judicial authority by taxpayers. As is known, it is possible to end the case with acceptance or waiver statements at the trial stage. On the other hand, if there is no legal remedy for final court decisions, the dispute will result. In this context, a new regulation has been created under the title of "giving up the legal remedy". This has a completely different quality from waiver and acceptance. It is expected that no appeal and/or respondent be filed for court orders. In our study; giving tax information concerning the judiciary, with the history of Turkey near applied to the proceedings of the judicial statistics for 2018 are included within the scope of the description of giving up the legal remedy.

Keywords: Tax disputes, the legal remedy, of giving up the legal remedy, forensic statistics.

* 14. Dönem İdari Yargı Hakim Adayı, e-posta: baturomr@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2616-5087.

GİRİŞ

Mükellefler, re'sen, ikmalen ve idarece yapılan tarhiyatlar ile kesilen vergi cezalarına ilişkin ihbarnamelerin tebliğ edilmesini müteakip mevzuat çerçevesinde çeşitli mekanizmalardan faydalanabilmektedir. Bunlardan, uzlaşma ve cezada indirim müesseseleri yargılama sürecine gerek kalmaksızın idari aşamada uygulanırken, mükellefler dava açmak suretiyle uyuşmazlığı yargı merciiine taşıyabilirler.

Günümüzde, yargılama sürecinin sonuçlanmasını beklemezsizin tarhiyat ve cezalara ilişkin uyuşmazlıkların yargılama aşamasında çözümlenmesini, idare ile mükellefler arasında tarhiyat ve cezalara ilişkin çözüm ve uyumu her aşamaya yaymayı sağlayacak bir müesseseye duyulan ihtiyaca¹ binaen, 213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 379'uncu maddesinde, 07/12/2019 tarih ve 30971 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi İle Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında yeniden düzenleme yapılarak "kanun yolundan vazgeçme" müessesesi vergi sistemine ihdas edilmiştir.

Yapılan bu düzenlemede, vergi ve cezalara ilişkin ihtilafların mükelleflerin isteğine bağlı olarak kanun yolu aşamasında sonlandırılması, yargı mercilerinin iş yüklerinin azaltılması, uyuşmazlık konusu vergi ve cezaların tahakkuku ve tahsilinin sağlanması amaçlanmıştır.²

I. VERGİ YARGISI

A. Tanımı ve Uyuşmazlık Türleri

Vergiler, kamu giderlerini karşılamak üzere devletin tek taraflı iradeyle ve egemenlik gücüne dayanarak, gerçek veya tüzel kişilerin gelir, servet ve harcamaları üzerinden aldığı ekonomik değerlerdir. Anayasanın 73'üncü maddesinde; herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğuna; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğuna ve kanunilik esasının bulunduğu hükmedilmiştir.

Çağdaş hukuk devleti, artık idarenin yargısal denetimi ile anlam kazanmaktadır. İdarenin yargısal denetimi, hukuk devletinin bir ögesi olmaktan çıkarak onunla eş anlamlı hale gelmiştir³.

Vergilendirme süreci; tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamalarından oluşmaktadır. Bu süreçte, mükelleflerin de yükümlülükleri bulunmasına karşılık,

¹ 20/02/2020 tarih ve 31045 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 517 Sıra No'lu VUK Genel Tebliğinden uyarlanmıştır.

² 517 Sıra No'lu VUK Genel Tebliğinden uyarlanmıştır.

³ BEREKET, s. 192.

vergileendirme ve buna bağlı takip işlemleri esasen vergi idaresi tarafından yürütülmektedir. Vergi idaresi, kamu gücüne dayanan tek taraflı işlemlerle vergi kanunlarını re'sen uygulamaktadır. Vergi idaresi ile kişiler arasında, vergi kanunlarının uygulanması nedeniyle uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. 213 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde yer aldığı üzere, vergileendirmenin gerçek mahiyeti esas olduğundan vergi idaresi tarafından ikmalen, re'sen ve idarece tarhiyatlar yapılabilir. Bu nedenle, söz konusu tarhiyatlara karşı idari ya da yargısal yollara başvurmak suretiyle uyuşmazlık çıkaran taraf, genelde vergi mükellefleri veya sorumluları olmaktadır. 213 sayılı Kanunun 8'nci maddesinde, "mükellef" tabirinin vergi sorumlularını da kapsadığı belirtildiğinden, çalışmamızda davacı konumunda olan vergi mükellefleri veya sorumluları, mükellef olarak anılmıştır.

Türkiye'de uygulanan vergi uyuşmazlıkları, İngiltere'de olduğu gibi idari aşamada ve yargı aşamasında olmak üzere iki aşamada çözümlenmektedir. İngiltere'de vergi ile ilgili uyuşmazlıklar dava konusu yapılmadan önce, idari aşamada çözüm yollarının aranmış olması gerekmektedir⁴. Ancak, Türkiye'de yargı merciine başvurabilmek için öncelikle idari yolların tüketilmesi gerektiğine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır.

Mükellefler ile vergi idaresi arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların idari yollarla çözümlenmesi her zaman mümkün olmadığından, anlaşmazlığın taraflar dışında bir mercii tarafından çözümlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu anlamda, hukuk devletinin unsurlarından olan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması" şeklinde ifade edilen anayasal ilke gereği yargı mekanizması öngörülmüştür.

Vergi uyuşmazlıkları, 2576 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde vergi mahkemelerinin görevleri sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Buna göre; a) genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalar ile tarifelere ilişkin davalar; b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davalar; c) diğer kanunlarda verilen işler; vergi mahkemelerince çözümlenir.

Bu kapsamda; ikmalen, re'sen veya idarece tarhiyat ile bunlara bağlı ceza ve zamlar; iştirak kapsamında vergi ziyai cezası ile usulsüzlük veya özel usulsüzlük cezalarının kesilmesi; vergi hatası kapsamında düzeltme-şikayet başvurularından sonuç alınamaması; uzlaşmanın vaki olmaması; takdir komisyonlarının bazı kararları; ihtirazi kayıtla verilen beyannameler; ödeme emri tebliği, haciz tatbiki vb. durumlar dava konusu olabilecek vergi uyuşmazlıklarına örnek teşkil eder.

⁴ KIZILOL / KIZILOL, s. 80.

B. Türkiye’de Uygulanan Vergi Yargısının Yakın Tarişesi Kapsamında Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesinin İncelenmesi

İdari yargının unsuru olan vergi yargısı, 06/01/1982 tarihinde kabul edilen ve 20/01/1982 tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleriyle düzenlenmiştir. Buna göre, vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından üçlü bir sistem içerisinde yürütülmektedir.

1982 yılından önce, 213 sayılı Kanunun mülga 379-412 maddeleri uyarınca Maliye ve Gümrük Bakanlığı bünyesinde oluşturulan itiraz ve temyiz komisyonları ile Danıştay tarafından vergi yargılaması yapılmaktaydı. Komisyonlar, yaptığı işler bakımından bağımsız olarak karar vermekte, fakat idari yapısı bakımından Maliye ve Gümrük Bakanlığına bağlıydı. Ancak, komisyonların yaptıkları görevler bakımından tam anlamıyla bağımsız yargı organı olduğunu söylemek imkansızdı⁵. İtiraz ve temyiz komisyonlarından geçen vergi uyuşmazlıkları Danıştay’ın incelemesine tabi tutulmaktaydı⁶. Diğer taraftan, itiraz komisyonlarının bazı kararlarına karşı temyiz komisyonuna başvurma yolu kapalı olduğu için doğrudan doğruya Danıştay’a başvurma imkanı sunulmuştu.

213 sayılı Kanunun mülga 387’nci maddesinde düzenlenen “itirazdan vazgeçme” başlığı altında, mükelleflerin itiraz komisyonlarına yapmış oldukları başvurular hakkında karar verinceye kadar vazgeçebilecekleri hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, itiraz komisyonuna verilen açık bir vazgeçme dilekçesi ile itiraz ve temyiz hakkından vazgeçilmiş oluyordu.

2577 sayılı Kanunun 63’üncü maddesi uyarınca vergi mahkemelerinin göreve başlaması ile birlikte, 213 sayılı Kanunun 379-412 maddeleri ilga edildiğinden itirazdan vazgeçme de kaldırılmış oldu.

Söz konusu uygulama, 7194 sayılı Kanunun 27’nci maddesi gereği, 213 sayılı Kanunun 379’uncu maddesine “kanun yolundan vazgeçme” müessesesi olarak yeniden ihdas edilmiş olup, 1982 yılından önce uygulanan itirazdan vazgeçmeye benzeyen özellikleri bulunmasına rağmen çok daha geniş ve ayrıntılı düzenlemeler yapılarak mükellefler açısından özendirici nitelik taşıması amaçlanmıştır. Burada kastedilen “özendirici” deyimini, kanun koyucunun amacından hareketle ifade edilmiştir. Nitekim, yeni uygulamada idare ile mükellefler arasında tarhiyat ve cezalara ilişkin çözüm ve uyumun her aşamaya yayılması amaçlanmıştır. Dolayısıyla, mükelleflerin ihtiyari olarak

⁵ EROĞLU, s. 757.

⁶ ÖZBALCI, s. 659.

kanun yolundan vazgeçmeleri için bir takım indirimler tanınarak, uyumsuzluk kanun yolu aşamasında giderilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, bu aşamadan sonra vergi alacağının Hazineye intikalini geciktirmemek amacıyla, ödeme aşamasında da ek indirim imkanı sunulmuştur.

İdari yargılama usulünde, 2577 sayılı Kanunun 31'inci maddesin istinaden, 6100 sayılı Kanuna atfı yapılan feragat ve kabul uygulamaları da bulunmaktadır. Bunlar, itirazdan veya kanun yolundan vazgeçme uygulamalarından tamamen farklı kavramlardır. Feragat ve kabul, hüküm kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında yapılabilirken; kanun yolundan vazgeçme, henüz kesinleşmemiş mahkeme kararları aleyhine kanun yolu aşamasında uygulama alanı bulur.

Davadan feragat, davacının mahkemeye yapacağı tek yanlı bir irade açıklaması ile davadan vazgeçmesidir. Feragat, doğruduğu sonuç itibarıyla iptal davasının reddi ile eş anlamlıdır⁷.

Davanın kabulü ise davalının tek taraflı iradeyle davaya son verme işlemidir. İdari davalarda davalı sıfatı idarede olduğundan, İdarece dava konusu işlemin değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması biçiminde de ortaya çıkabilir.

C. Kanun Yolları

Kanun yolu, davanın tarafına, kendi aleyhine verilen ve henüz kesinleşmemiş bir mahkeme kararının, üst derece mahkemesince usulen veya hukuken incelenmesini talep etme imkanı verir. Mahkemenin vermiş olduğu karar, hangi tarafın beklentisine aykırı ise, ona göre hatalıdır veya haksızdır⁸.

Geniş anlamda ise kanun yolu, mahkemece verilen her tür yargısal kararın, üst mahkeme ya da kararı veren mahkeme tarafından bir daha gözden geçirilmesidir⁹.

Kanun yolunun amaçları; i) kendisi hakkında yanlış karar verildiği kanaatini taşıyan tarafın tatmin edilmesi, bireylerin ve giderek tüm toplumun adalet duygusunun güçlendirilmesi, ii) somut olayda hukuka uygun şekilde, adil karar verilip verilmediğinin denetlenerek, hukuka aykırı kararların ortadan kaldırılması, hukuk kurallarının uygulanmasında birliğin sağlanmasıdır. Bunlardan birincisi daha çok tarafların menfaatine hizmet ederken, ikincisinde yazılı olanlar kamu yararını gerçekleştirme amaçlamaktadır¹⁰.

1. Olağan Kanun Yolları

Mahkemelerce verilen nihai kararların şekli anlamda kesinleşmesini önleyen kanun yollarına, olağan kanun yolu denilmektedir. Olağan kanun yoluna

⁷ KARAVELİOĞLU, s. 779.

⁸ ODYAKMAZ, s. 5

⁹ KURU, s. 761.

¹⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 54.

başvurmak, kararın şekli anlamda kesinleşmesini, kanun yolu incelemesinin sonuna kadar erteler. Bunlar, temyiz ve istinaf usullerinden oluşmaktadır¹¹.

İstinaf, bir davada verilen kararın, üst bir mahkeme tarafından tekrar incelenmesi imkanı sağlayan kanun yoludur¹². İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönlerinden denetlenerek, hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmasını içerir¹³.

2577 sayılı Kanununun 45/1 maddesine göre, vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki Bölge İdare Mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Ancak, 2020 yılı için konusu 7.000,00 TL'yi aşmayan davalar hakkındaki vergi mahkemesi kararları kesin olduğundan, bunlara karşı kanun yoluna başvurulamaz.

Temyiz, mahkemelerce verilen kararların usul ve kanuna uygun olup olmadığını üst mahkeme tarafından incelenmesini sağlayan bir kanun yoludur¹⁴.

Bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonunda verdiği kararlardan bazıları kesin olup, bunlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz. 2577 sayılı Kanununun 46'ncı maddesinde, Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin tahdidi olarak sayılan nihai kararlarının tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde temyiz yoluna başvurulabileceğine hükmedilmiştir (teyiz sınırı 2020 yılı için 176.000,00 TL'dir). Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda ilgili vergi dava dairelerinin nihai kararlarına karşı Vergi Dava Daireleri Kuruluna, bölge idare mahkemelerinin nihai kararlarına karşı ise Danıştay ilgili dava dairesine temyiz başvurusu yapılmaktadır.

2. Olağanüstü Kanun Yolları

Kesinleşmiş hükümlere karşı kabul edilmiş kanun yoluna olağanüstü kanun yolu denilmektedir. Olağanüstü kanun yolu, yargılamanın yenilenmesi usulüdür¹⁵. Yargılamanın yenilenmesine, 2577 sayılı Kanununun 53'üncü maddesinde yazılı sebeplerle başvurulabilir.

Kanun yararına temyiz ise, ayrı ve olağanüstü bir kanun yolu olarak sayılabileceği gibi, olağan temyiz yolunun belli durumlarda uygulanacak bir başka usulü olarak da nitelendirilir¹⁶. 2577 sayılı Kanununun 51'inci maddesine göre, idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak

¹¹ ÇAĞLAYAN, s. 753.

¹² YILDIRIM, s. 513.

¹³ ÇINAR, s. 14-15.

¹⁴ YENİCE / EŞİN, s. 720.

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 940.

¹⁶ NOHUTÇU, s. 297

verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar için, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz yoluna gidilebilir.

D. Vergi Yargısına İlişkin İstatistik Bilgiler

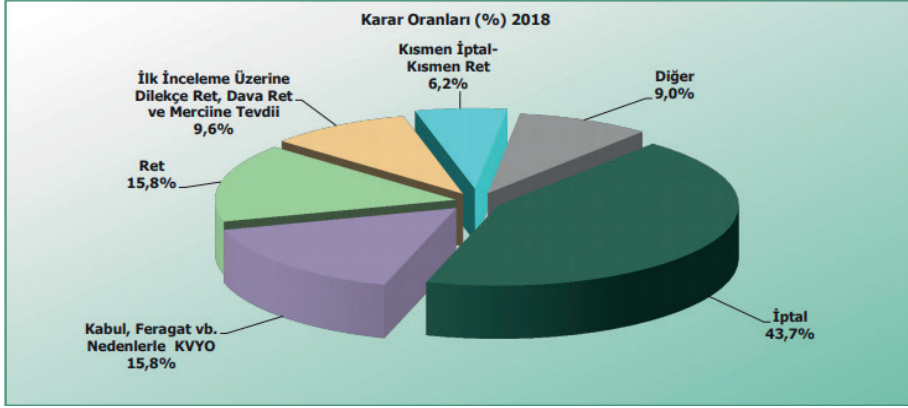
Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından resmi internet sayfasında yayımlanan “Adli İstatistikler 2018” başlıklı kitapçık tarafımızca incelenmiş, veriler ışığında aşağıdaki bilgilere ulaşılmıştır¹⁷.

Tablo 7.2-2 Dosya Sayıları, TÜRKİYE (2018)

	Dava Sayısı	Davacı Sayısı		Davalı Tüzel Kişi Sayısı	
		Gerçek Kişi Sayısı	Tüzel Kişi Sayısı		
Gelen	Geçen Yılandan Devren Gelen	49 034	31 613	20 737	49 197
	Yıl İçinde Açılan	90 973	56 024	37 792	91 559
	Bozularak Gelen	7 483	3 101	4 714	7 538
	Toplam	147 490	90 738	63 243	148 294
Karara Bağlanan	Birleştirme	1 836	176	1 660	1 836
	Ret	18 313	10 754	8 446	18 440
	İptal	50 717	29 928	21 589	50 833
	Kısmen İptal - Kısmen Ret	7 145	4 594	2 845	7 160
	İlk İnceleme Üzerine Dilekçe Ret, Dava Ret ve Merciiine Tevdii	11 130	7 650	4 267	11 388
	Mercii Tayini - Bağlantı	2 222	981	1 269	2 261
	Kabul, Feragat vb. Nedenlerle KVYO	18 348	15 341	5 642	18 405
	Davanın Açılmamış Sayılmasına	539	348	206	540
	Re'sen İnceleme Üzerine Verilen Kesin Kararlar	2 810	1 751	1 150	2 865
	Diğer	2 982	1 484	1 647	3 002
	Toplam	116 042	73 007	48 721	116 730
	Bir Sonraki Yıla Devreden	31 448	17 731	14 522	31 564

Tablo 7.2-2’de, vergi mahkemelerinde 2018 yılında toplam 147.490 adet dava dosyası bulunduğu, bunların 116.042 adedinin yıl içinde karara bağlandığı, yargılama sonucunda verilen ret kararlarının 18.313 adet olduğu, iptal kararlarının 50.717 adet olduğu, kısmen iptal-kısmen ret kararlarının 7.145 adet olduğu, kabul ve feragat vb. nedenlerle verilen karar verilmesine yer olmadığı kararlarının ise 18.348 adet olduğu görülmektedir.

¹⁷ <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf>



Yukarıdaki tabloda, vergi mahkemelerince verilen kararların türüne göre yüzdelik dağılımı gösterilmektedir.

Tablo 7.2-3 Karar Türüne Göre Karara Bağlanan Dosya Sayıları, TÜRKİYE (2018)

Karar Türü	Dava Sayısı	%	Davacı		Davalı Tüzel Kişi Sayısı	
			Gerçek Kişi Sayısı	Tüzel Kişi Sayısı		
Birleştirme	1 836	1,6	176	1 660	1 836	
Ret	Ret	12 118	10,4	6 904	5 571	12 178
	Süre Ret	1 837	1,6	1 236	658	1 866
	İnceleneksizin Ret	1 654	1,4	1 003	706	1 669
	Ehliyet Ret	1 239	1,1	1 068	556	1 243
	Bozma Kararına Uyma - Ret	917	0,8	288	643	934
	Görev Ret	172	0,1	98	84	174
	Kısmen Ret - Kısmen İnceleneksizin Ret	136	0,1	66	70	136
	Yargılamanın Yenilenmesi İstemi Ret	122	0,1	53	73	122
İptal	İsrar - Ret	118	0,1	38	85	118
	Kabul	44 370	38,2	26 558	18 431	44 461
	İptal	2 936	2,5	1 762	1 247	2 951
	Bozma Kararına Uyma - Kabul	1 479	1,3	513	985	1 482
	İptal - Kabul	905	0,8	725	255	908
	İsrar - Kabul	784	0,7	267	525	785
	Bozma Kararına Uyma - İptal	118	0,1	53	66	120
	Bozma Kararına Uyma	89	0,1	38	56	90
	İsrar - İptal	19	0,0	5	14	19
	Bozma Kararına Uyma - İptal, Kabul	17	0,0	7	10	17
Kısmen İptal-Kısmen Ret	Kısmen Kabul, Kısmen Ret	5 493	4,7	3 413	2 213	5 507
	Kısmen Ret, Kısmen Kvyo	843	0,7	586	359	843
	Kısmen Kabul - Kısmen Karar Verilmesine Yer Olmadığına (Kvyo)	412	0,4	338	113	412
	Kısmen İptal, Kısmen Ret	319	0,3	198	132	320
	Kısmen İptal - Kabul, Kısmen Ret	49	0,0	30	20	49
	Kısmen Kabul - Kısmen Süre Ret	29	0,0	29	8	29
Kabul Feragat vb. Nedenlerle KVYO	Karar Verilmesine Yer Olmadığına	9 792	8,4	9 016	2 642	9 809
	Karar Verilmesine Yer Olmadığına (Konusu Kalmadığından)	5 335	4,6	4 394	1 638	5 361
	Karar Verilmesine Yer Olmadığına (Feragat Nedeniyle)	2 990	2,6	1 822	1 223	3 004
	Karar Verilmesine Yer Olmadığına (Kabul Nedeniyle)	126	0,1	86	56	126
	Bozma Kararına Uyma - Feragat Nedeniyle Kvyo	105	0,1	23	83	105

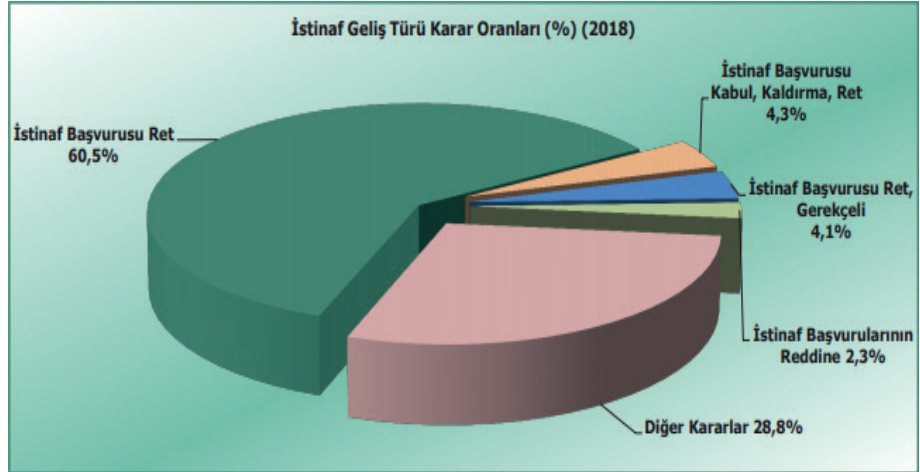
Tablo 7-2.3'de vergi mahkemesi kararlarının ayrıntılarına verilmiştir. Buna göre; Tablo7-2.2'de yer verilen 18.313 adet ret kararlarının içerisindeki alan esas hakkında mükellefler aleyhine verilen ret kararlarının 12.118 adet olduğu;

mükellefler lehine verilen iptal, kabul, iptal-kabul, kararlarının toplamının ise 48.211 adet olduğu görülmektedir. Diğer taraftan, 18.348 adet karar verilmesine yer olmadığı kararlarının ise 2.990 adedinin davacı tarafından feragat nedeniyle, 126 adedinin davalı idare tarafından verilen kabul beyanı ile sonuçlandığı görülmektedir.

Tablo 7.3-1 Esasa Yönelik Başvulara İlişkin Dosya Sayıları, TÜRKİYE (2018)

Başvuru Türü	Gelen				Kararın Mahiyeti			Bir Sonraki Yıla Devreden	Karara Bağlanan Dosyanın Gelen Ortalama Görülme Süresi (Gün)	
	Geçen Yılandan Devren Gelen	Yıl İçinde Açılan	Toplam	%	İtiraz	Karar				
						Düzeltilme	Toplam			
Bağlantı İstemi	24	1 263	1 287	0,6	1 280	4	1 284	3	99,8	4
Reddi Hakim		1	1		1		1		100,0	
İtiraz	496	185	681	0,3	366	11	377	304	55,4	512
Karar Düzeltme	870	776	1 646	0,8		1 605	1 605	41	97,5	138
Görevsizlik, Yetkisizlik İşlemleri	4	110	114	0,1	111	2	113	1	99,1	8
Bağlantı Ret Kararına İtiraz	1	31	32	0,0	31		31	1	96,9	12
İstinaf	13 646	53 064	66 710	31,9	5	56 956	56 961	9 749	85,4	77

Tablo 7.3-1’de vergi mahkemesi kararlarına ilişkin bölge idare mahkemelerine başvurular gösterilmiştir. Buna göre, vergi mahkemesi kararlarına karşı, 2018 yılı içinde 53.064 adet istinaf başvurusu yapıldığı anlaşılmaktadır.



Yukarıdaki tabloda, vergi mahkemeleri ile idare mahkemelerince verilen kararların istinaf başvurusu sonucunda bölge idare mahkemelerince verilen kararların yüzdeler dağılımına yer verilmiştir.

Tablo 8-3 Danıştay Dava Daireleri ve Kurulları Dava Sayıları, TÜRKİYE (2018)

Dava Daireleri	Geçen Yıldan Devren Gelen		Yıl İçinde Açılan		Toplam		Yıl İçinde Çıkan		Bir Sonraki Yıla Devreden		Ortalama Görülme Süresi (Gün)	
	İlk Derece İnc.	Temyizen İnc.	İlk Derece İnc.	Temyizen İnc.	İlk Derece İnc.	Temyizen İnc.	İlk Derecede Verilen	Temyizen Verilen	İlk Derece İnc.	Temyizen İnc.	İlk Derece İnc.	Temyizen İnc.
Vergi Dava Daireleri K. Esas		128		1 239		1 367		1 082		285		64
Üçüncü		11 179	8	7 007	8	18 186	6	8 360	2	9 826	51	492
Dördüncü	39	21 131	26	9 443	65	30 574	26	15 385	39	15 189	540	527
Yedinci	44	12 056	48	5 468	92	17 524	55	6 317	37	11 207	283	711
Dokuzuncu	29	12 604	47	8 384	76	20 988	54	12 081	22	8 907	182	378

Tablo 8-3’de, Danıştay’ın vergi dava daireleri ile Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenen temyiz başvurularına yer verilmiştir. Buna göre, 2018 yılında vergi uyuşmazlıkları için 31.541 adet temyiz başvurusu yapılmıştır.

II. KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME

Kanun yolundan vazgeçme, 07/12/2019 tarih ve 30971 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 7194 sayılı Kanunun 27’nci maddesi uyarınca 213 sayılı Kanunun 379’uncu maddesinde yeniden ihdas edilmiştir. Burada kastedilen olağan kanun yolu olup, olağanüstü kanun yolu için uygulamadan yararlanılması mümkün değildir.

517 Sıra No’lu VUK Genel Tebliğinin açıklamasında; vergi/ceza ihbarnamesine karşı süresinde açılan davalarda mükelleflerin, istinaf veya temyiz başvuru süresi içerisinde kanun yolundan vazgeçmeleri hâlinde, vergi idaresi tarafından ihtilafların sürdürülmeyeceği, verilen yargı kararının niteliğine göre vergi ve/veya cezalar indirimli olarak tahakkuk edeceği, bu şekilde tahakkuk eden vergilerin ve/veya cezaların vergiye ilişkin gecikme faiziyle süresinde ödenmesi hâlinde ayrıca indirim uygulanacağı belirtilmiştir.

Düzenleme kapsamında, vergi veya ceza ihbarnamesine karşı süresinde açılan davalarda, ilk derece mahkemesince verilen istinaf yolu açık kararlar ile bölge idare mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlar hakkında (Danıştay’ın bozma kararı üzerine verilen kararlar hariç) kanun yolundan vazgeçme uygulaması öngörülmüştür. Bu kapsamdaki kararların tebliğini müteakip kanun yoluna başvurma süresi içerisinde, mükellef tarafından dava konusu vergi ve cezaların tamamı için kanun yolundan vazgeçilmesi durumunda belli oranlarda indirimlerden yararlanılması öngörülmüştür. Önceki bölümlerde ifade edildiği gibi olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz süreleri otuz gündür.

Anılan Tebliğde, kanun yolundan vazgeçmenin mümkün olmadığı davalar örneklem usulüyle sayılmıştır. Buna göre; vergi/ceza ihbarnamesine karşı süresinde dava açılmaması nedeniyle davanın süre aşımı gerekçesiyle reddi yönünde verilen kararlar, davanın ehliyet yönünden reddi şeklinde verilen kararlar, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen kararlar, vergi mahkemesince verilip istinaf yolu açık olmayan kesin nitelikli kararlar, bölge idare mahkemesince verilip temyiz yolu açık olmayan kesin nitelikli kararlar, Danıştay'ın bozma kararı üzerine verilen kararlar, vergi/ceza ihbarnamesine karşı açılmamış olan davalarda verilen kararlar, beyanname verilmesi üzerine tahakkuk fişi esasına göre yapılan tarhiyatlara açılan davalarda verilen kararlar, 213 sayılı Kanun kapsamında yapılan düzeltme-şikâyet yoluyla müracaatın reddi üzerine açılan davalarda verilen kararlar, ödeme emrinin tebliği, haciz gibi takip ve tahsilat işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararlar ile buna benzer kararlar için kanun yolundan vazgeçme müessesesi uygulanmayacaktır.

Kanun yolundan vazgeçme dilekçesinin, istinaf veya temyiz başvuru süresi içerisinde yapılması gerekmektedir. Yapılan başvuruların şahsen yapılması halinde ilgili vergi dairesine verildiği tarih, taahhütlü posta veya APS ile gönderilmesi hâlinde postaya verildiği tarih, adi posta ile gönderilmesi veya özel dağıtım şirketleri tarafından getirilmesi hâlinde ise vergi dairesi kayıtlarına intikal ettiği tarih, başvuru tarihi olarak dikkate alınacaktır. Başvuruların süresinde yapılıp yapılmadığı hususu, 2577 sayılı Kanunun 8'inci maddesi de gözetilerek vergi dairesince incelenecektir.

Kanun yolundan vazgeçilmesi halinde;

i) Konusu sadece vergi olan davalarda, verginin kaldırılması halinde %60'ı tahakkuk edecek, kalan %40'ı terkin edilecek, bu verginin tasdik edilmesi durumunda ise verginin tamamı tahakkuk edecek;

ii) Vergi ve buna bağlı vergi ziyai cezasının kaldırılması durumunda, verginin %60'ı tahakkuk edecek, verginin kalan %40'ı ve vergi ziyai cezasının tamamı terkin edilecek;

iii) Vergi ve buna bağlı vergi ziyai cezasının tasdik edilmesi durumunda, verginin tamamı ve vergi ziyai cezasının %75'i tahakkuk edecek, vergi ziyai cezasının kalan %25'i terkin edilecek;

iv) Bağlı olduğu vergi aslı dava konusu yapılmayan veya 359 uncu maddede yazılı fiillere iştirak nedeniyle kesilen vergi ziyai cezalarında, kaldırılan tutarının %25'i tahakkuk edecek, kalan %75'i terkin edilecek; tasdik edilenlerde %75'i tahakkuk edecek, kalan %25'i terkin edilecek;

v) Usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında, kaldırılan tutarının %25'i tahakkuk edecek, kalan %75'i terkin edilecek; tasdik edilenlerde %75'i tahakkuk edecek, kalan %25'i terkin edilecektir.

Diğer taraftan, 213 sayılı Kanunun 112/3-c maddesine göre, kanun yolundan vazgeçilmesi halinde, Kanunun 379'uncu maddesi kapsamında hesaplanacak vergilere ilişkin normal vade tarihinden itibaren, kanun yolundan vazgeçme dilekçesinin vergi dairesine verildiği tarihe kadar gecikme faizi hesaplanacaktır. 213 sayılı Kanunun 112'nci maddesine göre, 6183 sayılı Kanunda belirtilen gecikme zammı oranında vergi aslı üzerinden gecikme faizi hesaplanmaktadır.

213 sayılı Kanunun 379'uncu maddesi kapsamında tahakkuk eden tutarlar, tahakkuk tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Buna göre tahakkuk eden vergi ve/veya cezaların %80'inin vergiye ilişkin gecikme faizi ile birlikte ödenmesi halinde vergi ve ceza tutarı üzerinden ayrıca %20 oranında ek indirim yapılacaktır. Ancak, tasdik edilerek tahakkuk eden vergiler için, yani mükellef aleyhine verilen mahkeme kararına isabet eden vergi tutarında ek indirim yapılmayacaktır. Tahakkuk eden tutarların vadesinde ödenmemesi durumunda, kanun yolundan vazgeçilmediği anlamına gelmeyecek, vadesinde ödenmeyen tutarlar için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Kanun yolundan vazgeçilen vergi ve cezalar için Kanunun 379'uncu maddesine göre yapılan tahakkuktan önce ödenen gecikme faizi ve gecikme zammı da dâhil tutarlar, kanun yolundan vazgeçme kapsamında ödenecek tutarlara mahsup edilecek olup, bundan dolayı iadesi gereken bir tutar bulunması hâlinde 6183 sayılı Kanun kapsamında ret ve iade işlemi yapılacaktır.

Kanun yolundan vazgeçme dilekçesi vergi dairesince ilgili yargı merciine gönderilecektir. Kanun yolundan vazgeçildiği hâlde istinaf veya temyiz yoluna başvurulması durumunda ise bu başvurular incelenmeyecek ve idarece de ihtilaf sürdürülmeyecektir.

Kanun yolundan vazgeçilen vergi ve vergi ziyayı cezası için bu maddeye göre yapılan tahakkuktan önce ödenen gecikme faizi ve gecikme zammı da dâhil tutarlar, bu madde hükmüne göre ödenecek tutarlara mahsup edilecektir.

Bu madde uyarınca istinaf ve temyiz yolundan vazgeçilen davaya ilişkin kararlarda hükmedilen yargılama giderleri, avukatlık ücretleri ve fer'ileri karşılıklı olarak talep edilemeyeceği gibi icra takibi de yapılmayacaktır.

SONUÇ

Kanun yolundan vazgeçme müessesesi, 07/12/2019 tarih ve 30971 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 7194 sayılı Kanuna göre 213 sayılı Kanunun 379'uncu maddesinde düzenlenmiş yeni bir uygulama olmasına karşın, 1982 yılından önce 213 sayılı Kanunun mülga 379-412 hükümleri kapsamında, itiraz ve temyiz komisyonlarına yapılan başvurularda itirazdan vazgeçme şeklinde uygulanmaktaydı. Ancak, önceki uygulama mükelleflerin itirazdan vazgeçebileceklerini ifade ederken, kanun yolundan vazgeçme daha geniş ve kapsamlı bir düzenlemedir.

Kanun yolundan vazgeçme, yalnızca olağan kanun yolu aşamasında uygulama alanı bulan, mükelleflerin bu aşamasındaki iradesini kanunda yazılı indirimlerden yararlandırma karşılığında etkilemeye yönelik olan bir uygulamadır. Mükellefler tarafından ihbarnamelere karşı açılan davalarda, istinaf veya temyiz başvuru süresinde kanun yolundan vazgeçme dilekçelerini vergi idaresine sunmaları halinde tahakkuk eden vergi/cezalar için yapılacaktır. Bu şekilde, idare ile mükellefler arasında uyum ve çözümün yaygınlaştırılması amaçlanmıştır.

Mükellef aleyhine verilen kararlarda, vergi ve cezaların tamamının ödenmesi gerekirken, kanun yolundan vazgeçildiği takdirde belirli oranlarda indirim uygulanması öngörülmüştür. Diğer taraftan, mükellefin aleyhine verilen kararlar için uygulanan indirim oranı, mükellef lehine verilenlere göre daha azdır. Ancak, henüz kesinleşmemiş olan aleyhe veya lehe kararlar için kanun yoluna başvurulması halinde, istinaf veya temyiz yargılamasında önceki kararın aksi şekilde sonuçlanması muhtemeldir. Bu nedenle, her iki durum için de kanun yolundan vazgeçme dilekçesi verilebilir.

2018 yılına ait adli istatistikler, vergi mahkemelerinde açılan davaların kanun yollarının takip edilmesi açısından incelenmiştir. Buna göre, vergi mahkemelerinde yıl içinde karara bağlanan 116.042 adet dava dosyasında, 18.313 ret kararı, 50.717 iptal kararı, 7.145 kısmen iptal-kısmen ret kararı verildiği görülmektedir. Verilerde, kesinlik sınırının altında kalanlar ayrıca belirtilmemiştir. Bu nedenle, kesinlik sınırının (2018 yılı için 5.000,00 TL) altında olanların oldukça düşük paya sahip olduğu düşünüldüğünde, verilerin kanun yolu açık kararlardan oluştuğu varsayılmıştır.

Kısmen iptal-kısmen ret kararlarının her birinde mükellefin haklılık oranı farklı olduğundan bu durum verilere yansıtılmamış olup, çalışmamızın istatistiksel açıdan değerlendirilebilmesi amacıyla mükellefin haklılık oranının %50 olduğu varsayılmıştır. Buradan, 7.145 kısmen iptal-kısmen ret kararının 3.572,50'sinin (7.145/2) mükellef lehine olduğu anlaşılır. Dolayısıyla, vergi mahkemelerince verilen kararlardan 21.885,50'sinin (18.313+3.572,50) mükellef aleyhine, 54.289,50'sinin (50.717+3.572,50) mükellef lehine sonuçlandığı anlaşılmaktadır. Bunların toplam içerisindeki payı ise %18 (21.885,50/116.042) mükellef aleyhine ve %46 (54.289,50/116.042) mükellef lehinedir.

Vergi mahkemelerinde mükellef lehine sonuçlanan %46'lık kesim için kanun yolundan vazgeçilmesi karşılığında kanuni indirim oranı daha fazladır. İlk bakışta, mükellef lehine karar verildiği için kanun yolundan vazgeçilmemesi gerektiği düşünülebilir. Çünkü, mükellef lehine karar verildiğinde, dava konusu vergi ve cezaların tamamı terkin edilirken, bunlar için kanun yolundan vazgeçilmesi karşılığında indirim uygulanarak buna göre terkin edilecektir. Ancak, mükellef lehine olan söz konusu kararlar için vergi idaresi tarafından

kanun yoluna başvurulması halinde, istinaf veya temyiz aşamasında mükellef aleyhine kesinleşme ihtimali bulunmaktadır.

Kanun yolu aşamasına ilişkin veriler incelendiğinde, vergi mahkemeleri kararlarına karşı 53.064 adet istinaf başvurusu yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızın “D” bölümünde yer alan söz konusu verilerde, vergi ve idare mahkemelerinin toplamı üzerinden değerlendirme yapılmış olup, istinafa konu edilen davaların %60,5’inin istinaf başvurusunun reddedildiği, dolayısıyla %39,5’inin (%100-%60,5)’nin istinaf kabul nedeniyle ilk derece mahkemesi karar sonucunun değiştiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, istinafa konu edilen 53.064 vergi mahkemesi kararının %39,5’i aksi şekilde sonuçlanmıştır. Ayrıca, temyiz yolu açık olan vergi uyuşmazlıklarına ilişkin temyiz başvuru sayısı ise 31.541 adettir.

Diğer taraftan, vergi mahkemelerinde %15,8’lik paya sahip, 18.348 adet karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararların ise 2.990’ünün davacı tarafından feragat nedeniyle, 126’sının davalı idare tarafından verilen kabul beyanı ile sonuçlandığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, henüz nihai bir karar bulunmadığı halde, yargılama aşamasında davasından feragat eden mükellef sayısının, davayı kabul sayısına göre yüzdesi oldukça yüksektir.

Yukarıdaki veriler, mükellefler lehine veya aleyhine karar verilmesine bakılmaksızın kanun yoluna başvurmanın mümkün olabileceğini ve müessesenin uygulanabilirliğini göstermektedir. Kanun yolundan vazgeçme karşılığında alınacak indirimler, mahkeme kararının lehe veya aleyhe sonuçlanmasına göre farklı oranlarda belirlenmiştir. Bu nedenle, davacı konumundaki mükellefler tarafından her bir somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi ve fayda-maliyet analizi yapılarak tercihlerin yansıtılması beklenir.

KAYNAKÇA

- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu.
- 20/02/2020 tarih ve 31045 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 517 Sıra No’lu VUK Genel Tebliği.
- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistikler Genel Müdürlüğü, **Adli İstatistikler 2018**, 271-296.
- **BEREKET, Zuhâl**: İdari Yargılama Usulü Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu, *Danıştay Dergisi*, Sayı 94, Yıl 1998, 192-206.
- **ÇAĞLAYAN, Ramazan**: *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- **ÇINAR, Ali Rıza**: İstinaf, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Temmuz 2010, 14-15.

- **EROĞLU, Nurettin:** Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.
- **GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN,** Turgut: *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999.
- **KARAVELİOĞLU, Celal:** *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1996.
- **KIZILOT, Şükrü/KIZILOT, Zuhâl:** Vergi ihtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık A.Ş., Ankara 2014.
- **KURU, Baki:** Hukuk Usulü Muhakemeleri El Kitabı, İstanbul 1995.
- **NOHUTÇU, Ahmet:** Kanunname - İdari Yargı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- **ODYAKMAZ, Zehra:** Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul 1993.
- **ÖZBALCI, Yılmaz:** Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara 1985.
- **ÜSTÜNDAĞ, Saim:** Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1977.
- **YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel:** Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İYUK, Ankara 1983.
- **YILDIRIM, Turan:** *İdari Yargı*, İstanbul 2010.

BİLİŞİM ALANINDA SUÇLARIN VEYA BİLİŞİM SİSTEMLERİNİN ARAÇ OLARAK KULLANILDIĞI DİĞER SUÇLARIN İŞLENMESİ AMACIYLA CİHAZ, PROGRAM, ŞİFRE YA DA GÜVENLİK KODLARININ ÜRETİLMESİ, YAYILMASI VEYA BULUNDURULMASI SUÇU

The Crime of Production, Proliferation or Possession of Devices, Computer Programs, Passwords or Security Codes in Order to Commit Cybercrimes or other Criminal Offences in Which Information Systems are Used as Tools

Dr. Öğretim Üyesi Ahu KARAKURT EREN*

Geliş Tarihi: 10.03.2020

Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 245/A maddesinde "Yasak Cihaz veya Programlar" başlıklı hüküm ile teknolojik gelişmelerle giderek yaygınlık kazanan bilişim suçlarıyla ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçlarla henüz bu suçlar işlenmeden mücadele etmek hedeflenmektedir. Çünkü TCK'nın 245/A maddesinde, bilişim suçlarının ve bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenen diğer suçların hazırlık hareketi vasfı taşıyabilecek fiiller bağımsız suç olarak tipikleştirilmiştir. Aslında kanun koyucunun bu tercihi, pek çok suçun işlenmesine ortam ve malzeme hazırlayan hacker araçlarının kara borsalarının uluslararası pazarlar haline gelmesi nedeniyle varılmış olan uluslararası uzlaşıyla bağlantılıdır. Çünkü TCK'nın 245/A maddesi, Türkiye'nin de taraf olduğu Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülen suç haline getirme yükümlülüğünü karşılamaya yöneliktir. Bu makalede öğretilen ileri sürülen görüşler dikkate alınarak bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre

ABSTRACT

The provision titled 'Illegal Devices & Computer Programs' under Article 245/A of Turkish Criminal Code targets to combat with cybercrimes which gradually spread along with technological developments and also other criminal offences in which information systems are used as tools even before such type of crimes are committed. That is because of the fact that, in Article 245/A of Turkish Criminal Code, actions which are likely to be preparatory in nature for committing cybercrimes and other criminal offences in which information systems are used are characterized as substantive crimes. The predilection of the law-maker in this direction pertains to the international consensus reached along with the internationalization of black markets for hacking tools which create the platform and equipment necessary for the perpetration of several criminal offences. That is due to the fact that Article 245/A of Turkish Criminal Code is intended for fulfilling the obligation to prescribe a crime which is in compliance with the criminal offence stipulated in the Sixth Article of the Convention on Cybercrime to which Turkey is also Party. By taking into consideration the views which are expressed

* İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: ahu.karakurt@idu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6384-2166.

veya güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması ya da bulundurulması suçu incelenecektir. Mevcut düzenleme biçimi ile TCK'nın 245/A maddesinin ceza hukukunun temel ilkeleriyle uyumu tartışılacaktır. Olması gereken hukuk açısından somut öneriler geliştirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: bilişim sistemlerinin güvenliği, bilişim alanında suçlar, bilişim sistemleri aracıyla işlenen suçlar, hacker araçları, kanunilik ilkesi, yasak cihaz ve programlar.

in legal doctrine, this paper will analyze the crime of production, proliferation or possession of devices, computer programs, passwords or security codes for perpetrating cybercrimes or other criminal offences in which information systems are used as tools. If Article 245/A of Turkish Criminal Code in its current regulation form conforms to the basic principles of criminal law will be discussed. Attempts will be made to develop concrete proposals in the sense of *lex ferenda*.

Key Words: security of information systems, cybercrimes, crimes committed via information systems, hacking tools, legality principle, illegal devices & computer programs

GİRİŞ

Bilişim alanındaki gelişmeler bireysel ve toplumsal yaşamı kolaylaştırıcı ve geliştirici etkiler yaratabilmektedir. Bu sebeple bilişim sistemleri her geçen gün hayatın tüm alanlarına artan oranda dahil edilmektedir. İfade edilen durum, toplumsal yaşamın devamlılığını bilişim sistemlerinin işlerliğinin sağlanmasına ve bilişim sistemlerinin güvenliği ile güvenilirliğine olan inancın teminine bağlı kılmaktadır. Bilişim alanındaki gelişmelerin bir diğer sonucu ise bilişim sistemleriyle ilgili güvenlik risklerinin artması ve yeni suç yöntemlerinin keşfidir. Belirtilen sonuç bilişim sistemlerinin işlerliğini sekteye uğratabileceği gibi bilişim sistemlerinin güvenliği ile güvenilirliğine olan toplumsal inancı da zedeleyebilir. Bu durum toplumsal yaşamın sürdürülebilirliği bakımından tehlike yaratacağından, bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğine yönelik risklerin en aza indirilmesi önemli bir toplumsal ihtiyaç haline gelmiştir.

Belirtilen ihtiyaca yönelik olarak son çare olma özelliği bulunan ceza hukuku araçlarından yararlanmak da dahil olmak üzere devletlerin aldığı tedbirler yetersiz kalmaktadır. Çünkü bilişim alanındaki gelişmeler ülkesel sınır ve mesafe kavramlarını adeta etkisizleştirmektedir. Bu durum, siber suçlarla uluslararası mücadeleye girişilmesini zorunlu kılmıştır. Avrupa Konseyi nezdinde imzaya açılan Türkiye'nin de taraf olduğu Siber Suç Sözleşmesi¹, ifade edilen uluslararası mücadelenin somut bir örneğidir. Siber Suç Sözleşmesinde devletler arası düzenleme farklılıkları nedeniyle bazı fiillerin cezasız kalması tehlikesini bertaraf etmeye yönelik olarak taraf devletlerin maddi ceza hukuklarını birbirlerine yaklaştırmasını sağlamak üzere yer verilmiş hükümler bulunmaktadır². Bu düzenlemelerden birisi Sözleşmenin "Cihazların Kötüye Kullanımı" başlıklı 6. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükümde, uluslararası çapa ulaşan hacker araçlarının kara borsasının ortadan kaldırılması amacına yönelik olarak Sözleşmenin diğer maddelerinde düzenlenerek taraf devletlerin suç haline getirmesi gerektiği belirtilen yasa dışı erişim, yasadışı müdahale, verilere müdahale

¹ Türkiye'nin taraf olduğu bu Sözleşmenin adı, Sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin 6533 sayılı Kanunda ve ekinde Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi olarak ifade edilmiştir. Ancak Sözleşmenin İngilizce metinde Sözleşmenin adı "Convention on Cybercrime" olduğundan çalışmada öğretilde de kullanıldığı üzere Sözleşme, Siber Suç Sözleşmesi olarak adlandırılacaktır. Bu kullanıma örnek olarak bkz. Kayıhan İçel, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında "Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.59, S.1-2, 2001, s.3 vd; Murat Önok, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, C.19, S.2, 2013, s.1229 vd; Cahit Aliusta ve Recep Benzer, "Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, C.4, S.2, 2018, s.35 vd.

² Siber Suç Sözleşmesinin hedeflerinden birinin taraf devletlerin maddi ceza hukuklarını birbirine yaklaştırmak olduğuna ilişkin tespit için bkz. Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime ETS 185*, <https://rm.coe.int/16800cce5b>, (11.12.2019), s.4.

ve sisteme müdahale fiillerinin hazırlık hareketi vasfı taşıyan hareketlerin taraf devletlerce suç haline getirilmesi yükümlülüğü öngörülmektedir.

Sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen yükümlülüğü karşılamaya yönelik olarak hukukumuzda bulunan düzenleme TCK'nın Bilişim Alanında Suçlar Bölümüne 2016 yılında eklenen TCK'nın 245/A maddesidir. Ancak söz konusu hükmün olan ve olması gereken hukuk bakımından pek çok yönüyle tartışılması gerekmektedir. Çünkü Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde taraf devletler için suç haline getirilme yükümlülüğü öngörülen fiiller ile TCK'nın 245/A maddesinde tipikleştirilen fiiller kıyaslandığında TCK'nın 245/A maddesinin çok daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Bu durum, kanun koyucunun suç tipini geniş düzenlemek şeklinde ortaya koyduğu tercihinin sonuçlarının ne olduğunu ve düzenlemenin ceza hukukunun temel ilkelerine uyumlu olup olmadığını tartışmaya değer bir hale getirmektedir.

TCK'nın 245/A maddesi ilişkin yapılması gerekliliğine inandığımız tartışmaya bir nebze olsun katkı sağlamak amacıyla makalenin konusu “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre veya Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması ya da Bulundurulması Suçu” olarak belirlenmiştir. Aşağıda öğretilere ileri sürülen görüşlere yer verilerek öncelikle suçla korunan hukuki değer ele alınacaktır. Daha sonra TCK'nın 245/A maddesi hükmü ile Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesi kıyaslamalara da işaret edilerek suç unsurlarına ayrılarak incelenecektir. Suç tipi açısından teşebbüs, iştirak, içtima konuları ve yaptırım meselesi ele alınacaktır. Ulaşılan sonuçlar olması gereken hukuk açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL AÇIKLAMA

Yasak cihaz ve programlar başlıklı TCK'nın 245/A maddesi hükmü hukukumuzda kişisel verilerin korunması açısından mevcut eksikliği gidermek için yasalaştırılan 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30. maddesiyle oluşturulmuştur.

Öğretilere hükmün başlığı eleştirilmektedir. Katıldığımız bu eleştirilerin özünde; cihaz ve programların suçun konusunu teşkil ettiği, kanunun sistematiği göz önünde bulundurulduğunda madde başlıklarının seçiminde suçun eylem unsurunun ön plana çıkarıldığı, 245/A maddesinin bu esasa tezat teşkil ettiği, madde içerisinde cihaz veya programın yasaklı olmasına işaret eden bir ifadenin bulunmadığı ve dolayısıyla başlığın madde içeriğini yansıtmaktan uzak olduğu tespitleri yer almaktadır³. Getirilen eleştirilere ilişkin

³ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2019, s.1028 vd; Aynı yönde bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2018, s.454; Berrin Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2017, s.348.

olarak olması gereken hukuk açısından madde başlığının “suçta kullanılacak cihaz ve programların üretilmesi, yayılması ve bulundurulması” şeklinde tercih edilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir⁴.

TCK'nın 245/A maddesinin başlığı suç tipinin adını yansıtmaktan da uzaktır. Bu nedenle olsa gerek öğretilerde suç tipinin isimlendirilmesinde iki farklı tercihler söz konusudur. Bu tercihler, cihaz, program, şifre ve güvenlik kodlarının bilişim suçlarının işlenmesi amacıyla imal ve ticareti suçu⁵ ve yasak cihaz veya programların üretilmesi ve ticareti suçu⁶ olarak sıralanabilir.

Aşağıda inceleneceği üzere suçla yasaklanan eylemden hareketle suç tipini bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçu şeklinde isimlendirmeyi uygun bulmaktayız.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Öğretilerde TCK'nın 245/A maddesiyle tipikleştirilen suçla korunan hukuki değer ne olduğu tartışmalıdır. İleri sürülen bir görüşe göre suçla korunan hukuki değer kamunun bilişim sistemlerine yönelik güvenidir⁷. Diğer görüşler suç ile birden fazla hukuki değer korunduğu konusunda uzlaşsa da bu değerlerin ne olduğu konusunda farklılar içermektedir. Bu kapsamda ileri sürülen bir görüş suçla korunan hukuki değerleri; toplum güvenliği, özel hayat, malvarlığı ve haberleşme özgürlüğü olarak sıralamaktadır⁸. Diğer bir görüşe göre suçla korunan hukuki değerler, bilişim sistemlerinin güvenilirliği ve güvenliği ile kamu düzen ve güvenliğidir⁹. Başka bir görüş yukarıda sıralanan hukuki değerlere ek olarak bilişim suçları ve bilişim yoluyla işlenen suçların koruduğu hukuki değerler arasında bulunan özel yaşamın gizliliği, dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğünün de suçla korunduğunu ifade etmektedir¹⁰. Bir diğer görüş korunan hukuki değerleri; bilişim sistemlerinin güvenilirliği ve güvenliği, kişilerin kendilerini özgürce geliştirebilme hakkı ve bilişim teknolojileri kullanıcılarının uğrayacakları zararlar bakımından

⁴ Özbeke, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1029; Öğretilerde Akbulut ise TCK'nın 245/A maddesinde 245. maddede tercih edilen başlığa benzer şekilde program veya cihazların kötüye kullanılması başlığının kullanılmasının daha uygun olacağı görüşündedir. Bkz. Akbulut, s.348.

⁵ İbrahim Korkmaz, “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla İmal ve Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S.142, Haziran 2018, s.45

⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2019, s.912; Dülger, s.452.

⁷ Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 913.

⁸ Ahmet Gül, *Doğrudan - Dolaylı Bilişim Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2018, s.240.

⁹ Akbulut, s.349.

¹⁰ Korkmaz, s.49.

malvarlığı değerleri olarak sıralamaktadır¹¹. Aktarmak istediğimiz son görüşe göre ise suçla korunan hukuki değerler, bilişim sistemlerine karşı toplumda oluşan güven ve 245/A maddesindeki araçlarla işlenecek diğer suçların koruduğu hukuksal değerlerdir¹².

Yukarıda belirttiğimiz tartışma açısından görüşümüzü açıklamak gerekirse bilişim suçları ve bilişim sistemlerinden faydalanmak suretiyle işlenen diğer suçlarda da kullanılabilen hacker araçlarına ilişkin kara borsanın varlığı yadsınamayacak bir gerçektir. Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanıp imzaya açılan Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesiyle bu gerçeğin uluslararası düzeyde açıkça kabul edildiği söylenebilir¹³. Söz konusu kara borsanın varlığının, toplumsal ve bireysel hayatta kişilerin ve kurumların bilişim sistemlerinin yaygın kullanımı, satın alınan veya satılan hacker araçlarıyla işlenebilecek suçlar dikkate alındığında haberleşme özgürlüğü, özel yaşamın dokunulmazlığı, kişilerin kendilerini özgürce geliştirebilme hakkı, malvarlığı değerleri ve kamu düzeni açısından risk oluşturabileceği ortadadır. Ancak bu tespiti dayanarak TCK'nın 245/A maddesiyle doğrudan korunan hukuki değerlerin sıralanan değerler olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü TCK'nın 245/A maddesiyle tarif edilerek suç haline getirilen davranışlar, bilişim alanında işlenen suçların ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen diğer suçların hazırlık hareketleridir¹⁴. Salt bu davranışlar, doğrudan haberleşme özgürlüğüne, özel yaşamın dokunulmazlığına, kişilerin kendilerini özgürce geliştirebilme hakkına ve malvarlığı değerlerine yönelik tehlike ya da zarar oluşturmaya elverişli değildir. Söz konusu davranışlar genel olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele elde edilmesini teminine yönelik imkan oluşturmakta ve bu suretle bilişim sistemlerinin güvenilirliği ve güvenliği açısından tehlikeye neden olmaktadır. Ortaya konulan tespiti TCK'nın 245/A maddesinin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30. maddesiyle oluşturulmuş olması ve hükmün TCK'da düzenlenme yeri (TCK'nın Toplum Karşı Suçlar kısmının Bilişim Alanında Suçlar Bölümü) desteklemektedir. Bu nedenle TCK'nın 245/A maddesiyle düzenlene suçla korunan hukuki değerlerin birden çok olduğu yönündeki öğretiler yapılan yukarıda aktardığımız tespiti katılmaktayız ve suçla kişisel verilerin güvenliği ile bilişim sistemlerinin güvenilirliği ve güvenliğinin korunduğu görüşündeyiz.

¹¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1029.

¹² Dülger, s. 456.

¹³ Bkz. Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime ETS 185*, s.12.

¹⁴ Bu suçun işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan fiillerin cezalandırmasına yönelik bir suç olduğu tespit için bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 916; Dülger, s. 459; Akbulut, s.348; Korkmaz, s.53.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipe Uygunluk Unsuru

1. Objektif Nitelikteki Unsurlar

a. Fail ve Mağdur

Bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçu, düzensiz çok failli suç¹⁵ vasfı taşımaktadır. Çünkü TCK'nın 245/A maddesinde yer alan seçimlik hareketlerden bir bölümü (imal etmek, bulundurmak, satışa arz etmek, nakletmek, depolamak, sevk etmek) bir tek fail tarafından gerçekleştirilebilir nitelikte iken, bir bölümü (satmak- satın almak, başkasına vermek- kabul etmek, ithal etmek) zorunlu olarak birden fazla failin suça katılımıyla gerçekleştirilmesi mümkün olan eylemlerdendir¹⁶. Bu tespit iştirak açısından işlevsel olup, iştirak konusu incelenirken tekrar ele alınacaktır.

Öte yandan suçun failinin bir özellik taşıması, örneğin bilgisayar ya da bilişim alanında uzman olmasına gerek bulunmamaktadır. Herkesin suçun faili olması mümkün olduğundan¹⁷ suç, özgü suç vasfı taşımamaktadır.

Suçun faili bakımından son olarak Türk hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumlulukları bulunmadığı için bir tüzel kişinin bu suçun fail olamayacağına dikkat çekmek gerekir.

Bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçuyla korunan hukuki değer yukarıda belirttiğimiz üzere kişisel verilerin güvenliği ile bilişim sistemlerinin güvenilirliği ve güvenliğidir. Bu hukuki değerler belli bir kişiye olmayıp, toplumunun geneline aittir. Dolayısıyla suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir¹⁸. Şifre veya güvenlik kodunun somut bir kişiye ait olması

¹⁵ Düzensiz çok failli suç kavramı için bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara 1998,113 vd; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2019, s.498.

¹⁶ Suçun bazı seçimlik fiiller bakımından suçun çok failli suç özelliği taşıdığı yönünde bkz. Akbulut, s.350; Dülger, s.456; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913; Korkmaz, s.49.

¹⁷ Gül, s.240; Akbulut, s.349; Dülger, s.456; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913; Korkmaz, s.49; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1031.

¹⁸ Öğretide suçla korunan hukuki değer konusunda farklılıklar mevcutsa da hakim görüş suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu ve mağdurun belli bir kişi olmadığı yönündedir. Bkz. Gül, s.240; Dülger, s.456; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913; Akbulut, s.350; Korkmaz, s.49; Öte yandan öğretide Özbek, Doğan ve Bacaksız, suçun faili ve mağduru açısından özellik göstermediği, suçun failinin ve mağdurunun herkes olabileceği tespitlerinde bulunmaktadırlar. Suçun hukuka aykırılık unsuru açısından yaptıkları açıklamalarda ise bu suç bakımından ilgilinin rızasının hukuka

halinde bu kişinin de suçtan zarar gören olduğunu kabul etmek gerekir. Suçun mağdurunun kim olduğu sorusuna verilen yanıt, özellikle 245/A maddesinde tipikleştirilen suç bakımından hukuka uygunluk nedenlerinden rıza açısından değerlendirmede bulunurken işlevsel olacaktır. Tekrara düşmemek için ilgili başlıklar altında yapılan açıklamalara atıf yapmak ile yetinmekteyiz.

b. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu; münhasıran bilişim alanında işlenen suçların veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanılmak üzere yapılmış ya da oluşturulmuş olmak kaydıyla cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodudur¹⁹.

Tek bir güvenlik kodunun ya da şifrenin veya cihazın suçun konusunu teşkil etmesi mümkündür. Oysa Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde taraf devletlerin suç haline getirme yükümlülüğü yerine getirirken bulundurma eylemi yönünden cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun belli sayıda bulundurulmasını suçun oluşması bakımından bir şart olarak öngörebilecekleri ifade edilmiştir. Ancak Türk kanun koyucu suçun maddi konusu bakımından böyle bir sınırlamaya gitmeyi uygun bulmamıştır. Kanımızca 245/A maddesiyle hacker araçlarının kara borsasının önlenmesinin amaçlandığı düşünüldüğünde kanun koyucunun tercihinin yerinde olduğu söylenebilir. Ancak bulundurma ve depolama eylemleri açısından failin amacı yönünden sıklıkla belirleme güçlüğü yaşanacağı aşıkardır ki bu durum şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ihmal edildiği bir uygulamada kusur prensibi ile çelişen kararlara neden olabilir²⁰. Ayrıca ceza hukukunun ikincilik ilkesi ile bağdaşmayan sonuçlara sebebiyet verebilir. İfade edilen nedenle suçun maddi konusu açısından bulundurma ve depolama eylemleriyle sınırlı olmak üzere suçun maddi konusuna ilişkin bir sayı şartı getirilmesi önerisi yerinde bir çözüm olarak değerlendirilebilir²¹.

uygunluk nedeni teşkil edebileceği sonucuna ulaşmaktadırlar. Aktarılan tespitler bir arada değerlendirildiğinde Özbek, Doğan ve Bacaksız'ın görüşlerinin suçun mağdurunun belli bir kişi olduğu şeklinde yorumlanmasının mümkün olduğu söylenebilir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1031, 1034.

¹⁹ Dülger, s. 456 vd; Koca/Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913 vd; Akbulut, 354; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1029 vd; Gül, s. 240; Korkmaz, s.49.

²⁰ TCK'nın 245/A maddesinde suç teşkil eden hareketlerin çok geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olması ve özellikle yazılımların bulundurulması fiilinin da suç kapsamına alınması nedeniyle hükmün uygulanmasında sızma testleri ile ilgili olarak pek çok tartışma ve sorunun yaşanacağı tespit ve öngörüsü için bkz. Merve Erdem ve Gürkan Özocak, "Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.68, S.1, 2019, s.188 vd

²¹ Amerika Birleşik Devletlerinde federal suçlara ilişkin Amerika Birleşik Devletleri Düsturu'nun 18. Başlığı altında yer alan 1029. maddede en az on beş ya da daha fazla sahte ve yetkisiz erişim araçlarının bulundurulmasının suç haline getirildiğine ilişkin bkz. Dülger, s.458, dn.628.

Suçun maddi konusu açısından aşağıda önce cihaz, bilgisayar programı, şifre, sair güvenlik kodu terimlerinin anlamı ele alınacak, sonra münhasıran bilişim alanında işlenen suçlar veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanılmak üzere yapılmış ya da oluşturulmuş olmak koşulu tartışılacaktır.

(1) Cihaz

Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğüne göre cihaz, “*alet, aygıt, takım*” anlamına gelmektedir²². Türkçe Bilim Terimler Sözlüğünde ise terim, kelime anlamıyla aynı olmak üzere “*aygıt*”²³ şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nın 245/A maddesi açısından ise cihaz kavramı bilişim sistemlerinin donanım unsuru esas alınarak anlamlandırılmaktadır. Bu bağlamda cihaz, bilişim sistemine eklenebilen, bağlanabilen ve ihtiyaç durumunda çıkarılabilen, ancak bilişim sistemine mutlak suretle bağlı kalacak nitelikte olması zorunluluğu bulunmayan donanım unsuru şeklinde tanımlanabilir²⁴.

Cihaz kavramına öğretilerde banka ve kredi kartlarının kopyalanmasında kullanılan manyetik kart kopyalama aparatları (skimmer), sahte klavye (PINPAD), elde edilen bilgileri boş plastik kartların sarkasındaki manyetik seriye yüklemeye yarayan kodlayıcı (encoder), ATM'ye yerleştirilen şifrelerin çalınması için kullanılan kamera düzenekleri örnek gösterilmektedir²⁵.

Öğretilerde bir cihazın incelediğimiz suçun konusu olabilmesi bakımından mutlaka ileri teknoloji gerektiren cihazlardan olmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir²⁶. Bununla birlikte kanımızca bir bilişim sisteminin olağan şekilde çalışmasına etki eden her aracın da cihaz olarak kabulü mümkün değildir. Örneğin ATM'lerde para veya kart sıkıştırmakta kullanılan saç tokası benzeri basit düzenekler²⁷, sahte kart basmakta kullanılabilen salt beyaz plastik kartlar kanımızca cihaz olarak değerlendirilemez. Aksinin kabulü halinde cihaz kavramı

²² Türk Dil Kurumu, *Güncel Türk Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (11.12.2019).

²³ TÜBA, *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü*, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (11.12.2019).

²⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1030; Aynı yönde bkz. Akbulut, s. 350; Korkmaz, s.49 vd.

²⁵ Bu örnekler için bkz. Akbulut, s. 350 vd; ATM'lere takılan kart kopyalama aparatı (skimmer) ve ATM'ye yerleştirilen şifrelerin çalınması için kullanılan kamera düzenekleri örneği için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1030; ATM'lere takılarak kullanılan kart kopyalama aparatı ile POS cihazı benzeri kart kopyalama aparatı örneği için bkz. Dülger, s.457; ATM'lere takılarak kullanılan kart kopyalama aparatı örneği için bkz. Korkmaz, s.50; Kart kopyalama aparatları, kodlayıcı, sahte klavye, ATM'ye yerleştirilen şifrelerin çalınması için kullanılan kamera düzenekleri hakkında kısa, fotoğraflı açıklama için bkz. Türkiye Bankalar Birliği, *Bankacılıkta Dolandırıcılık Eylemleri, Tespit ve Önleme Yöntemleri*, <https://www.tbb.org.tr/gec/KTPV14.pdf>, (11.12.2019), s.62 vd.

²⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1030.

²⁷ Örnek resimler için bkz. Türkiye Bankalar Birliği, *Bankacılıkta Dolandırıcılık Eylemleri, Tespit ve Önleme Yöntemleri*, s.60.

yaklaşık olarak her şey ile eş anlamlı hale gelir. Bu TCK'nın 254/A maddesinde "bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar" ifadesine yer verildiği de gözetildiğinde cezalandırılabilir davranışların sınırını kabul edilemez ölçüde genişleten bir yorum olur.

Cihaz kavramı açısından ele alınması gereken bir diğer soru cihazın yasak olmasının suçun konusunu teşkil edebilmesi bakımından gerekir gerekmediğidir. Her ne kadar madde başlığında yasak ifadesine yer verilmiş olsa da TCK'nın 245/A maddesinde cihazın yasak olması gerektiği yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Madde başlıkları bağlayıcı olmadığından ve hükümde de cihazın yasaklılığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden cihazlar yönünden yasak olma koşulu ile suçun konusunu sınırlamak mümkün değildir²⁸. Aksi yöndeki bir değerlendirme hükmün amacıyla bağdaşmayacak şekilde dar yorumlanmasına yol açacaktır. Örneğin yukarıda belirtilen kamera açısından hükmü uygulamak olanaksız hale gelecektir.

(2) Bilgisayar Programı

Türkçe Bilim Terimler Sözlüğünde bilgisayar programı "*Belirli bir işi gerçekleştirmek üzere gerekli işlemlerin belirli bir programlama dilinde yazılmış komutlar dizisi hali*"²⁹ şeklinde tanımlanmaktadır.

Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde de bu kavrama yer verilmiş olup, Sözleşmenin bağlayıcı olmayan Açıklama Raporunda söz konusu kavram, "*İstenen sonucu elde etmek için bilgisayar tarafından yürütülebilen bir dizi komut*"³⁰ olarak tanımlanmıştır.

Öğretide TCK'nın 245/A maddesinde kullanılan bilgisayar programı kavramı ise aynı maddede yer verilen bilişim alanında işlenen suçlar veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanılmak üzere yapılmış ya da oluşturulmuş olmak koşulu nedeniyle olsa gerek, zararlı (kötücül) yazılımlar olarak anlamlandırılmaktadır³¹. Bilişim sahibi tarafından izin verilmeyen işlemleri gerçekleştiren yazılımlar olarak tanımlayabileceğimiz zararlı yazılımlara; bilgisayar virüsleri (dosya virüsleri, boot sector virüsleri, multipartite virüsler, makro virüsler, betik virüsler gibi), solucanlar (ağ ve elektronik posta solucanları), Truva atları, casus yazılımlar (arka kapılar, keylogger, rootkit), fidye yazılımlar, sahte güvenlik yazılımları³² örnek gösterilebilir.

²⁸ Özbeke, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1028 vd.

²⁹ TÜBA, *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü*, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (11.12.2019).

³⁰ Bkz. Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime ETS 185*, s.5.

³¹ Özbeke, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1030; Akbulut, s.551 vd; Korkmaz, s.50.

³² Zararlı yazılım türleri için bkz. Ömer Çıtak, *Ethical Offensive- Defensive Hacking*, 11. Baskı, İstanbul 2019, s.112 vd.

(3) Şifre

Türkçe Bilim Terimler Sözlüğünde şifre “açık bir metnin karakterlerinin bir algoritma uygulanarak başka karakterlerle yer değiştirilmesi ya da bu karakterlerin sıralarının değiştirilmesi gibi yöntemlere dayanarak metnin içeriğini gizlenmesi ya da bu işleme tabi tutulmuş metin” şeklinde tanımlanmıştır³³.

Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan bilgisayar şifresi kavramına yer verilmiştir. Ne Sözleşmede ne de Sözleşmenin bağlayıcı olmayan Açıklama Raporunda kavramın içeriğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak bununla birlikte “bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan” nitelendirmesi terimin anlamlandırılmasında yol göstericidir.

TCK’nın 245/A maddesinde kullanılan şifre kavramı için erişim ile ilgili bir nitelendirme yapılarak özelleştirilmiş olmasa da öğretilerde kavramın içeriğinin tespitinde şifrenin erişime ilişkin fonksiyonundan hareket edildiği ve dar yorumlandığı söylenebilir. Çünkü öğretilerde şifrenin sayı ya da sembolden oluşturulan dijital kilitler olup, gizli kalması istenen belge, bilgi veya sistemlere ulaşılmasını sağlayan anahtar şeklinde anlamlandırıldığı³⁴ görülmektedir.

Öğretilerde şifreleme işleminin bir yazılımla desteklendiği, dolayısıyla şifreleme işleminin bir programlama olarak kabul edilebileceği ifade edilmekte, şifre kavramının belirsiz olduğu, kanun koyucunun ne tür şifreleri suçun konusu olarak kabul ettiğini izah etmesinin yerinde olabileceği eleştirisi yapılmaktadır³⁵. Katıldığımız bu eleştiri bakımından Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde tercih edilen “bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan” ifadesinden yola çıkarak bir öneri geliştirilebilir³⁶. Kanaatimizce şifre ifadesinin önünde “bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan” nitelendirmesi eklenerek TCK’nın 245/A maddesi hükmünün yeniden formüle edilmesi kanunilik ilkesinin belirlilik esasına uygun bir çözüm olabilir.

(4) Sair Güvenlik Kodu

Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğünde güvenlik kodu tanımlanmamış olsa da güvenlik ve kod kelimelerin ayrı ayrı tanımları

³³ TÜBA, *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü*, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (11.12.2019).

³⁴ Dülger, s.457.

³⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1031.

³⁶ Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta Alman Ceza Kanunu’nun 202c maddesinden yararlanmak mümkündür. Çünkü Alman Ceza Kanunu’nun 202a ve 202b maddelerinde düzenlenen veri casusluğunun ve verileri ele geçirme suçlarının hazırlık hareketlerinin tipikleştirildiği 202c maddesi, TCK’nın 245/A maddesinin kısmen karşılığı olarak değerlendirilebilir. Bu hükümde Alman kanun koyucu suçun konusunu saptarken şifre ve sair güvenlik kodu ifadesini “verilere giriş yapmayı sağlayan” nitelendirmesiyle sınırlamayı uygun görmüştür. Bu tercih Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesindeki düzenlemeyle benzerlik göstermektedir.

bulunmaktadır. Bu bağlamda güvenlik kelimesi için yer verilen tanım “toplum yaşamında yasal düzenin aksamadan yürütülmesi, kişilerin korkusuzca yaşayabilmesi durumu, emniyet” iken kod kelimesi için verilen tanımlar “harf” ve “şifre” şeklindedir³⁷.

Türkçe Bilim Terimler Sözlüğünde ise güvenlik kodu teknik bir terim olarak tanımlanmış değildir. Ancak kod “bir veri kümesinin tüm öge veya simgelerine bir standarda göre bağlanan sayısal karşılıkların bütünü” şeklinde tanımlanmaktadır³⁸.

Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde “erişim kodu ve benzeri veri” ifadesine yer verilmiştir. Sözleşmede ve Sözleşmenin bağlayıcı olmayan Açıklama Raporunda bu kavrama açıklık getirilmemiştir. Ancak Sözleşmede kod kelimesinin önünde kullanılan erişim ifadesi terimin anlamlandırılmasında sınırlayıcı bir işlev görebilir niteliktedir.

TCK’nın 245/A maddesinde ise sair güvenlik kodu ifadesi tercih edilmiştir. Öğretide sair güvenlik kodunun bilişim teknolojisi güvenliğini sağlamak için oluşturulmuş ilave kodları anlattığı ifade edilmektedir³⁹. Şifre dışında güvenlik amacıyla kullanılan ses, retina, parmak ya da avuç izi tanıma gibi özellik barındıran güvenlik unsurları⁴⁰, kredi kartlarının arka yüzünde yer alan CVC2 ya da CID denilen güvenlik kodları örnek gösterilmektedir⁴¹.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre şifre ifadesi gibi sair güvenlik kodları ifadesinin de neyi anlattığı belirsizdir. Bu eleştiri kanun koyucunun ne tür güvenlik kodlarının suçun konusu olarak kabul edildiğini izah etmesinin yerinde olacağı tespitini de içermektedir⁴². Öte yandan bir başka görüş, sistem tarafından üretilen algoritmalar olan güvenlik kodlarına farklı isimler verilebileceği, bu nedenle kanun koyucunun isimleri farklı olsa da tüm kodları kapsam içine almak üzere bu ifadeyi kullanmayı tercih ettiğidir⁴³. Aktarılan iki görüş bakımından yapılan iki tespiti de katılmaktayız. Bu bağlamda kanımızca sisteme giriş yapılmasına imkan sağlayan kodlara farklı isimler verilebileceği, isim farklılığı nedeniyle bir düzenleme boşluğu doğabileceği gözetildiğinde sair güvenlik kodu ifadesinin TCK’nın 245/A maddesinde muhafazası gereklidir. Yukarıda ortaya konulduğu üzere 245/A maddesinde kullanılan şifre ifadesinin önüne “bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan” nitelendirmesinin eklenerek hükmünün yeniden formüle edilmesinin sair güvenlik kodları açısından da belirsizliği gideren bir çözüm olabileceği görüşüdeyiz.

³⁷ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türk Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (11.12.2019).

³⁸ TÜBA, *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü*, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (11.12.2019).

³⁹ Akbulut, s.353.

⁴⁰ Dülger, s. 457; Akbulut, s.353;

⁴¹ Akbulut, s.353; Korkmaz, s.51.

⁴² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1031.

⁴³ Akbulut, s.353.

(5) Münhasıran Bilişim Alanında İşlenen Suçlar veya Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenebilen Diğer Suçların İşlenmesinde Kullanılmak  zere Yapılmış ya da Oluşturulmuş Olmak Koşulu

Her cihaz, bilgisayar programı, şifre veya güvenlik kodu TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suçun maddi konusunu teşkil etmez. Çünkü TCK'nın 245/A maddesinde, bilgisayar programı, şifre veya güvenlik kodunun ya münhasıran bilişim alanında işlenen suçların veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması ya da farklı bir amaçla yapılmış olmakla birlikte söz konusu suçları işlemeye yönelik sonradan uyarlanmış olması aranarak suçun maddi konusu sınırlandırmaya çalışmıştır. Bu tespitin dayanağı TCK'nın 245/A maddesinde *“..münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda..”* şeklinde yer verilen ifadedir.

Aktarılan düzenlemenin isabetli olmadığı görüşündeyiz. Çünkü  ncelikle 245/A maddesinde kullanılan *“bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen bir suç”* ifadesinin anlamsal sınırlarını tespit etmek g t r⁴⁴. İfadenin geniş yorumlanması halinde bilişim sistemlerinin hayatlarımızdaki yeri ve bilişim teknolojisindeki gelişmelerin hızı dikkate alındığında tüm suç tiplerinin bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle işlenebileceği sonucuna ulaşılabilir ki bu yorum TCK'nın 245/A maddesinin kanunilik ilkesiyle ve özellikle de belirlilik esasıyla çelişen şekilde uygulanmasına yol açacaktır. Kanımızca aktarılan ifadeyi dar yorumlamak, sadece bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmeleri suçun nitelikli hali sayılan sular⁴⁵ ile sınırlı olarak anlamlandırmak yerinde olacaktır⁴⁶. Olması gereken hukuk açısından değerlendirme yapmak bakımından Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. fıkrasında sadece yasadışı erişim, yasadışı müdahale, verilere müdahale ve sisteme müdahale fiillerini gerçekleştirmek amaçıyla gerçekleştirilen fiiller bakımından taraf devletler için suç haline getirme yükümlülüğü öngörüldüğü vurgulanmalıdır.

⁴⁴ TCK'nın 245/A maddesi hükmünün bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçların hangi suçlar olduğu açık olarak ifade edilmediğinden kanunilik ilkesiyle çeliştiği tespiti için bkz. Korkmaz, s.52.

⁴⁵ TCK'da bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmeleri suçun nitelikli hali olarak düzenlenen suçlar, nitelikli hırsızlık (TCK 142), nitelikli dolandırıcılık (TCK 158), kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK 228) suçlarıdır.

⁴⁶  ğretide G l aksi kanaatte olup, tehdit, hakaret, şantaj, hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet, sahtecilik, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, suç işlemeye tahrik, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, müstehcenlik, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, devlet sırlarının ifşası, fikri hakların ihlali gibi çok sayıda suçun bilişim sistemi aracılığıyla işlenmesinin mümkün olduğunu, bu suçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun sağlanmasına yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerle TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suçun oluşmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Bkz. Gül, s. 242.

TCK'nın 245/A maddesinde yer alan “..münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda..” ifadesinin isabetli olmadığı tespitinin dayandığı ikinci neden, hükmün suç işlemek için yapılmayan veya oluşturulmayan programlar ile ilgili olarak uygulanma kabiliyetinin bulunmamasıdır. Örneğin bilişim sistemlerinin güvenliğinin test edilmesi için gerçekleştirilen sızma testlerinde kullanılmak üzere geliştirilen bir program, Bilişim Alanında Suçlar Bölümünde yer alan suçların işlenmesinde kullanılmak amacıyla satın alınırsa suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle tipe uygunluk unsuru gerçekleşmeyecektir. Çünkü bu nitelikte bir program münhasıran bilişim alanında suçların veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanılmak üzere yapılmış ya da oluşturulmuş değildir. Bu sonuç suçla korunan hukuki değerlerle bağdaşmasa da aksi sonuca varmak ancak kıyasa yapmak ile mümkün olabilir ki bu suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişecektir.

Kanımızca çözüm TCK'nın 245/A maddesinin Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesi hükmünde olduğu gibi tipe uygun davranışın sınırlandırılarak ve hukuka uygun amaçlarla oluşturulmuş olan programlarının bilişim alanında suçların işlenmesine hazırlık olması amacıyla el değiştirmesine yönelik fiilleri de kapsayacak şekilde yeniden formüle edilmesidir⁴⁷.

c. Eylem

TCK'nın 245/A maddesinde tipe uygun eylem; imal etmek, ithal etmek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, kabul etmek, satmak, satışa arz etmek, satın almak, başkasına vermek veya bulundurmak⁴⁸ hareketleri seçimlik olarak

⁴⁷ Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 202/c maddesinde sadece veri casusluğu veya verileri iletirken ele geçirme suçlarının (Alman Ceza Kanunu'nun 202a veya 202b maddelerinde düzenlenen suçların) işlenmesini hazırlamak amacıyla Alman Ceza Kanunu'nun 202a maddesinin 2. fıkrası kapsamında verilere giriş yapmayı sağlayan şifre veya güvenlik kodlarının, ya da bu tür fiilleri işlemeyi amaçlayan bilgisayar programlarının üretimi, kişinin kendisine ya da bir başkasına tedariki, satışı, yayma ya da ulaşılabılır hale getirilmesi fiilleri suç haline getirmiştir. Bu suç tipine ilişkin bkz. Gunther Artz, Ulrich Weber, Bernd Heinrich ve Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bielefeld 2009, s.247 vd; Jörg Eisele, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, Stuttgart 2012, s.245 vd.

⁴⁸ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre bu seçimlik hareketleri arasında yayma fiiline yer verilmemesi eleştirilmeye değerdir. Suçun yayma hareketini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi suçla mücadele bakımından bir gereklilik olarak nitelendirilebilir. Bkz. Akbulut, s. 357; Aynı yönde bkz. Korkmaz, s.52; Öğretide Dülger'e göre yayma fiiline TCK'nın 245/A maddesinde yer verilmemiş olması diğer seçimlik hareketler dikkate alındığında büyük bir boşluk oluşturmamaktadır. Bkz. Dülger, s.457; Bu tartışma açısından öncelikle Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de taraf devletler için suç haline getirme yükümlülüğü öngörülürken yayma fiiline de yer verildiğine dikkat çekmek istemekteyiz. Ancak TCK'nın 245/A maddesinde tipikleştirilen fiiller göz önünde bulundurulduğunda yayma kapsamında değerlendirilebilecek eylemlerin ekseriyetle satmak, nakletmek, sevk etmek, vermek suretiyle işlenebileceği düşüncesindeyiz. İfade edilen nedenle aktardığımız son görüşe katılmaktayız.

sıralanmak suretiyle tanımlanmıştır⁴⁹. Bu sebeple suçun oluşması bakımından TCK'nın 245/A maddesinde sayılan seçimlik hareketlerden yalnızca birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Yine aynı nedenle suçun konusunun ortak olması şartıyla TCK'nın 245/A maddesinde sıralanan hareketlerden birden çoğunun gerçekleştirilmesi halinde tek bir suçun işlendiği sonucuna varmak gerekir⁵⁰.

Aşağıda TCK'nın 245/A maddesinde yer alan seçimlik hareketler kısaca incelenecek olup, daha sonra bu hareketlerle bağlantı olan suçun yapısal özellikleri belirlenmeye çalışılacaktır.

İmal etmek, üretmek anlamına gelmektedir. Mevcut bir cihazın ya da programın bazı değişiklikler yapılmak suretiyle yeni bir içeriğe ya da işleve sahip hale getirilmesi de bu hareketin kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin mevcut bir program açısından yazılımın türevinin geliştirilmesi ana yazılımdan ayırt edilebilir birtakım özelliklere sahip olması şartıyla üretme olarak nitelendirilebilir⁵¹. İmal hareketinin tamamlanması bakımından henüz kablolarından bir kısmının takılmaması gibi cüzi tamamlama ihtiyacının bulunmasının önem taşımadığı belirtilmelidir⁵².

İthal etmek, yurt dışından yurt içine getirmeyi anlatır. Bir bilgisayar programının, şifrenin veya güvenlik kodunun internet üzerinden ülkeye sokulması da ithal hareketi kapsamında değerlendirilmelidir⁵³. Öte yandan TCK'nın 245/A maddesinde suç tanımında ithal hareketine yer verilmesine rağmen ihraç hareketine yer verilmediği görülmektedir. Kanun koyucunun bu tercihi, TCK'nın 245/A maddesinde satın almak hareketinin de tipik hareket olması sebebiyle bir düzenleme boşluğu oluşturmamaktadır⁵⁴.

Sevk etmek göndermeyi ifade eder. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre nakletmek de aynı ya da yakın anlama geldiğinden TCK'nın 245/A maddesinde her iki fiile de yer verilmesi isabetli olmamıştır⁵⁵. Öğretide aktarılan tespitin

⁴⁹ Suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu tespiti için bkz. Dülger, s.457; Gül, s.240; Akbulut, s.355; Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1031 vd; Korkmaz, s.51.

⁵⁰ Akbulut, s.355; Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1032; Korkmaz, s.51.

⁵¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1032; Akbulut, s.355.

⁵² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1032; Akbulut, s.355.

⁵³ Korkmaz, s.51; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1032; Akbulut, s.355.

⁵⁴ İhraç fiiline yer verilmese de bu ihraç niteliğindeki eylemlerin sevk etmek veya nakletmek kapsamında olacağı tespiti için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1033; Akbulut, s.356; Sevk etmek ve nakletmek suçun diğer seçimlik hareketleri olduğu için ihraç fiiline TCK'nın 245/A maddesinde yer verilmemesinin bir boşluk yaratmadığı görüşü için bkz. Korkmaz, s.52.

⁵⁵ Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Sevk etme eyleminde üçüncü kişinin aracılığının söz konusu olduğu, nakletmek eyleminin fail tarafından gerçekleştirildiği, bu sebeple sevk etmek ve nakletmek eylemlerinin farklı anlamlara geldiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1033; Korkmaz, s.52.

depolamak ve bulundurmak fiilleri açısından da tekrarlandığı görülmektedir⁵⁶. Söz konusu tespitin dayanağı depolamanın saklamak veya korumak amacıyla biriktirmeyi veya bir bellek cihazına veriyi yerleştirmeyi ya da saklamayı ifade etmesi, bulundurmanın bir şeyin var olmasını, hazır bulunmasını sağlamayı anlatmasıdır ki suçun maddi konusu düşünüldüğünde her iki hareket arasında anlamsal bir yakınlık olduğu görülmektedir. Ancak bu yakınlığa rağmen bulundurmak ve depolamak arasında ince bir çizginin bulunduğu da örtülü olarak öğretilmiş ifade edilen bir başka görüştür. Çünkü yazılımlar bakımından ortaya konulan bu görüşe göre her kayıt depolama değildir. Dijital ortamda her türlü bulundurma (depolama ya da depolama olmaksızın geçici kullanım) bir tür kayıt altına almadır. Depolama için yapılan kaydın niteliği, boyutu ve amacı gibi unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷.

Kabul etmek, bedelsiz olarak verilen cihazın, bilgisayar programının, şifrenin ya da güvenlik kodunun alınmasını anlatmaktadır⁵⁸. Kabulün sürekli ya da geçici süreli oluşu, söz gelimi cihazın iade edilecek olması, kabul hareketinin oluşması ve tamamlanması açısından önem taşımamaktadır.

Satmak, satıcının bir bedel ödenmesini üstlenmesi karşılığında alıcıya suçun konusu olan cihaz, bilgisayar programı, şifre ya da güvenlik kodunu vermesini ya da sağlamasını ifade eder. Bu hareketin tamamlanması bakımından satılan cihaz, bilgisayar programı, şifre ya da güvenlik kodunun karşılığı teşkil eden bedelin fiili olarak verilmiş ya da sağlanmış olması önem taşımamaktadır⁵⁹.

Satışa arz ise cihaz, bilgisayar programı, şifre ya da güvenlik kodunun bedel karşılığı satılması iradesini ortaya koyacak şekilde satışa sunulmasını anlatır. Bu eylemin gerçekleşmesi bakımından somut bir alıcının bulunması gerekmemektedir. Kanun koyucunun TCK'nın 245/A maddesinde satmak eyleminin yanı sıra satışa arz etmek eylemine de yer vererek satmak eylemi bakımından suç yolunda teşebbüs aşamasında kalacak davranışların da suçun tamamlanmış cezası ile cezalandırılmasını sağlamayı uygun gördüğü söylenebilir. Bu tercih Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde taraf devletler için öngörülen suç haline getirme yükümlülüğünün kapsamını aşmaktadır. Kanımızca düzenlemenin orantılılık ilkesinin bir alt unsuru olan ceza hukukunun ikincillik ilkesiyle bağdaşmadığı yönünde eleştirilmesi mümkündür.

Satın almak, bedel karşılığında suçun konusu olan cihaz, bilgisayar programı, şifre ya da güvenlik kodunu temini ya da erişim imkanın elde edilmesidir. Bu

⁵⁶ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914.

⁵⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1033.

⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1033; Akbulut, s.356.

⁵⁹ Kaldı ki bir an için aksi kabul edilse bile TCK'nın 245/A maddesinde seçimlik hareketler arasında satışa arz etmek de ayrıca yer almaktadır. Bu sebeple bilgisayar programı, şifre ya da güvenlik kodunun karşılığı teşkil eden bedelin henüz alınmamış olması halinde satışa arz aşaması geçilmiş olacağı için eylem tamamlanmış olacaktır.

hareketin tamamlanması bakımından bedelin karşı tarafa ulaştırılmasının ya da satın alınan cihazın veya program, şifre ya da güvenlik kodunun teslim edilmiş ya da erişimin sağlanmış olmasının gerekmediği vurgulanmalıdır. Bir diğer ifade ile bir satıcı ile satış sözleşmesinin yapılmış olması hareketin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.

Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere TCK'nın 245/A maddesinde satmanın yanı sıra satışa arz etme hareketi de sayılmışken suç yolunda satın alma hareketinden önce gerçekleştirilmesi ihtimal dâhinde bulunan somut bir satıcı ya da genele yönelen satın alma iradesini ortaya koyan davranışların tipikleştirilmemesi dikkat çekicidir. Bu farklılık özellikle teşebbüs bakımından işlevseldir.

Başkasına vermek ise satış niteliği olmaksızın cihazın, bilgisayar programını, şifre veya sair güvenlik kodunun teslim edilmesini anlatır. Kanun koyucu bedel karşılığı olmayan temin fiillerinin cezalandırılmasında boşluk doğmaması için bu harekete de TCK'nın 245/A maddesinde yer vermeyi uygun bulmuştur.

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız TCK'nın 245/A maddesinde yer alan seçimlik hareketler yönünden suç tipinin özelliklerini saptamak gerekirse yapılabilecek ilk tespit, TCK'nın 245/A maddesinde eylemin gerçekleştirilme tarzına yönelik sınırlayıcı nitelendirmelere yer verilmediğinden suçun serbest hareketli bir suç olduğudur⁶⁰.

İkinci tespit, suçun bulundurma ve depolama eylemleri yönünden söz konusu hareketlerin yapısal olarak icralarının devam eden özellik göstermesi sebebiyle kesintisiz suç teşkil ettiği, diğer hareketler bakımından ise bu özellik bulunmadığından suçun ani suç vasfı taşıdığıdır⁶¹. Belirtilen tespit özellikle iki açıdan önemlidir. İlki suçun işlendiği yer ve zamanın belirlenmesidir⁶². Çünkü kesintisiz suçlarda suç hareketin icrasının başladığı yerde ve zamanda değil, kesintinin gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiştir. Bu tespitin önem taşıdığı ikinci husus iştirak olup, söz konusu hareketler bakımından suça iştirak kesintinin gerçekleştiği ana kadar mümkündür.

Yapılabilecek üçüncü tespit suçun sırf hareket suçu vasfı taşıdığıdır⁶³. Çünkü TCK'nın 245/A maddesinde suçun oluşması bakımından yukarıda incelenen hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilmiş, bu hareketlerle nedensellik bağı içinde gerçekleşmesi gereken bir netice aranmamıştır.

⁶⁰ Gül, s.240 vd; Suçun bağlı hareketli bir suç olduğuna ilişkin aksi yönde görüş için bkz. Akbulut, s.355; Korkmaz, s.51.

⁶¹ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Dülger, s.458; Akbulut, s.355.

⁶² Suçun işlendiği zaman ve zamanaşımının başlangıcı bakımından bu tespit için bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.914; Zaman bakımından uygulanacak kanunun tespiti ve zamanaşımının başlangıcı ile mahkemelerin yer bakımından yetkisi bakımından bu tespit için bkz. Dülger, s.458.

⁶³ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915; Dülger, s.458; Akbulut, s.355; Korkmaz, s.51.

Yapılabilecek son tespit ise suçun soyut tehlike suçu vasfı taşıdığıdır⁶⁴.

2. Subjektif Nitelikteki Unsurlar

TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan sübjektif hususlardan ilki kasttır. Bu diğer ifade ile bu suç ancak kasten işlenebilir. Çünkü TCK'nın 245/A maddesinde tarif edilen fiilin taksirle işlenmesi halinde faile ceza verileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan diğer sübjektif husus ise özel kast olup, failin cihaz, bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodunu imal etme, ithal etme, sevk etme, nakletme, depolama, kabul etme, satma, satışa arz etme, satın alma, başkalarına verme veya bulundurma fiilini TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenmesinde faydalanmak veya faydalanılması amacıyla gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁵.

Bu tespiti dayanak olarak TCK'nın 245/A maddesinde yer alan "TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması ya da oluşturulması durumunda" ifadesi gösterilebilir. İfade edilen görüş, Türkiye'nin detarafa olduğu Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesindeki düzenleme ile de örtüşmektedir⁶⁶. Çünkü Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde taraf devletler için Sözleşmenin 2 ila 5. maddelerinde tanımlanan yasa dışı erişim, yasa dışı araya girme, verilere müdahale fiillerinin⁶⁷ gerçekleştirilmesinde kullanılmaları amacıyla bir bilgisayarın tamamına veya herhangi bir kısmına erişimi mümkün kılan bilgisayar şifresi, erişim kodu veya benzeri bir verinin ya da söz konusu fiilleri işlemek amacıyla bilgisayar programı dahil tasarlanmış veya uyarlanmış cihazın üretimini, satışını, kullanım amaçlı tedarikini, ithalini, dağıtımını veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesini suç haline getirme yükümlülüğü öngörmüştür. Fakat aynı zamanda Sözleşmenin 6. maddesinde taraf devletler için suç haline getirme yükümlülüğünün Sözleşmenin 2 ila 5. maddelerinde tanımlanan yasa dışı erişim, yasa dışı araya girme, verilere müdahale fiillerinin işlenmesinde faydalanmak amacıyla değil de örneğin bir bilgisayar sisteminin yetkililerce test edilmesi gibi başka bir amaçla gerçekleştirilmesi halini kapsamayacağı da belirtilmiştir. Bu hüküm düzenleniş biçimi nedeniyle iç hukukta doğrudan uygulanabilir değildir. Dolayısıyla Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesi kapsamında kaynak değeri taşımamaktadır. Ancak yine de belirtilen Sözleşme hükmünden daraltıcı yorum yapmak üzere yararlanmak mümkündür.

⁶⁴ Akbulut, s.355; Korkmaz, s.51; Dülger, s.458.

⁶⁵ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915; Dülger, s.458.

⁶⁶ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915.

⁶⁷ Hukukumuzda bu fiiller yukarıda incelediğimiz TCK'nın 243 ve 244. maddelerinde tipikleştirilmiştir.

Bir an için TCK'nın 245/A maddesinde yer alan suçun oluşması bakımından kastın yeterli olduğu, failin taşınması gereken özel bir saik aranmadığı ve hükümde yer alan *"TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması ya da oluşturulması durumunda"* ifadesinin sadece suçun maddi konusunu nitelendirmek için kullanıldığı kabul edilirse, TCK'nın 245/A maddesi ile sızma testi⁶⁸ gerçekleştirmek gibi farklı amaçlarla bulundurulması olasılık dahilinde olan pek çok yazılımın yasaklandığını söylemek gerekecektir. Bu sonucun suçla korunan hukuki değere bizzat zarar vereceği, kusursuz suç olmaz prensibi ile çelişen uygulamalara neden olacağı ve Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla bağdaşmayacağı ortadadır.

Kanımızca TCK'nın 245/A maddesinin belirtilen şekilde yorumlanması halinde doğabilecek sıkıntıların bertaraf edilmesi için en isabetli çözüm TCK'nın 245/A maddesinde kanun koyucu tarafından bir değişikliğe gidilmesidir. Söz konusu hükümde yer alan *"...bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması ya da oluşturulması durumunda"* ifadesinin kaldırılarak hükmün *"...TCK'nın bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde düzenlenen suçlarının işlenmesi için hazırlık yapılması amacıyla"* ifadesinin kullanılmak suretiyle yeniden formüle edilmesi bir öneri olarak değerlendirilebilir⁶⁹.

Öte yandan TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suç bakımından failin özel bir saikle hareket etmesi gerektiğinden suçu olası kast ile işlenmesi mümkün değildir⁷⁰.

B. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bilişim suçlarının işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre veya güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması ya da bulundurulması suçunun tipe uygunluk

⁶⁸ Sızma testi, kötü amaçlı bir saldırganın sisteme verebileceği hasarları raporlamak ve bu hasarlara yönelik olarak önceden savunma tedbirleri almak amacıyla bir kurumun bilişim sistemlerinde güvenlik açıklarının bulunması konusunda yetkilendirilmiş kişiler tarafından yapılan testlerin tamamına denilmektedir. Kavram için bkz. Alisherov A Farkhod ve Sattarova Y Feruza, "Methodology For Penetration Testing", *International Journal of Grid and Distributed Computing*, Vol.2, No.2, June 2009, s.43; Andrew Tang, "A Guide To Penetration Testing", *Network Security*, Vol. 2014, Iss. 8, August 2014, s.8; Mustafa Altınkaynak, *Uygulamalı Siber Güvenlik ve Hacking*, İstanbul 2018, s.2 vd; Çıtak, s.8.

⁶⁹ Bu öneriye ilişkin olarak pek çok olayda failin kastının belirlenmesinde güçlük yaşanabileceği ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekeceği eleştirisi yapılabilirse de kanımızca bu haklı tespit teşebbüs suçlarının hepsi açısından tekrarlanabilir niteliktedir. Söz konusu önerinin belirtilen eleştirilere maruz kalmaması için bir çözüm önerisi olarak karşılaştırmalı hukukta da örnekleri bulunduğu üzere suçun konusu bakımından sayı şartı fikri geliştirilebilir. Bkz. 21. nolu dipnottaki açıklamalar

⁷⁰ Dülger, s.458; Aksi yönde bkz. Akbulut, s.358; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1034.

unsuru dikkate alındığında meşru savunma hukuka uygunluk nedenin uygulanmasının bu suç bakımından mümkün olmadığı anlaşılmaktadır⁷¹. Çünkü suçun tipe uygunluk unsuru kapsamında yer alan fiiller, mevcut bir haksız saldırıyı bertaraf etmeye yönelik saldırıya karşı gerçekleştirilen bir savunma hareketi ile ilişkilendirilebilir değildir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenin de bu suç bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Çünkü failin TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenmesinde faydalanmak veya faydalanılması amacıyla hareket ederken aynı zamanda subjektif bir hakkı kendi içkin sınırları içinde kullandığı sonucuna ulaşmak olası gözükmemektedir.

Yine TCK'nın 245/A maddesi bakımından ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyecektir⁷². Çünkü bu suçun mağduru yukarıda incelendiği üzere belli bir kişi olmayıp toplumdur.

Son olarak öğretide ileri sürülen CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen bilgisayarda, bilgisayar programında, bilgisayar kütüğünde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirinin uygulanmasına yönelik olarak cihaz, program, şifre ya da kodun bulundurulması veya depolanması halinde kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenin oluşacağına ilişkin görüşe dikkat çekmek istemekteyiz⁷³. Aktardığımız görüşe katılmamaktayız. Kanımızca belirtilen durumda suçun oluşmama nedeni tipe uygunluk unsurunun gerçekleşmemesidir. Çünkü bu durumda CMK'nın 134. maddesi kapsamında koruma tedbirinin icrası kapsamında kullanmak üzere cihaz, program ya da şifre veya sair güvenlik kodu bulundurulmaktaysa failin TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenmesinde faydalanmak veya faydalanılması amacıyla hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Aktarılan nedenle bu olasılıkta hukuka uygunluk nedenleri açısından bir tartışma yapmaya gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

⁷¹ Akbulut, s.358.

⁷² Akbulut, s.358; Aksi yönde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1034; Korkmaz, s.53.

⁷³ CMK'nın 134. maddesinde öngörülen koruma tedbirini kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni ile ilişkili olarak değerlendiren görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1034; Korkmaz, s.53; CMK'nın 134. maddesinde öngörülen koruma tedbirini görevin ifası hukuka uygunluk nedeni ile ilişkili olarak değerlendiren görüş için bkz. Akbulut, s.359; genel olarak CMK'nın 134. maddesinde öngörülen koruma tedbirine başvurulmasına yönelik gerçekleştirilen fiillerin hukuka uygun olduğu tespiti için bkz. Dülger, s.459.

C. Kusurluluk Unsuru

Kusurluluk; failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olmasına karşın hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle kınanabilmesi ve neticenin ona sübjektif olarak yüklenebilmesini anlatır⁷⁴. Suçun kusurluluk unsurunun oluştuğu sonucuna varmak için öncelikle failin kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken somut olayda kusur yeteneğine etki eden nedenlerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler ile alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma) bulunup bulunmadığı saptanmalıdır. İfade edilen husus açısından TCK'nın 245/A maddesi bir özellik göstermemekte olup, genel esaslar geçerlidir.

Kusurluluğun diğer koşulu, somut olayda kusurluluğu kaldıran bir nedenin gerçekleşmemesidir. Kusurluluğu kaldıran nedenler açısından TCK'nın 245/A maddesindeki suç açısından cebir- şiddet- tehdide ilişkin TCK'nın 28. maddesinin uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.

Buna karşılık kanımızca bir diğer mazeret sebebi olan zorunluluk haline ilişkin TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrası hükmünün zorunluluk halinin koşulları dikkate alındığında inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından uygulanması mümkün gözükmemektedir. Çünkü zorunluluk halinin oluşabilmesi için varlığı gereken koşullar arasında kişinin bilerek neden olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden başka türlü korunma imkanının bulunmaması koşulu da yer almaktadır. Kanımızca TCK'nın 245/A maddesiyle tanımlanan seçimlik hareketler dikkate alındığında belirtilen koşulun oluşması olanaksızdır.

Kusurluluğu kaldıran hallerden bir diğeri, TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen yasaklılık yanılmasıdır. TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suçun oluşması bakımından failin taşıması gereken amaç dikkate alındığında failin tipe uygun davranışı gerçekleştirmesine rağmen kaçılmaz olarak haksızlık bilincinden yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. İfade edilen nedenle inceleme konumuzu oluşturan suç açısından TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasının uygulanma ihtimali bulunmadığı kanaatindeyiz.

Kusurluluğu kaldıran hallerden sonuncusu amirin hukuka aykırı emridir. TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suç bakımından bu nedene dayalı olarak suçun kusurluluk unsurunun oluşmadığı sonucuna varılamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü TCK'nın 24. maddesinin 2 vd. fıkralarıyla Anayasa'nın 137. maddesindeki düzenleme nedeniyle amirin hukuka aykırı emrinin yerine

⁷⁴ Kusurluluğun anlamı için bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*, 19. Baskı, Ankara 2019, s.308 vd; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2019, s.346 vd; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2018, s.390 vd; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2019, s.309 vd.

getirilmesinin kusurluluğa etki edebilmesi için öncelikle emrin konusunun suç teşkil etmemesi gerekir. Bu bakımdan eğer fail TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenmesinde faydalanmak veya faydalanılması amacıyla cihaz, program, şifre ya da kodun bulundurulması veya depolanması ya da TCK'nın 245/A maddesinde sıralanan diğer hareketlerden birini yapmasına yönelik olarak emir almış ve yerine getirmiş ise konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirmiş demektir. Bu durumda emrin yazılı olarak tekrarlanması onun sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır. Fail emrin TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenmesinde faydalanılması amacıyla hareket etmemiş ise kusurluluğu kaldıran bir neden olarak amirin hukuka aykırı emrini tartışmaya gerek yoktur. Çünkü zaten belirtilen olasılıkta fiil tipe uygun olmayacaktır.

IV. TEŞEBBÜS

Öğretide sırf hareket suçu olması sebebiyle TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suç açısından icra hareketlerinin parçalara bölünebilmesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir⁷⁵. Örneğin bilişim alanında suç işlemekte kullanılmak üzere bir cihazın imaline başlanmış ancak polis baskını yapılması nedeniyle imalat tamamlanamamış ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁷⁶.

İnceleme konumuzu oluşturan suçun teşebbüse elverişli olduğu yönündeki yukarıda aktardığımız tespite söz konusu suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan satma ve satışı arz eylemleri dışında katılmaktayız. Çünkü satışı arz, satış eyleminin suç yolunda teşebbüs aşamasında yer alan parçası olarak değerlendirilebilir. Kanun koyucu bu hareketi tamamlanmış suç gibi cezalandırmak istemiş, bu sebeple de suç tipinde belirtilen harekete suçun seçimlik hareketi olarak yer vermeyi uygun görmüştür. Bir diğer ifade ile satışı arz hareketi açısından suçun, tamamlanması öne alınmış suç (teşebbüs suçu) vasfı taşıdığı söylenebilir. Kanun koyucunun bu tercihi nedeniyle teşebbüs açısından iki sonuca varmak mümkündür. Bunlardan ilki satışı arz hareketinin teşebbüse elverişli olmadığıdır⁷⁷. İkincisi, satma eylemi bakımından suç yolunda teşebbüs aşamasında değerlendirilmesi gereken hareketler zaten satışı arz

⁷⁵ Akbulut, s.359 vd; Dülger, s.459; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1035; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915; Korkmaz, s.53.

⁷⁶ Akbulut, s. 360; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.915; Dülger, s.459; Korkmaz, s.53.

⁷⁷ Teşebbüs suçu ve teşebbüs suçlarının teşebbüsün cezalandırılmayacağına ilişkin bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.433; Özgenç, s.507; Önder Tozman, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 2015, s. 228.

eylemini oluşturacağından satma hareketi açısından suçun teşebbüse elverişli olmadığıdır.

V. İŞTİRAK

Bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçu bakımından iştirak, satma - satın alma, başkasına verme - kabul etme, ithal etme - satma eylemleri açısından özellik gösterir. Çünkü bu eylemler, çok failli suçların karşılaşma suçları denilen birden fazla failin hareketlerinin ortak amaca ulaşmak üzere zıt istikamette gerçekleşmesi suretiyle işlenen türü⁷⁸ kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁹. Dolayısıyla satan - satın alan, başkasına veren - kabul eden, ithal eden satan kişi, suça yardım eden veya azmettiren sıfatıyla suça iştirak eden konumunda değil, fail konumundadır.

İştirak bakımından ayrıca kusurluluğu ortadan kaldıran hallerden cebir - şiddet veya tehdit durumunun söz konusu olması halinde cebir - şiddet veya tehdit uygulayarak bir başkasını bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçunu işlemeye zorlayanın TCK'nin 28. maddesine göre dolaylı fail olacağına dikkat çekmek gerekir.

Son olarak inceleme konumuz olan suç bakımından azmettirme ve yardım eden sıfatıyla suça iştirakin mümkün olduğu ancak TCK'nin 245/A maddesinde düzenlenen seçimlik hareketlerin çeşitliliği dikkate alındığında bu suç bakımından azmettirme ile yardım edene ilişkin iştirak hükümlerinin ve bağlantılı düzenlemelerin uygulama alanının dar olacağı temel bir tespit olarak söylenebilir. Çünkü örneğin bilişim alanında suç işlemekte kullanılmak üzere üretilmiş bir programı satın alma eylemi bakımından satıcı satışı arz etmesi nedeniyle alıcıda satın alma düşüncesi ilk kez oluşturulsa bile satma eylemini gerçekleştiren fail olarak cezalandırılacak ve azmettirmeye ilişkin hükümler failiğin şerikliğe göre önceliği kuralı gereğince uygulanmayacaktır. Benzer şekilde satmak eylemi açısından nakletmek her ne kadar yardım etme niteliğinde olsa da, nakletme fiili suçun seçimlik hareketi olduğundan, nakleden kişi yardım eden olarak değil, fail olarak sorumlu tutulacaktır. Yine satan - satın alan, başkasına veren - kabul eden, ithal eden – satan kişiler azmettiren

⁷⁸ Karşılaşma suçları için bkz. Sancar, s.120 vd; Demirbaş, s.498; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.445; Özgenç, s.519; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.506; Öztürk ve Erdem, s.402.

⁷⁹ Suçun bazı seçimlik fiiller bakımından çok failli suç özelliği taşıdığı yönünde bkz. Akbulut, s.350; Dülger, s.456; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.913; Korkmaz, s.49.

sıfatıyla katılan konumunda olmayıp suçun faili olduklarından azmettirenin belli olmaması halinde azmettirenin kim olduğunu ortaya çıkaran fail ya da suç ortağının cezasında indirim yapılabilmesine olanak sağlayan TCK'nın 38. maddesinin 3. fıkrasının inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından uygulanması mümkünse de bu ihtimal oldukça azdır.

VI. İÇTİMA

Bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçunu işleyen fail daha sonra amaçlanan suçu işlerse her iki suçtan dolayı cezalandırılacaktır⁸⁰.

Öte yandan bu suç bakımından aynı suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden fazla kez aynı suçun işlenmesi halinde faile tek bir suçun cezanın arttırılarak uygulanmasını öngören zincirleme suç hükmün uygulanması mümkündür⁸¹. Ancak zincirleme suç hükmünün uygulanması açısından özellikle salt suçun konusunun birden fazla olmasının suçun birden fazla kez işlendiği anlamına gelmeyeceğine dikkat çekilmelidir. Bir diğer ifade ile belirtilen olasılıkta suç tektir ve zincirleme suç hükmünün uygulanmaz⁸².

TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri içtima hükmünün bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Çünkü söz konusu düzenleme mağdurun belli birden fazla kişi olması halinde uygulanır. Oysa inceleme konumuzu oluşturan suçun mağduru belli bir kişi değil, toplumdur.

TCK'nın 44. maddesinde farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması bakımından ise 136. maddede düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu ile TCK'nın 245/A maddesindeki ilişkiye değinmek gerekir. Çünkü TCK'nın 136. maddesinde kişisel verileri bir başkasına verme, yayma veya ele geçirme fiilleri cezalandırılmaktadır. Yukarıda incelediğimiz üzere şifreler ve sair güvenlik kodları TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suçun maddi konusu içinde yer almaktadır. Dolayısıyla örneğin kişisel veri vasfı taşıyan şifreleri TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar bölümünde yer alan suçlardan birinde kullanılmasını sağlamak üzere satan kişi bu tek fiili ile hem TCK'nın 136. hem de TCK'nın 245/A maddesindeki suçu işlemiş olur. Bu durumda TCK'nın 44. maddesi hükmü gereği failin sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı

⁸⁰ Akbulut, s. 360 vd; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.916; Korkmaz, s.53; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1035; Dülger, s.459 vd.

⁸¹ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.916; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.1035; Dülger, s.460; Dülger, s.460; Korkmaz, s.53.

⁸² Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.916; Dülger, s.460; Akbulut, s.361; Korkmaz, s.53.

cezalandırılması gerekecektir. Dolayısıyla TCK'nın 136. maddesinde öngörülen ceza miktarı 245/A'da öngörülenden fazla olduğundan yalnızca TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suçta göre cezalandırma yapılacaktır.

Görünüşte içtimaya ilişkin olmak üzere son olarak özel norm - genel norm ilişkisine işaret etmek istiyoruz. Bu bağlamda sorulması gereken temel bir soru, TCK'nın 245/A maddesinde düzenlenen suçta işleyen failin sağladığı cihaz, bilgisayar programı, şifre ve güvenlik kodu ile amaç suçun bir başkası tarafından işlenmesi halinde ayrıca bu suçtan dolayı yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. İştirak hükümleri TCK'nın genel hükümleri arasında düzenlendiği için TCK'nın 245/A maddesi iştiraka ilişkin hükümlerle kıyaslandığında özel hüküm vasfı taşıdığından kanımızca belirtilen soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Öte yandan özel norm- genel norm ilişkisine dair öğretide yapılan iki tespiti katılmaktayız. Yapılan ilk tespit, Elektronik İmza Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan *“Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.”* hükmü ile ilgilidir. Söz konusu hüküm TCK'nın 245/A maddesine göre özel norm niteliğindedir ve dolayısıyla Elektronik İmza Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen suçta işleyen faile ayrıca TCK'nın 245/A maddesine göre ceza verilmez⁸³. İkinci tespit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72. maddesinde yer alan *“Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”* hükmüyle ilgilidir. Aktarılan hüküm TCK'nın 245/A maddesine göre özel norm niteliğindedir ve bu nedenle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72. maddesinde düzenlenen suçta işleyen faile TCK'nın 245/A maddesine göre değil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72. maddesine göre ceza verilmelidir⁸⁴.

VII. YAPTIRIM

Bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Ayrıca TCK'nın 246.

⁸³ Dülger, s.460; Akbulut, s.361; Korkmaz, s.54.

⁸⁴ Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.916; Akbulut, s.361; Dülger, s.460; Korkmaz, s.54.

maddesindeki düzenleme nedeniyle bu suç bakımından tüzel kişi aleyhine güvenlik tedbiri uygulanması mümkündür.

Suçla korunan hukuki değeri ve suç tipiyle yasaklanan davranışın özellikleri dikkate alındığında kanımızca yaptırım açısından hükmün yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak son olarak bir düzenleme ihtiyacına da değinmek istemekteyiz. Kanımızca inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından kanun koyucunun etkin pişmanlık hükmü oluşturması isabetli olacaktır. Bu bağlamda suça konu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunu kabul eden, satın alan, bulduran veya depolayan failin soruşturma başlanmadan suçun maddi konusunu pişmanlık göstererek yetkili mercilere teslim etmesinin şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmesinin TCK'nın 245/A maddesinin amacıyla bağdaşır yararlı sonuçlar vereceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Uluslararası ölçeğe ulaşan hacker araçlarının kara borsasının önlenmesi, veri güvenliği ve bilişim sistemlerinin güvenliği ile güvenilirliğinin teminine ilişkin temel bir ihtiyaçtır. Türkiye'nin tarafı olduğu Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesi bu ihtiyacın giderilmesine ilişkin uluslararası bir mutabakatın ürünüdür. Türk kanun koyucunun söz konusu hükümden doğan suç haline getirme yükümlüğünü ifa etmek üzere TCK'nın 245/A maddesinde bilişim suçlarının ve bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenen diğer suçların hazırlık hareketi vasfı taşıyabilecek filleri bağımsız suç olarak tipikleştirildiği anlaşılmaktadır.

Ancak Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesinde taraf devletler için öngörülen suç haline getirme yükümlüğünün kapsamını aşan TCK'nın 245/A maddesi, kanunilik ilkesiyle ve hükmün konuluş amacıyla çelişen bir uygulamanın gelişmemesi için dar ve dikkatli yorumlanmalıdır. Ulaştığımız bu sonuç iki hususu kapsamaktadır. İlki TCK'nın 245/A maddesinde kullanılan *"..münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda.."* ifadesi ile ilgilidir. Söz konusu ifadenin failin taşıması gereken saike ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Daha açık bir anlatım ile bu ifadeden yola çıkarak failin hareketinin suç teşkil etmesi için TCK'nın Bilişim Alanında İşlenen Suçlar Bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenmesinde faydalanmak veya faydalanılması amacıyla tipe uygun eylemi gerçekleştirmesinin aranması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Hükümde belirtilen ifadenin sadece suçun maddi konusunu tanımlamak için kullanıldığı ve suçun failin saikine bakılmaksızın kasten işlenebileceği kabul edilirse sızma testlerini gerçekleştirmek üzere araç teminine yönelik pek çok davranışın cezalandırılması gerekecektir. Bu sonuç, kusur prensibi ve Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi

varlığını geliştirme hakkı ile çeliştiği gibi Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesine açıkça aykırı olacaktır.

İkinci husus “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar*” ifadesi ile bağlantılıdır. Belirtilen ifadenin kapsamı dar bir yorum ile tespit edilmeli, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasının sadece ilgili suçun nitelikli hali olduğu suçlar ile sınırlı olarak anlamlandırılmalıdır. Aksi halde tüm suçlar bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebileceğinden kanun koyucu tarafından yapılmaya çalışılan sınırlama anlamsız hale gelecektir. Düzenleme kanunilik ilkesinin belirlilik esası ile çelişecektir.

Hükmün geniş yorumlanması ihtimalini bertaraf etmek için olması gereken hukuk açısından ise önerimiz, TCK'nın 245/A maddesinin söz konusu hükümde yer alan “*.bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması ya da oluşturulması durumunda*” ifadesi kaldırılarak “*...TCK'nın bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde düzenlenen suçlarının işlenmesi için hazırlık yapılması amacıyla*” ifadesi kullanılmak suretiyle yeniden formüle edilmesidir.

Son olarak bir düzenleme ihtiyacına işaret etmek istiyoruz. Kanımızca inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından kanun koyucunun etkin pişmanlık hükmü oluşturması yararlı olabilir. Bu bağlamda suça konu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunu kabul eden, satın alan, bulunduran veya depolayan failin soruşturma başlanmadan suçun maddi konusunu pişmanlık göstererek yetkili mercilere teslim etmesinin şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmesinin TCK'nın 245/A maddesinin amacıyla bağdaşır yararlı sonuçlar vereceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Ahmet Gül, *Doğrudan - Dolaylı Bilişim Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2018,
- Alisherov A Farkhod ve Sattarova Y Feruza, “Methodology for Penetration Testing”, *International Journal of Grid and Distributed Computing*, Vol.2, No.2, June 2009, ss.43-50,
- Andrew Tang, “A Guide to Penetration Testing”, *Network Security*, Vol. 2014, Iss. 8, August 2014, ss.8-11,
- Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*,19. Baskı, Ankara 2019,
- Berrin Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2017,
- Cahit Aliusta ve Recep Benzer, “Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, C.4, S.2, 2018, ss. 35-42,

- Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime ETS 185*, <https://rm.coe.int/16800cce5b>, (11.12.2019),
- Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich ve Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bielefeld 2009,
- İbrahim Korkmaz, “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla İmal ve Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S.142, Haziran 2018, ss.45-55.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2018,
- Jörg Eisele, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, Stuttgart 2012,
- Kayıhan İçel, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında “Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.59, S.1-2, 2001, ss.3-10,
- Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2019,
- Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2019,
- Merve Erdem ve Gürkan Özocak, “Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.68, S. 1, 2019, ss.127-212,
- Murat Önok, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, C.19, S.2, 2013, ss.1229-1269,
- Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2018,
- Mustafa Altınkaynak, *Uygulamalı Siber Güvenlik ve Hacking*, İstanbul 2018,
- Ömer Çıtak, *Ethical Offensive- Defensive Hacking*, 11. Baskı, İstanbul 2019,
- Önder Tozman, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 2015,
- Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2019,
- TÜBA, *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü*, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (11.12.2019),
- Türk Dil Kurumu, *Güncel Türk Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (11.12.2019),
- Türkan Yalçın Sançar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara 1998,
- Türkiye Bankalar Birliği, *Bankacılıkta Dolandırıcılık Eylemleri, Tespit ve Önleme Yöntemleri*, <https://www.tbb.org.tr/gec/KTPV14.pdf>, (11.12.2019),
- Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2019,
- Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2019.

VERGİ İNCELEMESİNDE ZAMAN BAKIMINDAN YETKİ

Authority in Terms of Time in Tax Audit

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ*

Geliş Tarihi: 11.03.2020 Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Hukuki güvenlik ilkesi gereği hem özel hukuk hem kamu hukukundaki tüm hukuk ilişkilerinde süreler önem arz eder. Kamu hukukunda, özellikle de idare hukukunda ise, özel hukuktan farklı bir kavram olan idari işlem tesis etme yetkisinin başlangıcı ve sona ermesi de süreye bağlanmıştır.

Verginin kişilerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği ve devlet açısından belirli zamanlarda tahsilinin gerektiği dikkate alındığında vergi hukukunda sürelerin önemi daha da artmaktadır. Vergi hukukundaki sürelerden biri de vergilendirme sürecinin hazırlık (ön) işlemi olan vergi incelemesi için öngörülen sürelerdir. Bu süreler mükellef haklarının geliştirilmesinin bir parçası olarak getirilmiş olup bu suretle mükellefler açısından vergi incelemesinde geçen sürelerin uzunluğunun yaratacağı belirsizliğin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) vergi inceleme süreleri açısından olağan ve ek süre şeklinde iki farklı süreye yer verilmiştir. Olağan süre bittikten sonra kullanılan ek sürenin kullanımı sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Kanuni düzenlemede idarenin olağan ve ek sürelerle uyması mecbur kılınmıştır. İdare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde bir idari işlemin tesis edilmesi için kanunda belli bir süre öngörülmüşse bu süre içinde işlem tesis edilmek durumundadır. Aksi durum zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle hukuka

ABSTRACT

In accordance with the principle of legal security in both private and public law, periods are important in all legal relations. In public law, especially in administrative law, the origination and expiration of authority, which is a different concept from private law, is also bound by time.

Considering the intervention of the taxation on the property rights of individuals and the necessity of collecting them at certain times for the state, the importance of the periods increases even more in taxation law. One of the periods in taxation law is the periods stipulated for tax audit which is the preparation (preliminary) process of complementary and automatic tax assessment. These periods were introduced as part of the development of taxpayer rights and it is intended to eliminate the uncertainty of the length of the periods spent in the tax audit for taxpayers.

There are two different periods in the Tax Procedure Law (VUK), in terms of tax inspection periods, in the ordinary and additional period. In legal regulation, the administration is obliged to comply with the ordinary and additional periods. The use of the additional period is bound to the strict requirement as to form. If a certain period of time is stipulated in the law for the establishment of an administrative transaction within the framework of the general principles of administrative law, the

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Öğretim Üyesi, e-posta:dsenyuz@uludag.edu.tr, ORCID ID:0000-0002-3337-4485.

aykırılık sonucu doğurur. Bu bağlamda vergi incelemesinde sürele uyulmaması halinde işlem, “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle hukuka aykırı hale gelir. Bunun sonucu olarak vergilendirmede bir hazırlık işlemi olan vergi incelemesine dayanan tarh ve buna bağlı ceza kesme işleminin iptali gerekir. Çünkü asıl işlemin sebep unsuru oluşturan vergi incelemesi sakat olduğunda asıl işlem de sakat hale gelir.

Vergi incelemesinin süresinde bitirilememesi durumunda vergi inceleme elemanına disiplin hükümlerinin uygulanması ve/veya vergi incelemesinin kanuni süreyi aşacak şekilde uzamasının mükellefe verdiği zararların tazmin edilmesi vergi incelemesinin zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle ortaya çıkan sakatlığını ortadan kaldırmaz. Vergi incelemesine süre sınırı getirilmeden önce de hukukumuzda disiplin yaptırımları ve zararların tazminine ilişkin genel hükümler yer almaktaydı.. Dolayısıyla anılan disiplin yaptırımları ve tazmin imkânları süreye uymamaya ilişkin getirilen yeni yaptırımlar olarak nitelendirilemez. Vergi incelemesine süre sınırı getiren düzenlemelerden sonraki yaptırım zaman bakımından yetkisizliğe bağlı olarak iptal edilebilecek olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: vergi, vergi denetimi, vergi denetimi, süreler, yetki, yer eksikliği, yaptırım, hükümsüzlüğe neden olma, ayrılabilir işlem.

transaction must be established within this period. Otherwise, it will result in violation of law due to unauthorizedness in terms of time. In his context, if the periods are not complied with in the tax audits, the transaction becomes contrariety to law due to the “lack of venue in terms of time”. In this case assessment of tax audit and the concerned fine process must be cancelled. Because when the tax inspection that constitutes the motive of the original transaction is invalid, the original transaction also becomes invalid.

In the event of the tax audit cannot be completed within the period of time, the application of disciplinary provisions to the tax audit staff and/or compensation for the damages done to the taxpayer by prolonging of the tax audit in a way that exceeds the legal period does not eliminate the invalidity of the tax audit. Before the time limit was imposed by the law on the tax audit, this disciplinary provision and/or compensation results existed in accordance with the general provisions. Even without a time limit on tax audit firstly, our law includes general provisions on disciplinary sanctions and compensation for damages. These conclusions were already in accordance with the general provisions. Therefore, it is not possible to qualify them as new sanctions for not complying with the periods. The sanction for making preparatory operations after the period is the cancellation of the original transaction, depending on the lack of venue in terms of time.

Key words: tax, tax audit, tax inspection, periods, authority, lack of venue, sanction, cause invalidity, separable transaction.

GİRİŞ

Vergilendirmede ikmalen veya re’sen tarh ile ceza kesme işleminin en önemli aşamalarından birini vergi incelemesi oluşturur. Vergi incelemelerinin yıllarca sürmesinin mükelleflerin ekonomik faaliyetleri üzerinde olduğu kadar psikolojileri üzerinde de tedirginlikler yaratması nedeniyle incelemeye süre bakımından sınır getirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu çerçevede 6009 ve 7104 sayılı kanunlarla incelemelerin belirli bir süre içinde bitirilmesi mecburiyetine ilişkin kurallar getirilmiştir. Bu kanuni düzenlemelerle incelemenin başladığı ve bittiği an belirlenmiş, bu arada kalan süre ile idarenin inceleme yetkisinin zaman bakımından sınırları çizilmiştir. Vergi incelemesinin kanunda öngörölen sürede bitirilmesi zorunluluğu, idare bakımından bir yükümlölük ortaya çıkarırken mükellefe ise idarenin bu süreye uymasını isteme hakkı ve bu süreye uyulmaması halinde vergi ya da ceza tarhiyatlarını iptal ettirme imkanı meydana getirmiştir.

Vergi incelemesinin süresine ilişkin sınırlamanın hukuki niteliği ve bu süreye uyulmaması halinde işlemin yapıcısı ve muhatabı üzerinde oluŐacak hukuki sonuçlarının ne olacağının belirlenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

I. VERGİ İNCELEMESİ VE SÜRESİ

Vergi incelemesi, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan faaliyettir. VUK’ta vergi incelemesinin farklı yönlerine ilişkin çeşitli kurallar getirilmiş olup bu kurallardan biri de süreye ilişkin olmaktadır.

A. Vergi İncelemesinin Hukuki Niteliği

Vergi hukukunda mükellefleri borçlu haline getirmek nihai işlem olan tarhiyat ve ceza kesme işlemleriyle olur. Vergi incelemesi idari işlem teorisi bakımından ikmalen veya re’sen vergi tarhı ve bunlara bağlı ceza kesme işlemleri öncesi bir işlem niteliği arz eder. Bu yönüyle vergi incelemesinin asıl işlem için “hazırlık işlemi” niteliği arz ettiği görölmektedir. İdare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde hazırlık işlemlerinin de asıl işlemler gibi usul hükümlerine uygun olarak tamamlanması zorunludur.

Hazırlık işlemleri icrai nitelikte değildir; yani tek baŐlarına herhangi bir hukuki sonuç doğurmazlar. Hukuki sonucu doğuran işlem bu hazırlık işlemine dayanılarak yapılmış asıl iŐlemdir.¹ Bununla birlikte hazırlık işlemi, asıl işlemin sebep unsurunu oluşturması nedeniyle bu işlemdeki hukuka aykırılıklar, asıl işlemi sebep yönünden sakatlar.

¹ Kemal GÖZLER, İdare Hukuk Dersleri, 8. b., Ekin kitabevi, Bursa, 2009, s.297.

İdarenin kendi içinde yaptığı hazırlık işlemi asıl işlemden ayrı ve bağımsız olarak iptal davasına konu edilemez. Asıl işlemler yargısal denetime tabi tutulurken onunla birlikte sonuç üzerindeki etkisi ölçüsünde işlemin hazırlık aşamasındaki hukuka aykırılıklar da dikkate alınır.² Hazırlayıcı işlem, asıl işlemin dayanağını oluşturuyorsa asıl işleme karşı açılan davada hazırlayıcı işlemin de hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir³.

B. Vergilendirmede Süre ve eşitleri

İdarenin, İdari işlemleri tesisi noktasında kanuni idare ilkesine uygun olarak hareket etmesi gerekir. Bu kapsamda idare anayasa ve kanunlarla kendisine verilen yetkileri kullanmak durumundadır. İdarenin kanundan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanması düşünülemez. Kanunlara uygunluk hiç şüphesiz süreler dâhil usul hükümlerine uymayı içerir.

Belli hukuki ilişkilerin belirli bir süreye bağlı olarak ve bu süre içinde gerçekleştirildiği dikkate alındığında “süre” kavramının özel bir anlamı olduğu görülür. Vergilendirmede de usule ilişkin konulardan biri sürelerdir. Vergi hukukunda süreler mükellefler bakımından hakların kazanılması, kullanılması ve kaybedilmesinde, idare bakımından ise yetkilerin belirlenmesinde birinci derecede önem taşır. Süre soyut bir kavram olan zamanın somut bir kesimini ifade eder. Hukukta süreler, öngörüldüğu hukuk kolu, sürenin muhatapları, sınırları, hukuki nitelikleri ve yarattıkları hukuksal sonuçlar itibariyle aşağıda belirtileceği üzere çok çeşitli şekillerde sınıflandırılabilirler.

-Süreyi belirleyen organa göre: Kanuni (yasama), idari (yürütme) veya yargısal süreler.

- Sürelerin takdiri olup olmamasına göre: Kesin veya değişken süreler.
- Sürenin yönelidikleri muhataplara göre: İdareye veya işlemlerin muhataplarına yönelik süreler.
- Sürelerin sonuçlarına göre: Zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler.
- Sürelerin alt ve üst sınırına göre: Asgari veya azami süreler.
- Sürenin uzatılıp uzatılmayacağına göre: Olağan veya ek süreler.
- Sürenin niteliğine göre: Sınırlandırıcı, hızlandırıcı ve koruyucu süreler.⁴

Bununla beraber belirli bir işlemlle ilgili olarak bir süreyi tek bir türe dâhil etmek ve sadece onunla sınırlamak mümkün değildir. Bir süre aynı anda farklı

² Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, 4.b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, s.241.

³ GÖZLER, a. g. e., s.297.

⁴ Sınırlandırıcı, hızlandırıcı ve koruyucu süreler için Bkz. Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa,2003, ss.688-690.

sınıflandırmalara tabi olarak birden çok niteliğe sahip olabilir. Sürelerin aynı işlemle ilgili olarak kanuni/idari, kesin/takdiri, idareye/mükellefe yönelik, hak düşürücü/zamanaşımı, düzenleyici/hoşgörü, asgari/azami ve sınırlandırıcı, hızlandırıcı veya koruyucu süre çeşitlerinin biri olarak karşımıza çıkması mümkündür.⁵

C. Vergi İncelemesinde Mükellef Hakları Bakımından Süreler

Vergi hukukunda zayıf taraf konumunda bulunan mükellefi idareye karşı koruyan düzenlemeler genel olarak “mükellef hakları” olarak ifade edilir. Mükellef hakları kanun maddelerinde serpiştirilmiş şekilde karşımıza çıkar. Bunlar arasında süre düzenlemeleri önemli bir yer tutar.

İdarenin vergi incelemesini belirli bir sürede bitirme yükümlülüğü, mükellef açısından vergi incelemesinin bu süreye uygun şekilde bitirilmesini idareden isteme hakkı olarak karşımıza çıkar. İnceleme sürelerine getirilen düzenlemelerle idare ile mükellef arasındaki vergi incelemesine ilişkin ilişkilerin belirli bir düzene oturtulması amaçlanmıştır.

Kanuni düzenlemelerde sürelerle ilişkin pek çok hüküm vardır. Sürelerin çeşitlerine bağlı olarak bu sürelerin her birinin idari işlemdeki yeri ve öneminin ortaya çıkartılması gerekir. Bu konudaki temel unsurlardan biri, süreye ilişkin kuralın konuluş amacının belirlenmesidir. Bu nedenle sürenin muhatabı korumak için mi idarenin işleyişini düzenlemek için mi getirilmiş olduğunun tespiti, onun nitelendirilmesi bakımından son derece önemlidir. Süre ilgisinin lehine ve onu korumak için getirilmişse idarenin bu sürelerle sıkı sıkıya uyması gerekir.

İdarenin karar alma yeteneği konu, yer ve zaman bakımından Anayasa ve kanunlarla belirli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. İdarenin bu gücün kullanımı sırasında -kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle- yetki kurallarına sıkı şekilde uymak zorunda olduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Kamu hizmetlerinin belirli düzen içinde yürütülmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması özellikle emredici nitelikteki sürelerle uyulmasıyla mümkün olur.

İşlem üzerindeki etkileri bakımından süreler çeşitlere ayrılrsa da sürelerle uyulması zorunluluğunun altında süreye ilişkin düzenlemeyle gerçekleştirilmek istenen amaç yatar. Genel olarak hukukta emredici kurallara yer verilmesi kamu düzeninin, genel ahlakın ve toplumdaki bazı zayıf kesimlerin korunması

⁵ Örneğin, re'sen yapılan tarhiyatın belirli bir süre içinde mükellefe tebliğ edilmesine ilişkin VUK m. 114 deki süre, kesin, idareye yönelik, hakkın özünü etkilemesi bakımından hak düşüren, vergilendirme işlemi bakımından düzenleyici, kullanılabilecek sürenin uzunluğu bakımından azami, kullanım bakımından olağan ve uyulması bakımından emredici yani sınırlandırıcı süre olduğu görülür.

gibi çeşitli sebeplere dayanır. Bir kuralın, bu arada sürelerle ilişkin kuralların, emredici olup olmadığı ya yasanın ifade tarzı ya da korumayı amaçladığı menfaat yorumlanarak anlaşılabilir. Bu bağlamda örnek olarak kuralda “olamaz”, “edemez”, “ aksine sözleşme hükümsüzdür”, “mükelleftir”, “aksine sözleşme yasaktır”, “tarafarca uyulması mecburidir”, “zorundadır” gibi ifadeler kullanılmışsa kuralın emredici nitelikte olduğu kabul edilir.⁶

Sürelerin emredici karakteri bir yönüyle vergi inceleme işlemlerinin sürüncemede kalmaması bakımından düzenleyici bir rolü yerine getirmektedir. İncelemenin belli bir zaman diliminde bitirilmesi zorunluluğu idarenin mükelleflere taahhütte bulunulması anlamına gelmektedir. Sonuçta vergi incelemelerinin belirli bir sürede bitirilmesine ilişkin sürenin mükellefleri koruma amacına yönelik olan bir süre olduğunun ve idare bakımından uyulma zorunluluğu bulunduğu kabulü gerekir.

II. VERGİ İNCELEMESİNDE SÜRE

İdare hukukunda bir idari makamın işlem kurma yetkisi, belirli bir süre ile sınırlandırılabilir; bu durumda işlem yapma yetkisinin o sınırlı zaman kesiti içinde kullanılması gerekir.⁷

Zaman bakımından yetki işlemin yapıcısına ilişkin olabildiği gibi, bazı hallerde işlemin yapılması için öngörülen sürelerle ilişkin de olabilir. Bu makalenin konusu, zaman bakımından yetkinin işlemin yapılması ilişkin öngörülen sürelerle ilişkin olan türüdür. Buradaki kullanımıyla zaman bakımından yetkiyle idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süre kastedilmektedir.⁹ Sonuç olarak kamu görevlilerinin görevlerinin konusu içinde kalan yetki kullanımlarının belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmasına **zaman bakımından yetki** denilmektedir.

Kanunlarda belirli işlemin belirli bir süre içinde yapılması gereği vergi incelemeleri için de öngörülmüştür. Vergi incelemesi VUK'un 134'üncü maddesinde “...ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır” şeklinde tanımlanmıştır. Vergi incelemesi sonucunda bulunacak matrah veya matrah farkı üzerinden ikmalen (VUK m. 29) veya

⁶ Yasemin İŞIKTAÇ- Sevtap METİN, Hukuk Metodolojisi, 5. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.159.

⁷ Yahya Kazım ZABUNOĞLU, İdare Hukuku (C.2), Yetkin Yayınları, Ankara,2012, s.284.

⁸ Zaman yönünden yetkisizlik kimi kez, kamu görevlileri yönünden de ortaya çıkar. Kamu görevlilerinin zaman bakımından yetkisi görevlilerinin yetkilerini yasal olarak görevli oldukları (göreve başlama anı ile görevin sona ermesi arasındaki zaman aralığı) süre içinde kullanabilmesidir. Kamu görevlileri, bu zaman dilimi dışında yetki kullanamaz, kullanılırlarsa, yapılan işlem yetkisizlik sebebiyle hukuka aykırı olur(Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, 27. b., Turhan Kitabevi, Ankara,2008, s.205); Hasan Nuri YAŞAR; İdare Hukuku, Der Yayınları:441, İstanbul -2013, s.299, Halil KALABALIK, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 5.b.,Sayram Yayınları, Konya, 2014, s.341;Ramazan ÇAĞLAYAN; İdari Yargılama Hukuku, 4.b.,Seçkin Kitabevi, Ankara, 2014, s. 407).

⁹ KALABALIK, a. g. e., s.341.

re'sen (VUK m. 30) tarhiyat yapılabileceği dikkate alındığında incelemenin belirli sürede bitirilmesinin tarhiyatlar ve bunlara bağlı ceza kesme işlemleri bakımından önemi kendiliğinden anlaşılmaktadır.

Vergi incelemesinin başlaması ve bitirilmesine ilişkin VUK'un 140'ıncı maddesiyle düzenlemeler getirilmiştir. İnceleme yetkisi ancak belirlenen bu zaman dilimi içinde kullanılabilir. Zaman bakımından sınırlama idari işlemin belirli bir süre içerisinde yapılmasını öngörülmesi halleridir. Ancak idari işlemlerin yapılma aşaması ile ilgili mevzuatta öngörülen her sürenin zaman bakımından yetki sınırlaması niteliği taşımayacağını belirtmek gerekir. Bu bakımdan mevzuatta öngörülen her sürenin, aşımı halinde (süreye uyulmaması halinde) işlemi zaman bakımından yetkisizlikle sakat hale getirmeyecektir. Bu nedenle kanunlarda idari makamlara idari işlemi yapması için belirlenen süreler arasında ayırım yapmak gerekmektedir.¹⁰ Zaman bakımından yetkiyi etkileyen süreler sınırlandırıcı diğer ifadeyle emredici nitelikteki sürelerdir.¹¹ Bu çerçevede vergi incelemesi için getirilen sürelerin niteliğinin belirlenmesine ihtiyaç duyulur.

Vergi incelemesine ilişkin sürelerin VUK'un 140'ıncı maddesinin ilk fıkrasında yer alan "**mecburdurlar**" ifadesinden "emredici (sınırlandırıcı) süre" olduğu anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili hükümde emredici mahiyet taşıyan ifade kullanılmış, yoruma açık ve seçme hakkı tanıyan "*edilebilir*", "*verilebilir*" gibi bir ifadeye yer verilmemiştir.

Aynı maddede sürelerle ilişkin "**en fazla**" kavramının kullanılması ile vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların bağlı olduğu birimlerine vergi incelemesinin öngörülen süreler içinde **bitirilmesi için** gerekli tedbirleri almak zorunluluğunun getirilmiş olması kanun koyucunun amacını açıkça ve pekiştirerek ortaya koymaktadır. Nitekim anılan madde gerekçesinde "*Çağdaş vergi uygulamalarında mükellef hakları, vergi idarelerinin önem verdiği konuların başında gelmektedir. Vergi incelemelerinin yapılmasında incelemenin başladığı tarihin açık olarak belirlenmesi, incelemenin vergi mevzuatına uygun şekilde yürütülmesi ve öngörülebilir bir süre içerisinde tamamlanması mükellef haklarının vazgeçilmez unsurlarındandır*" ifadesine yer verilmiştir. Gerekçe çerçevesinde maddenin düzenleme amacına bakıldığında inceleme süresine uyulmasını istemenin mükellefin bir hakkı olduğu açıkça görülmektedir. İnceleme sürelerine sınır getirilmesinin idarenin iç işleyişini düzenlemek için değil, mükellefi koruma ve güvence altına alma amaçlı getirildiği dikkate alındığında bu sürelerle uyulmaması kanun hükmünün işlevsiz kılınması suretiyle mükellef hakkının fiilen etkisiz hale getirilmesi ve ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Sürelerin mükellefi koruma amacı taşıdığı açık olduğuna göre buna uyulmaması işlemi sakatlar.¹² Yine de kanunun düzenlemesinden

¹⁰ Güher ULU, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayınları, Ankara-2012, s. 173.

¹¹ ULU, a.g.e., s. 174.

¹² Hem doktrinde hem de Danıştay'ın yerleşik içtihadında "asli" nitelik taşıyan usul ve şekil sakatlıklarının iptal ile müeyyidelendirileceği kabul edilmektedir. Şekil ve usul kurallarındaki sakatlıkların işlemin iptalini gerektirip gerektirmediği konusunda iki kriterden hareket

sürenin emredici nitelikte olup olmadığına tereddüte düşülüyorsa, eğer kanunda öngörülen süre ilgili için güvence teşkil eden bir mahiyette ise bu sürenin düzenleyici değil, sınırlandırıcı süre olduğu kabul edilmelidir.¹³

Vergi incelemesi için belirlenen sürelerin idarenin kullanacağı yetkileri belirli bir zamanla sınırlandırma amacı taşıdığı açıktır. Bu nedenle anılan süreler sınırlandırıcı süre niteliğine sahiptir. Sınırlandırıcı süre durumunda idare kendisine verilen işlem yapma yetkisini belirli süre içinde kullanmak zorundadır.

Kanuni düzenlemede, inceleme sürelerinin bitiş anı vergi incelemesinin türüne (tam veya sınırlı olmasına) göre farklılaştırılmıştır. 6009 Sayılı Kanun'dan önceki dönemde vergi incelemesi başladıktan sonra incelemenin ne kadar sürede bitirilmesi gerektiğine ilişkin özel ve açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. İncelemelerin uzun sürmesinin bir yandan verginin tahsil edilmesinde gecikme yaşanmasına, diğer yandan mükellefler açısından belirsiz bir duruma sebep olduğu dikkate alınarak vergi incelemesine süre sınırı getirilmiştir. İncelemenin uzunluğu ve inceleme sonucunda ortaya çıkabilecek tarhiyat ve ceza kesilme ihtimalinin yarattığı belirsizliğin mükellefin ekonomik ilişki ve kararları üzerinde yarattığı olumsuzluk hukuki güvenlik ilkesini zedelemektedir. Yapılan kanuni düzenlemelerle vergi incelemesi başlatıldıktan sonra incelemenin hangi süre sonunda bitirilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Böylelikle vergi incelemesinin başladıktan belirli bir süre sonra bitirilmesi, idare açısından yükümlülük haline getirilmiştir.

A. Vergi İncelemesinin Başlatılması ile Tarh Zamanlaşımı İlişkisi

Vergi incelemesinin hangi anda başlamış¹⁴ sayılacağı Kanunda belirtilmesine karşın ne zaman başlatılması gerektiği konusunda özel bir belirleme yapılmamıştır.

edilerek sonuca varılır. Birincisi, ihlal edilen şekil ve usul kuralının hangi amaçla konulmuş olduğudur. Eğer söz konusu kural işlemin muhatabı olan kişiyi korumak amacıyla konulmuş ise buna uyulmamış olması işlemi sakatlayacaktır. İkincisi ise ihlal edilen şekil ve usul kuralının işlemin sonucu üzerindeki etkisidir. Buna göre ihlal edilen kurala uyulmuş olsaydı işlemin sonucu değişebilecek idiyse ihlal edilen kural önemlidir ve işlemin iptalini gerektirir. (KAPLAN, a. g. e. s.242)

¹³ ULU, a. g. e., s.174.

¹⁴ Vergi incelemesine başlama yanında bir de inceleme işine başlama kavramı vardır. İki kavram birbirine benzese de aynı hukuki durumları ifade etmez. Her iki kavram 31.10.2011 tarihli Resmî Gazetenin 28101 Sayısında yayınlanan Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte ayrı ayrı belirtilmiştir.

İşe başlama: "İşe başlama esas itibarıyla incelemeye başlama için hazırlık sürecini ifade eder. İşe başlama, "vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara verilen inceleme görevini takiben en geç on gün içindeki bir süreyi ifade eder. Bu süre içinde işe başlanılamaması halinde durum gerekçeli bir yazı ile bağlı bulunulan birime bildirilir. İlgili birim, işe başlanılamamasını haklı kılan bir mazeretin varlığı halinde en fazla on gün ilave süre verebileceği gibi inceleme görevini başka bir inceleme elemanına da verebilir." (Yön. m.7).

İncelemeye başlama: "Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, inceleme görevinin verilmesinden itibaren en geç otuz gün içinde incelemeye başlarlar.Vergi incelemesine, incelemeye tabi olan nezdinde düzenlenecek "İncelemeye Başlama Tutanağı" ile başlanır. Düzenlenen tutanağın bir örneği nezdinde inceleme yapılan teslim edilir. Tutanağın bir örneği vergi incelemesi yapmaya yetkili olanın bağlı bulunduğu inceleme ve denetim birimine, bir örneği ise mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine gönderilir."(Yön. m.9).

Bununla birlikte vergi incelemesi, tarh zamanaşımı süresi sonuna kadar yapılabilir (VUK m.138/2). Tarh zamanaşımı süresi içinde vergi incelemesi başlatılmazsa bir daha başlatılmaz, başlatılsa da vergi incelemesine bağlı sonuçlar doğmaz. Şüphesiz bir inceleme süresinde başlamış olsa bile tarhiyat işleminin tarhiyat yapılabilecek zaman diliminde bitirilmesi ve asıl işlemin tebliği asıldır.

Vergilendirmede tarh zamanaşımı süresinin, vergiyi doğuran olayın meydana geldiği yılı takip eden yıldan başlamak üzere beş yıl olduğu (VUK m. 114/1) dikkate alındığında beşinci yılın son gününe kadar tarh ve tebliğ edilmeyen vergiler tarh zamanaşımına uğrar. Örneğin, 2017 yılında vergiyi doğuran olay meydana gelmişse vergi alacağının tarh zamanaşımı 31.12.2022 tarihi itibarıyla sona erer. Tarh zamanaşımının bu hususta mükellefin bir başvurusu olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade edeceği kanun hükmü gereğidir (VUK m. 113/2).

B. Vergi İncelemesinde Olağan Süre ve Ek Süre

VUK'un 140'ncı maddesinin ilk fıkrasında *vergi incelemesi yapanlar, yaptıkları inceleme sırasında aşağıdaki esaslara uymaya mecburdurlar ifadesine yer verildikten sonra* 6. bendinde olağan ve ek (olağanüstü) olmak üzere iki süreye yer verilmiştir. Anılan fıkradaki "mecburdurlar" ibaresinin fıkra kapsamındaki tüm kurallar için geçerli olmak üzere kullanılması **fıkroda geçen süreleri de kamu düzenine ilişkin hale getirmiştir.**

1. Olağan Süre

İncelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla 1 yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde en fazla 6 ay, katma değer vergisi iade incelemelerinde ise en fazla 3 ay içinde incelemelerin bitirilmesi gerektiğine ilişkin süredir. Olağan süre basit ve açık olmakla birlikte aynı durum aşağıda açıklanacağı üzere kullanımının bağlandığı şart ve sınırlamalar nedeniyle ek süre için söylenemez.

2. Ek Süre

Ek süre, incelemenin olağan sürede bitirilememesi halinde talep üzerine verilen süredir. Süreyi ek süre yapan, olağan sürenin bitimiyle kullanılabilecek nitelik arz etmesidir.

Ek süre talebi, incelemeyi yapan eleman tarafından bağlı olduğu birime karşı yapılır. Ek süre, talebin bu birim tarafından değerlendirilerek uygun görülmesi halinde, tam ve sınırlı incelemelerde 6 ayı, katma değer vergisi iade incelemelerinde ise 2 ayı geçmemek üzere verilebilir. Ek süre istenmediğinde veya istenmekle birlikte idarece verilmediğinde inceleme süresi sadece olağan süreden ibaret hale gelir. Verilmesi halinde incelemenin bu ek süre içinde bitirilmesi mecburidir.

Ek sürenin kullanılması istisnai bir durum olduğundan kullanımı belli şartlara bağlanmıştır (VUK m. 140/6, Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 23/2 ve 23/3). Bu şartlar aşağıdaki şekilde belirtilebilir.

1- *İncelemeye yetkili olanın talepte bulunması*: Ek süre kendiliğinden ortaya çıkan bir süre değildir. İnceleme elemanının talebi halinde verilebilecek bir süredir.

2- *Ek süre talebinin olağan sürenin sonundan en geç önceki 10 gün içinde yapılması*: İncelemenin olağan süreler içerisinde bitirilemeyeceğinin anlaşılması halinde, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, inceleme süresinin bitiminden en geç on gün önce, ek süre talep edebilirler. Uygun görülme bakımından inceleme elemanının talebi gerekçeye dayanmalıdır.

3- *İnceleme yapanın bağlı bulunduğu birimce ek süre talebinin uygun görülmesi*: Talep ilgili birimce değerlendirildikten sonra süre verilip verilmemesine karar verilir. Sürenin talep edilip edilmeyeceği hususu inceleme elemanının takdirinde olmakla birlikte talep edildiğinde verilir verilmeyeceği idari birimin takdirindedir.

4- *Verilecek süre toplamının kanunda belirtilen azami süreyi aşmaması*: Ek süre standart bir süre olmayıp toplam süreyi aşmamak üzere yetkili birimce kanunda öngörülen azami sürenin bir kısmını içerecek şekilde verilebilir. Bir başka ifadeyle hükmün lafzından hareketle ek süre vermeye yetkili denetim biriminin, istem tüm süreye ilişkin olsa bile bu yetkisini kısım kısım verme şeklinde kullanabileceğini söylemek mümkündür. Ek süreler kanundaki toplam süreyi geçemez. Aykırı düşünce incelemenin devamlılığı ve kesintiye uğramaması ilkesine aykırılık oluşturur.

5- *İncelemenin neden olağan sürede bitirilmediğinin incelemeyi yapmaya yetkili olanların bağlı bulunduğu birim tarafından, nezdinde inceleme yapılan kişiye yazılı olarak bildirilmesi*: İncelemenin olağan süresinde bitirilmeme veya ek süre isteme nedeni/nedenlerinin mükellefe bildirilmesi yükümlülüğü inceleme elemanlarına değil, idareye yüklenmiştir.¹⁵

¹⁵ Önceki bölümlerde (GİRİŞTE) de belirtildiği üzere, incelemeye yetkili denetim birimi tarafından, incelemenin olağan süresi içerisinde bitirilememe nedeni konusunda mükellefin bilgilendirilmemesi ihtilaf konusu oluşturabilmektedir. Bu konu ile ilgili İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin; 2013/3378 esas numaralı ve 2014/1325 karar numaralı inceleme süresine ilişkin kararında; “Davacı tarafından şirketleri hakkında yapılan vergi incelemesinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş olan 6 aylık sürede bitirilemediği, vergi incelemesi Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte getirilen kurallara uygun yapılmadığından, uyuşmazlık konusu vergi tarhiyatının usul yönünden iptalinin gerektiğinin iddia edilmesi üzerine, Mahkememiz ara kararıyla bu iddia hakkında açıklama getirilmesinin davalı idareden istenmesi üzerine, ara kararı cevabı olarak dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, vergi incelemesinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş olan 6 aylık sürede bitirilemediği, 2 aylık ek süre alındığı, ancak Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte düzenlendiği halde incelemenin yasal süre içinde bitirilememe nedeniyle ilgili olarak nezdinde inceleme yapılan davacıya herhangi bir tebligatın yapılmadığı anlaşılmalı, Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik düzenlemesine aykırı olarak yapılan vergi incelemesi sonucu düzenlenen vergi incelemesi raporuna istinaden uyuşmazlık konusu

C. Vergi İncelemesinin Başlama ve Bitiş Anı

Mevzuatta ancak belirli zaman sınırları içinde (belirli tarihte başlayıp yine belirli tarihte sonlanacak zaman kesitlerinde) işlem kurulabileceğini gösteren hükümler yer alabilmektedir.¹⁶ Vergi incelemesinin başlaması ve bitmesi de bu anlamda kanun düzeyinde sınırları çizilmiş sürelerdendir. Vergi incelemesinin bitirilme anı da başlama anına göre belirlendiğinden başlama anının tespiti çok önem taşır. İncelemeye başlama anı doğrudan VUK'ta düzenlenmişken en geç bitirilme anı bu konuda çıkartılan Yönetmelik'te¹⁷ başlama anına atıfla belirlenmiştir. Bu nedenle her iki sürenin de ayrı ele alınmasında yarar vardır.

1. Vergi İncelemesinin Başlama Anı

Vergi incelemesine başlama anı idarenin vergi inceleme yetkisinin zaman bakımından sınırının başlangıcını çizer. Süre, başlayan bir vergi incelemesi için "inceleme zamanaşımı" olarak nitelendirilebilir. Çünkü bu süreye uyulmaması, hazırlık işleminin tamamlanamamasına ve sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. Vergi incelemesinin başlamasına ilişkin anın ne zaman ve hangi şartlarda meydana geldiği VUK'un 140'ıncı maddenin 2'nci bendinde vergi inceleme elemanı kastedilerek "*Vergi incelemesine başlanıldığı hususunu bir tutanağa bağlayarak bir örneğini nezdinde vergi incelemesi yapılan verirler*" demek suretiyle ortaya konmuştur. Bu suretle incelemeye başlama tarihinin mükellefin "**vergi incelemesine başlama tutanağını**" imzaladığı tarih olduğu açıkça belirtilmiştir. Mükellef ve inceleme elemanı kendi aralarında aksini belirtebilir.

Mükellefin tutanağı imzalamaya gelmemesi veya gelmekle birlikte imzadan imtina etmesi ihtimali Yönetmelikte (m.9/3) dikkate alınmış ve "*Tutanakta mükellefin imzasının bulunmaması halinde tutanağın vergi dairesi kayıtlarına intikal ettiği tarih incelemeye başlama tarihi olarak kabul edilir; bu durumda incelemeye başlama tutanağının bir örneği ayrıca mükellefin bilinen adresine vergi dairesince gönderilir*" ifadesine yer verilmiştir. Tutanağın mükellefin bilinen adresine gönderilmesi suretiyle inceleme anının başlatılması ancak mükellefin tutanağı imzalamaya gelmemesi veya gelmekle birlikte imzadan imtina etmesi halinde mümkündür. Mükellef imzaya davet edilmeden veya davet üzerine imzadan imtina şartları gerçekleşmeden tutanağın doğrudan vergi dairesi aracılığıyla mükellefin bilinen adresine gönderilmesi incelemeye

dönemlere ilişkin olarak re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalısı Katma Değer Vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasında bu yönüyle hukuka uyarlılık bulunmamaktadır." ifadesi yer almaktadır. Vergilendirmedeki usulün ne kadar önemli olduğunu ortaya koyan bu kararda, incelemenin yasal süre içerisinde bitirilememesi nedeniyle ilgili olarak nezdinde inceleme yapılan davacıya herhangi bir tebligatın yapılmadığı gerekçesine dayanılarak tarhiyatın iptal edildiği görülmektedir.

¹⁶ ZABUNOĞLU; a. g. e. s. 284.

¹⁷ Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik: Resmi Gazete Tarihi, 31.10.2011; Resmi Gazete No:28101.

başlama anını sakatlar. Kanuni düzenlemedeki “gönderilir” ifadesi, idare için emredici nitelik arz eder.

2. Vergi İncelemesinin Bitme Anı

Vergi incelemesine tarh zamanasını süresi içinde kalmak koşuluyla incelemenin ne zaman başlatılacağı idarenin takdirinde olmakla beraber inceleme bir defa başlatıldı mı belirli bir azami süre içinde bitirilmesi zorunludur. Bu konuda idarenin ve vergi inceleme elemanının azami süreyi aşma konusunda takdir hakkı yoktur. VUK m. 140/6'ya göre incelemenin bitiş tarihi, başlama anından başlayarak tam inceleme¹⁸ yapılması halinde *en fazla* 1 yıl, sınırlı inceleme¹⁹ yapılması halinde *en fazla* 6 ay olarak belirlenmiştir. Maddede her iki durum için *en fazla* denilmekle incelemenin bitirilme süresine kesin bir sınır çizilmiştir.

İlgili Yönetmeliğin 21/1'nci maddesinde incelemenin bitiş anı inceleme sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporunun rapor değerlendirme komisyonlarına intikal ettirmek üzere ilgili **inceleme ve denetim birimine teslim edildiği tarih** olarak belirtilmiştir. Şüphesiz teslim tarihinin Kanunda öngörülen başlama süresinden sonra inceleme türüne göre değişen hesaplanacak 1 yıllık veya 6 aylık sürelerin sonundan önceki gün veya en geç aynı gün olması gerekir.

Anılan raporun olağan sürede teslim edilememesi halinde ise incelemeye yetkili olanlar 6 ayı geçmemek üzere ek süre isteyebilirler. Hatta 6 aylık süreye tabi olan sınırlı incelemenin, sonradan ortaya çıkan durumlar nedeniyle tam incelemeye dönüşmesi halinde, inceleme süresi sınırlı incelemeye başlanılan tarih itibarıyla hesaplanır (Yön. m.23/6).

D. İncelemenin Kanuni Süresinde Bitirilememesinin Hukuki Sonucu

İdarenin ya da kamu görevlilerinin yetkileri, bazı durumlarda zaman yönünden sınırlandırılmış olabilir. Bu gibi durumlarda idare yetkisini ancak bu süre içinde kullanabilir.²⁰ Bir başka ifadeyle hazırlık işlemi olsa da bir işleme ilişkin yetkinin bu yetkinin başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar olan zaman dilimi içinde kullanılması gerekir. Bu nedenle idari makamların kural olarak o işlemleri kanunla belirlenen sınırlı süre içinde yapmaları beklenir.

Kanunla belirlenen sınırlandırıcı süreye uymak mecburiyetinde olan idare kanunda öngörülen azami süre tamamlanmadan vergi incelemesini bitirmek durumundadır. Normal olanı da belirlenen zaman dilimi içinde yetkinin

¹⁸ Tam inceleme: Bir mükellef hakkında, bir veya birden fazla vergi türü itibarıyla bir veya daha fazla vergilendirme dönemine ilişkin her türlü iş ve işlemlerinin bütün matrah unsurlarını içerecek şekilde, yapılan vergi incelemesini ifade eder.

¹⁹ Sınırlı inceleme: Tam inceleme dışında kalan vergi incelemesini ifade eder.

²⁰ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK- Turgut TAN, İdare Hukuku, C.II, 7.b., Turhan Kitabevi, Ankara- 2014. s.413.

kullanılmasıdır. Belirlenen zaman diliminden sonra işlem kurulması halinde bu işlemin akıbeti ne olacaktır? İdare incelemeyi süresinde tamamlayamazsa her şeyden önce işlemin durumunun zaman bakımından yetki yönünden değerlendirilmesi gerekir. İdare hukuku teorisi bakımından **idarece, kanunda belirlenen sürenin dışına çıkılarak yapılan işlemler zaman yönünden yetkisizlik ile sakattır.**²¹ İşlem kurma yetkisinin aşılmış olması durumu yetki sakatlığını oluşturur.²² İdarenin kanunun kendisine tanıdığı sürede yetkisini kullanmaması ise zaman bakımından yetki yönünden hukuka aykırılık oluşturur.²³ Yetkinin belirlenen zaman dilimi dışında kullanılması halinde işlem yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırı hale gelir.²⁴ Nihayetinde işlemde zaman itibarıyla yetkisizlik halinin mevcut olması durumunda yetki unsuru yönünden hukuken sakat hale gelen işlemin iptali gerekir.²⁵

Vergi incelemesine kanunen verilen sürelerden sonra devam edilse bile bu durum vergi incelemesinin süresinde bitirilmemiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Yetki yönünden sakatlanmış aynı vergi incelemesi canlandırılmaz ve inceleme raporu düzenlenemez. Şartları varsa yeni bir vergi incelemesi başlatılmasına engel bir durum yoktur (VUK m.138/3). Dikkat edildiği üzere sürenin geçmesiyle ortadan kalkan yetki aynı zamanda bu vergi incelemesine bağlı raporu da içerir. Bir kere zaman bakımından yetkisizlikle sakat hale gelmiş olan işlem sonradan bir işlem veya onay ile düzeltilemez.

İncelemeyi süresinde bitirmemek inceleme elemanı bakımından bir disiplin fiili teşkil edebilir. Nitekim, Yönetmeliğin m.23/7’de “İlgili inceleme ve denetim birimi, incelemeyi bitiremeyen inceleme elemanı hakkında disiplin hükümlerini **uygulayabilir**” ifadesine yer verilmiştir. “Uygulayabilir” denilmesi inceleme ve denetim biriminin disiplin hükümlerini uygulamasında mutlak bir zorunluluk olmadığını göstermektedir. İnceleme elemanı hakkında disiplin soruşturması açılmasının inceleme süresinin uzaması üzerinde bir etkisi olmaz. Ancak bu idarenin disiplin hukukuna göre inceleme elemanı hakkında işlem yapması kendi iç işleyişine ilişkin bir husus olup incelemeye alınan mükellef üzerinde işlemin geçerli olması yönünde bir etki doğurması söz konusu değildir. Bilakis disiplin sürecinin başlatılması idarenin üzerine düşeni zamanında yapmadığını gösterir. Süresinde bitirilmeyen vergi incelemesine bağlı rapor, süresinden sonra düzenlense bile, zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle sakatlanır. Yetki kamu düzenindedir, bunun sonucu olarak yetkisizlik sonradan düzeltilemez, giderilemez. Süresinde yapılmayan inceleme ile oluşan zaman bakımından

²¹ GÖZÜBÜYÜK- TAN, a, g, e., s. s.413

²² ZABUNOĞLU, a. g. e., s. s.284.

²³ GÖZÜBÜYÜK- TAN, a, g, e., s. s.413.

²⁴ ÇAĞLAYAN, a. g. e., s., s.407.

²⁵ Cafer ERGEN, İdari Yargı Davaları; Seçkin Yayınları, Ankara-2008, s.238.

yetkisizlik, raporun süre geçmesinden sonra düzenlenmesi ile giderilemez. Ayrıca vergi incelemesinin süresinde bitirilmemesine ilişkin disiplin hükümlerinin çalıştırılması ise 6009 Sayılı kanunla gelen bir husus değildir. Mevzuatta daha önceki dönemlerde de var olan genel bir düzenlemedir. Bu kanun olmadan da disiplin hükümlerinin işletilmesi mümkünken sanki disiplin süreci ilk kez bu Kanun tarafından getirilmiş gibi bir yorum yapılamaz.

Hukuka aykırı işlemin hukuka aykırılığını göz ardı edip incelemenin uzamasından kaynaklı mükellefin varsa zararlarının tam yargı davasıyla giderilebileceği gerekçesiyle incelemenin süresinden sonra bitirilmesi halinde incelemenin geçerli olacağına ilişkin bir yaklaşım da kabul edilemez. İptal ve tam yargı davası birbirinden ayrı iki dava türüdür. Vergilendirme sürecindeki hazırlık işlemlerindeki hukuka aykırılıklar aslı işleme karşı açılan iptal davasında, ortaya çıkan zararlar ise tam yargı davası ile giderilir. İptal davasında amaç hukuk düzenindeki hukuka aykırı işlemleri ortadan kaldırmak iken tam yargı davası ise eski hale getirme amacına yöneliktir. Makalenin konusu bakımından süresinde bitirilmeyen vergi incelemesine karşı tarhiyat ya da ceza kesme işlemiyle birlikte önce iptal sonra tam yargı davası açılabilceği gibi iki talep bir arada iptal ve tam yargı davası birlikte de açılabilir. Vergi incelemesinin süresinde bitirilmemesi halinde asıl işlem olan tarhiyata karşı açılan iptal davası; zararın tazminini amaçlayan tam yargı davasının akıbetini belirler. İptal davası tarh işleminin iptaline yöneliktir. Bu nedenle doğrudan işlem sonucunda ortaya çıkacak zararın giderilmesini amaçlamaz. Vergi incelemesine 6009 Sayılı Kanunla süreye ilişkin düzenlemeler getirilmeden önce de idarenin zararlardan sorumluluğu yukarıda açıklanan yargısal yollarla zaten sağlanabileceğinden belirtilen tazminat yaptırımı yeni düzenlemelerin getirdiği bir yaptırım olarak değerlendirilemez.

Vergi incelemesi süresinde bitirilmemesine karşın bundan kaynaklanan zarar olmadığında süreye uyulmamasının hiçbir yaptırımı kalmamış olur. Kanunda mecburiyet kapsamında getirilen sürenin varlığı ile yokluğu arasında bir fark kalmaz. Bu durumda da sürelerle ilişkin Kanuni değişikliğin hiçbir anlamı kalmaz.

Kanun koyucu abesle iştiğal etmez. Sürelere ilişkin kanun değişikliğinin önceden var olan tazminat ve disiplin hükümlerinden başka bir yeni durum ortaya çıkarmayacağını ileri sürmek kanun koyucunun “abesle iştiğal etmeyeceğine” dair ilkeye aykırılık oluşturur.

Olağan ve ek sürelerin her ikisinin de sona ereceği azami süre Kanunda belirlenmiştir. Bu sürelerden her ikisine de Kanunda yer verilmiştir. 6 aylık ek süre takdiri olmakla birlikte sürenin sonu bakımından ucu açık, sınırsız bir süre değildir. Tam tersine vergi incelemesine ilişkin süreler sınırlı ve sınırlandırıcı olarak belirlenmiş süre niteliğindedir. Bu durumda vergi inceleme elemanına

olağan ve ek süreyle azami bir sınır çizilmiş olup süreler inceleme elemanı bakımından bağlayıcı nitelik arz eder.

İdareye inceleme yetkisi daimi olarak değil, sınırlı bir süre için verilmiştir. İdari makamın yetkisini bu süre içinde kullanması gerekir. Aksi takdirde, bu sürenin geçmesinden sonra yapılan işlem “**zaman bakımından yetkisizlik**” ile sakat hale gelir.²⁶ Zaman bakımından yetkisizlik veya zaman yönünden yetki tecavüzü esas olarak idari yetkilerin tabi oldukları süre içinde değil de bunun aşılması suretiyle kullanılması anlamına gelir. Burada yetkiyi kullanacak kişinin resmi sıfatı ve dolayısıyla yetkisi sona ermemiştir; sadece o işlemi yapabilmesi için ilgili yasal düzenlemeler uyarınca öngörülen süre aşılmıştır.²⁷ Sonuçta zamanaşımına uğramış işlem davaya konu olduğunda zaman yönünden yetkisizlik nedeniyle davanın kabulüne karar verilerek işlem iptal edilir.

Yetki varsa işlem yapılabilir, yetki yoksa veya süresi aşılmışsa işlem yapılamaz. Bu zaman bakımından yetkisizlik halinin idare hukuku bakımından sonucudur. Süreye uyulmadığında ne olacağı konusunda özel bir yaptırım belirtilmediği şeklindeki gerekçeden hareketle işlemin her zaman yapılabileceği sonucuna varılamaz. Kanunda öngörülen süreler uyulmadığında işlem zaman bakımından yetkisizlikle sakattır. Yetki unsurundaki hukuka aykırılığın yaptırımı ise İdari Yargılama usulü Kanunu’nun 2’nci maddesi uyarınca iptaldir. Aksini kabul etmek idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasını gerektiren hukuk devleti ilkesi ile idarenin idari işlemleri yaparken bağlı olduğu kanuni idare ilkesine aykırılık oluşturur. İdari işlemlerin yargısal denetime tabi olması ise iptal davasıyla sağlanır.

SONUÇ

Süreler daha çok yargılama usulü hukukunda dikkate alınsa da esasa ilişkin hukuk dalları bakımından da(hukuki güvenlik ilkesi ve dolayısıyla hukuk devleti bakımından) önem taşır. Her hukuk dalında olduğu gibi vergi hukukunda da sürelerin önemli bir yeri vardır. Bunlardan biri de vergi incelemesinin bitirilmesi için öngörülmüş olan süredir.

6009 sayılı Kanunla VUK’ta yapılan düzenlemeyle usul hükmü olarak vergi incelemesine başlandıktan sonra incelemenin olağan ve/veya ek süre olsun belirli bir süre içinde bitirilmesi mecburiyeti getirilmiştir. Kanundaki sürelerin pratik bakımdan yetersiz olduğunun düşünülmesi halinde yapılması gereken şey mevcut sürenin statüsünü tartışmaya açarak farklı yorumlarla mükellef haklarını etkisiz hale getirmek değil mükellef hakları da gözetilerek sürelerin niteliklerine uygun hareket tarzı benimsenmesi olmalıdır.

²⁶ Kemal GÖZLER, a. g. e., s.688.

²⁷ KAPLAN, a.g. e., s. 237.

Kanundaki kesin ve açık hükümler yanında Kanun gerekçesinde de vergi incelemesine ilişkin sürelerin mükellef halklarının vazgeçilmez parçası olarak nitelendirilmesi bu sürelerin tartışmasız bir biçimde emredici/sınırlandırıcı süre niteliğine sahip olduğunu göstermektedir. Süresinde incelemeyi bitirmeyen inceleme elemanı hakkında disiplin soruşturması açılması ve/veya inceleme süresinin uzamasından kaynaklı mükellef zararının tazmini incelemenin kanuni süreden sonra bitirilmesinde idarenin yetkisizliğini kaldırmaz.

Vergi incelemesi bir hazırlık işlemi olduğundan bu işlemde Kanunda belirtilen emredici süreye süreye uyulmaması idarenin bu işlemle ilgili zaman bakımından yetkisizliğini doğurur. İdarenin yetkisiz yaptığı işlemler ise hukuken sakat işlemlerdir. İşlemdeki bu yetkisizlik halini içeren hukuka aykırılıklar da ancak asıl işlem olan tarh işleminin iptaline ilişkin davada sebep unsurunda hukuka aykırılık olarak ileri sürülebilir.

KAYNAKÇA

- **AYDIN Fazıl**, “Vergi incelemesinde Süreler”, Erişim:<http://www.vmhk.org.tr>
- **BAYKARA Bekir**, “Vergi İncelemesinde 6009 Sayılı Kanun’dan Önceki ve Sonraki Durum ve Değerlendirilmesi”, Yaklaşım, Ekim 2010, Sayı: 214 ve Kasım 2010, Sayı: 215.
- **BAYKARA Bekir**, “Vergi İncelemesinin Belli Sürede Bitirilmesine İlişkin Hükümün Hukuki Niteliği”, Yaklaşım, Aralık 2010, Sayı:216.
- **ÇAĞAN Nami**, Vergi Hukukunda Süreler, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Yayınları No:389, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- **ÇAĞLAYAN Ramazan**, İdari Yargılama Hukuku, 4.b.,Seçkin Kitabevi, Ankara, 2014.
- **ÇÖLGEZEN BATUN Övül**, Vergi Hukukunda Süreler, Seçkin Yayınları, Ocak 2013.
- **DAYANÇ Murat**, Vergi İncelemesinde Süre Sınırlamasının Analizi, (Erişim: <http://www.muhasibevevergi.com/>)
- **DOĞRUSÖZ Bumin**, “Vergi İncelemelerinde Yeni Düzen” (Erişim: <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-incelemelerinde-yeni-duzen/364243>).
- **ERDEM Tahir**, “Vergi İncelemesinde Süre”, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Şubat 2011.
- **ERGEN Cafer**, İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara-2008.
- **GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku, C. I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- **GÖZLER Kemal**, İdare Hukuk Dersleri,8. B., Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- **GÖZÜBÜYÜK A. Şeref**, Yönetmelik Yargı, 27. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

- **GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut**, İdare Hukuku, C.II, 7.b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014
- **GÜÇLÜ Yaşar**, Vergi Kanunlarında Yer Alan Süreler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- **GÜNDOĞDU Tamer**, “Vergi İncelemelerinde Mükellef ve Mükellef Hakları” (III Oturum), Vergi Yargısı Paneli, Vergi Müfettişleri Derneği, Antalya, 2016.
- **İŞIKTAÇ Yasemin – METİN Sevtap**, Hukuk Metodolojisi, 5. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- **KALABALIK Halil**, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 5.b., Sayram Yayınları, Konya, 2014
- **KAPLAN Gürsel**, İdari Yargılama Hukuku, 4.b.,Ekin Kitabevi, Bursa, 2019.
- **KARAHANOĞULLARI Onur**, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler,3.b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- **KARAKOÇ Yusuf**, Genel Vergi Hukuku, 6.b., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- **KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI**: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 19.01.1990 tarih ve E. 1989/154, K. 1990/10 sayılı kararı, Erşim:http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd2.htm.
- **KURU Baki-ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder**-Medeni Usul Hukuku, 22.b., Yetkin Yay, Ankara, 2011.
- **NAZALI Ersin**, “6009 Sayılı Kanun İle Vergi İncelemesi Süreci Konusunda Yapılan Değişiklikler”, Vergi Dünyası, Eylül 2010, Sayı:349.
- **OKTAR S. Ateş**, Vergi Hukuku 12. B., Türkmen Kitabevi, 12.b., İstanbul, 2017.
- **ŞENYÜZ Doğan-YÜCE Mehmet-GERÇEK Adnan**, Vergi Hukuku, (Genel Hükümler) 11 b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2020.
- **ULU Güher**, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- **YAŞAR Hasan Nuri**; İdare Hukuku, Der Yayınları:441, İstanbul -2013
- **ZABUNOĞLU Yahya Kazım**, İdare Hukuku (C.2), Yetkin Yayınları, Ankara-2012.

BEŞİNCİ GÜNDEN ÖNCE AÇILAN ELEKTRONİK TEBLİGATIN TEBLİĞ TARİHİ

Date of Notification if the Electronic Notification is Opened before the Fifth Day

Zeynel Abidin AKSAKAL*

Geliş Tarihi: 10.03.2020 Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Tebliğat Kanunu'nda Ocak 2011'de yapılan değişiklik ile elektronik yolla tebliğat düzenlemesi getirilmiştir. E-tebliğatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Tebliğatın yapılmış sayılacağı hallerde yasa koyucu itihla olmasa da muhatabı muttali saymaktadır. Posta ve Telgraf Teşkilatı'nın (PTT) Ulusal Elektronik Tebliğat Sistemi (UETS) altyapısı, muhatabın tebliğatı beşinci günden önce açtığını belgeleyebilmektedir. Bu noktada UETS'deki delil sistemi incelenmiş, beşinci günden önce veya sonra açılan e-tebliğat, kanuni karine veya varsayım bağlamında değerlendirilmiştir. Ayrıca yapılan e-tebliğatla ilgili sürenin başlangıcının ulaşma tarihine beş gün ekleyerek değil altı gün ekleyerek tayin edilmesi gerektiği ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: e-tebliğat, tebliğatın yapılmış sayılması, kanuni karine, varsayım, e-tebliğatta sürenin başlayacağı gün.

ABSTRACT

With the amendment made in the Notification Law in January 2011, electronic notification arrangement was made. It is regulated that the electronic notification will be deemed to be made at the end of the fifth day following the date when the notification reaches the electronic address of the addressee. In the cases where the notification will be deemed to be made, even there is no cognition, addressee will be deemed to be informed by the legislator. The NENS (National Electronic Notification System) infrastructure of PTO (Post and Telegraph Organization) can provide evidence when the addressee opens the notification before the fifth day. At this point, the evidence system of NENS was examined and the notification opened before or after the fifth day was evaluated within the context of the presumption of law or fiction of law. In addition, the start date of the e-notification period should be determined by adding six days to the moment of arrival, not five days.

Keywords: e-notification, be considered as notified, fifth day, presumption of law, fiction of law, the day to start of period at e-notification.

* T.C. Adalet Bakanlığı Cumhuriyet Savcısı Adayı, e-posta: sav.abidin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8213-7454.

GİRİŞ

Tebligat hukuki işlemlerin, sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere yetkili makam tarafından bildirilmesi ve bu bildirim belgelendirilmesidir¹. Tebligat işleminin bilgilendirme ve belgelendirme gayesi öne çıksa da dolaylı amacı hukukun güvenliğidir. Tebligatın muhataba zamanında ulaştırılması, muahataba savunma olanağı tanıyıp kendisinin dinlenilmesine zemin hazırlamaktadır. Bu yönüyle tebligat iddia ve savunma, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma haklarıyla sıkı ilişki içindedir². Tebligat işlemlerinin daha masrafsız, basit şekilde ve kısa sürede yapılması usul ekonomisi ilkesine de hizmet eder. Zaman alan tebligat süreci ve kişilere fiziki tebligat yapılmasında yaşanan sorunlar ülkemizde yargılamaların uzamasının temel nedenlerindedir³.

Tebligat süreci ile harcanan zamandan ve emekten tasarruf edilmesi amacıyla 6099 Sayılı “*Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” (6099 S. K.) ile elektronik yolla tebligat düzenlemesi getirilmiştir. Daha sonra 7101 Sayılı “*İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” (7101 S. K.) ile kendilerine e-tebligatla tebligat yapılması zorunlu tutulanların kapsamı genişletilmiştir. Düzenlemelerden sonra 7201 Sayılı Tebligat Kanunu (Teb. K.) m. 7a/4’te “*Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.*” hükmü yer almıştır.

- ¹ **Acar, Ayşe Ece**, “*Elektronik Tebligat*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 160; **Akil, Cenk**, “*11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 248; **Arslan, Mehmet/Biniş, Mine**, “*Türk Vergi Sisteminde Tebligat ve Elektronik Tebligat*”, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 1, 2016, s. 301; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Üçüncü, Hilal S.**, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 18; **Kurt-Konca, Nesibe**, “*Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 240; **Küçük, Alper Tunga**, “*İcra ve İflâs Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 306; **Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal**, Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. Bası, Ankara 2019, s. 13; **Tüzüner, Özlem**, “*Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2011, s. 141; **Varol, Asaf/Baştürk, İhsan**, “*Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2015, s. 265; **Özbay, İbrahim**, “*6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 115; **Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre**, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Ankara 2020, s. 16; Yargıtay HGK, E. 2011/11-554, K. 2011/684, T. 23.11.2011 (Lexpera).
- ² **Akkan, Mine**, “*Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*”, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 14, S. 39, 2018, s. 26; **Arslan/Biniş**, s. 314; **Atalı/Ermenek/Üçüncü**, s. 24 vd.; **Kurt-Konca**, s. 241; **Ruhi/Ruhi**, s.19; **Varol/Baştürk**, s. 266; **Yardımcı, Taner Emre**, “*Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2019, s. 5-13; **Özbay**, s. 115; **Özbay/Yardımcı**, s. 17.
- ³ **Kurt-Konca**, s. 241; **Varol/Baştürk**, s. 267.

Çalışmada anılan beşinci günden önce tebligatın açıldığı durumda itibar edilecek tebliğ tarihi, *münhasıran* Tebligat Kanunu, bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikler ile izlenecek usul ve esaslar çerçevesinde ele alınmıştır. Kanuni düzenlemeler değerlendirilirken tarihi elemanlardan⁴ ilgili kanun değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulunda görüşüldüğü rapora ve TBMM Adalet Komisyonu tutanaklarına değinilmiştir. Tebligatın bilgilendirme ve belgelendirme fonksiyonları bağlamında e-tebligatın değerlendirilmesinde delil kaydı, işlem kaydı ve zaman damgası enstrümanlarından yararlanılmıştır. “*Tebliğ edilmiş sayılır*” ifadesinin hukuki nitelendirilmesi hususunda karine ve varsayım kavramlarına başvurulmuştur. Nihayetinde yargı yorumu bağlamında yüksek mahkemelerin ulaşma tarihine mi öğrenme tarihine mi itibar ettiği incelenmiştir. Kimi kararlarda tayin edilen sürelerin *madde gerekçesine göre* 1 gün eksik hesaplandığı saptanmış, sürelerin madde gerekçesindeki örneklendirmeye göre tayini hususuna değinilmiştir.

I. E-TEBLİGATA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE TEBLİGATIN UNSURLARI AÇISINDAN E-TEBLİGAT

A. E-Tebliğatla İlgili Kanuni Düzenlemeler

Bilişim ve enformasyon teknolojilerinin ilerlemesiyle birlikte e-devlet uygulamalarının her geçen gün uygulama alanı artmaktadır⁵. Adalet Bakanlığınca da Yargı Reformu çerçevesinde adalet hizmetlerinin elektronik ortamda sunulması, bilgi ve belgelerin daha kısa sürede temini, zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi amacıyla Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) 2000 yılında hayata geçirilmiştir. Buna paralel şekilde 23 Temmuz 2004 tarihinde 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe girmiş⁶, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1525. maddesi uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından düzenlenen Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 25 Ağustos 2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

E-devlet uygulamalarının bir tezahürü olan e-tebligat, 6099 S. K.’nın Tebligat Kanunu’nu değiştirmesiyle mevzuatımızda yerini almıştır. Anılan düzenleme ile e-tebligat zorunluluk olarak değil, kullanmak isteyenler için kolaylık ve

⁴ Kanunun yorumlanmasında kullanılan temel yorum araçlarından tarihi elemanlar, hukuk normunun konuluş tarihine dair kanun koyucunun iradesini yansıtır. Kanunun hazırlık çalışmalarına düzenlemenin gerekçesi, tasarılar, teklifler, raporlar, komisyon ve mecliste yapılan tartışmalar örnek olarak verilebilir. Bu çalışmalar, hükmün konulması ile güdülen amacın ortaya çıkmasına hizmet eder. bkz. **Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat**, Medeni Hukuk (Giriş – Kavramlar – Başlangıç Hükümleri), C. 1, 3. Bası, Ankara 2019, s. 412.

⁵ **Arslan/Biniş**, s. 305.

⁶ **Özbay**, s. 116.

imkân olarak öngörülmüş ve fakat sermaye şirketlerine⁷ yapılacak tebligatın elektronik yolla olması zorunluluğu getirilmiştir. 6099 S. K. 19 Ocak 2011'de Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş; anılan Kanunun, e-tebligatı düzenleyen 2. maddesi bir yıl sonra (19 Ocak 2012'de), sermaye şirketlerine tebligatın e-tebligatla yapılması zorunluluğunu getiren fıkrası ise iki yıl sonra (19 Ocak 2013'te) yürürlüğe girmiştir.

6099 Sayılı Kanun'un hükümet tasarısında⁸ e-tebligatın muhatabın adresine ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılacağı düzenlenmiş, üç günlük sürenin kısa olması ve tebellüğ edenler açısından sorunlara yol açmaması bakımından beş gün olarak değiştirildiği TBMM Adalet Komisyonunca yayımlanan raporda⁹ belirtilmiştir. TBMM'nin ilgili değişikliği görüşüp kabul ettiği oturumda, tebligatın yapılmış sayılacağı tarihle ilgili *ulaşma tarihine mi öğrenme tarihine mi* itibar edileceği konusunda Adalet Komisyonundaki görüşmelerde fikir birliğine varılamadığı dile getirilmiştir¹⁰.

⁷ Uygulamada sermaye şirketlerinin neler olduğu konusunda ortaya çıkabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi amacıyla madde metninde bu şirketlerin (anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit) tahdidi şekilde sayıldığı ifade edilmişse de bu çalışmada "sermaye şirketleri" ifadesi kullanılmıştır, bkz. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf> s.17, Erişim Tarihi 17.5.2020).

⁸ Tebligat Kanunu ile Adlî Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (<https://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0742.pdf> s. 2, Erişim Tarihi: 17.5.2020).

⁹ "Aynı maddenin dördüncü fıkrasında geçen 'üçüncü günün' ibaresi, sürenin kısa olması ve tebellüğ edenler açısından sorunlara yol açmaması bakımından 'beşinci günün' olarak değiştirilmiştir.", bkz. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf> s. 17, Erişim Tarihi: 17.5.2020).

¹⁰ Ali İhsan Köktürk'ün TBMM konuşması: "Değerli milletvekilleri, elektronik yolla yapılan tebligatta tebligatın ulaşma anının ve tarihinin belirlenmesinde de problem yaşanabileceği kaygısı, başta Türkiye Barolar Birliği temsilcisi ve Ankara Barosu olmak üzere pek çok kurum temsilcisi tarafından dile getirilmiştir. Diğer taraftan, tasarının ilgili maddesine bakıldığında 'Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik posta adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.' ifadesinden anlaşılabilir, bu düzenlemeyle muhatabın öğrenme zamanının değil, posta adresine ulaşma zamanının esas alınmasıdır. Bu durum, Adalet Komisyonunda tartışılmıştır. Hatta Adalet Komisyonu Başkanımız Sayın Ahmet İyimaya, Komisyon tutanaklarına yansıyan konuşmasında -aynen okuyorum bu ifadeyi- 'Elektronik postayı açmadıysa sayılmıyor. Erişim yetmiyor. Ben okudum. Zaten onu da içtihatla hallederiz, tebligat geçersiz olur.' diyor. Yani öğrenme anını esas alan ifadeleri bunlar Adalet Komisyonu Başkanımızın. Dolayısıyla, Profesör Muhammet Özkes'in ifadesine baktığımızda da madde metnini çok daha farklı yorumladığını görüyoruz. Yani, Adalet Komisyonu tutanaklarına bakıldığında, kanun metninin düzenlemesinin tersine, ulaşma anının mı, öğrenme anının mı esas alınacağına Komisyon Başkanımız ve tasarımı hazırlayan Profesör ve Komisyon üyeleri tarafından farklı yorumlandığı gibi bir olgu karşımıza çıkıyor. Yani, bu da tasarının aslında olgunlaşmadan, bir hukuki mantık birlikteliği sağlanmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine getirildiğine çok açık bir kanıt oluşturuyor. Değerli arkadaşlar, bu tartışmalara kısaca değinmemin nedeni, elektronik postada sürenin başlaması için kanunun yazılı metninin aksine, sürenin başlamasında

TBMM Adalet Komisyonunun değişikliği görüştüğü oturumun tutanağında ulaşma tarihi ile öğrenme tarihinin teati edildiği kısımlar ve neden beş gün ile sınırlandırıldığı kısımlar¹¹ incelendiğinde çalışma konusu hususunun

öğrenme anının mı, yoksa ulaşma anının mı esas alınacağı konusunda ciddi bir kafa karışıklığı bulunduğunu ortaya koymak içindir.”. Bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20835&P5=B&PAGE1=60&PAGE2=62 s. 60-62, Erişim Tarihi: 17.5.2020).

- ¹¹ TBMM Adalet Komisyonunda 6099 S. K.’nın görüşüldüğü 20.01.2010 tarihli oturumun tutanağı, s. 5 “**TURGUT DİBEK (Kırklareli) – Bir süre koyuyoruz ister aç ister açma, üç gün sonra yapılmış sayılıyor. BAŞKAN – Sayılmıyor, sayılmıyor. Açmadıysa sayılmıyor, erişim yetmiyor. Ben okudum diyor. Zaten, onu içtihatla da hallederiz, tebligat geçersiz olur. TURGUT DİBEK (Kırklareli) – Öğrenme yok bu maddede Başkanım. Bu maddede ulaşma olayı var, öğrenme yok.**” s. 5 “**MEHMET EMİN EKMEK (Batman) – Başkanım, yapılacak bütün mevzuat çalışmalarının yasaya uyumlu olması şart olacaktır, yasayı aşan bir yorumla yönetmeliği düzenleyemeyeceklerdir. Şimdi, burada yasada açık bir şekilde deniyor ki: “Elektronik yolla tebligat, muhatabin elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılır.” O zaman, bizim bu cümlede “Muhatabın söz konusu e-postayı okuduğu tespit edildikten sonraki üç gün.” dememiz lazım. ... Ama okuduğu tarihten itibaren diye düzeltmemiz lazım Başkanım**” s. 7 “**PROF. MUHAMMET ÖZEKES – Bir başka husus, ulaşıp ulaşmama meselesi. O tarihte, tabii posta teşkilatından gelen başka arkadaşlar da vardı, onlardan da bilgi aldık. Tek tek bu posta kutusuna düştüğü an, açıldığı an, açılıp açılmadığı an, saat ve dakika olarak gösterilebiliyor. ... Ulaşma anını esas aldık. Onun sebebi de şuydu: Şöyle düşünün, size tebligat yapıldı, evde yoksunuz, kapıya ilmühaber yapıştırılıyor ve muhtara bırakılıyor. Şunu diyebilir misiniz: Bana on beş gün sonra bu yapılmış sayılsın. Hayır, kanunun öngördüğü, bir posta kutunuz var ise onu en azından kanun koyucu sizin kontrol edeceğinizi kabul etmiş. ... Üç günlük makul süre öngörölmüş durumda...”** s. 8-9 “**HAKKI KÖYLÜ (Kastamonu) - Değerli arkadaşlarım, benim kafamı karıştıran bir husus var burada. Arkadaşlarımız dediler ki: “Bu muhatabına ulaştığı andan itibaren üç gün geçtikten sonra kendisi tarafından alınmış kabul edilir.” Ama bir taraftan da “Bu elektronik postayı açtığı takdirde, açtığı andan itibaren üç gün içerisinde buna ulaştığı kabul edilsin, doğrusu budur.”** şeklinde bir söylenti oldu. Normal olarak, üç gün içinde herkesin bu elektronik postasını açtığını kabul ediyoruz, **ama istisna olarak da ya üç gün hiç uğramadıysa veya bir işi çıktıysa, bir haftalığına başka bir yere gittiysa, bakamadıysa... Bunlar istisna. Bunu kabul ediyoruz. Ama mademki istisnayı da görüştüğümüze göre, başka türlü de değerlendirebiliriz bunu. Kendisine bir tebligat geleceğini düşünen kimse, bu tebligatı ısrarla, bilerek bir ay, iki ay süreyle açmayabilir. Eğer açtığı tarihi esas alacak olursak, bu takdirde, yerine göre iki ay, bir ay tebligatı kendisine ulaştıramayız. O zaman, bundan beklenen maksat da hasil olmaz. Bunu da hesaba kattığımız takdirde, mutlak surette açtığı tarihte değil de oraya ulaştığı tarihten itibaren bir gün koyalım, gerekirse buna beş gün diyelim, anlarım ama...”** s. 9-10 “**HALİL ÜNLÜTEPE (Devamlı) – Bir üç gün olayında ciddi bir tartışma... Öğrenme mi kayda düşme mi? Önemli olan öğrenmedir. Tebligat nedir? Tebliğ edeceksiniz. Onun bilgisayar ortamına düşmesi yeterli mi? Tebliği gerekir. Öğrenmesi, okuması, ondan bilgi sahibi olması gerekir. Yani bunlarda eksikliklerimiz olduğu kanaatindeyim.”** s. 11 “**MUSTAFA HAMARAT (Ordu) – Sayın Ekmen’in önergesine de katılmıyorum. Eğer açma, postayı okuma şartına bağlıysak, kötü niyetliler hiç açmayabilir, bir ay, iki ay açmaz, süre başlamaz. Bir de biraz önce Cengiz Bey’in bahsettiği gibi, Tebligat Kanunu’nun maksadı ilgiliye ulaştırmak. Ulaştıktan sonra süre koymanın bir anlamı yok. Yani ulaşmışsa, zaten ondan sonra normal süreler başlıyor. Yani ben diyelim ki yurt dışında öğrendim, öğrendikten sonra zaten sürem var,**

tartışıldığı, ancak komisyondaki üyelerin bir fikir birliğine, uzlaşmaya varamadığı görülmüştür. Ancak tasarının hazırlık çalışmalarında yer alan üyenin ve ilgili alt komisyonlarda çalışan üyenin yorumlarından bu düzenleme ile öğrenme tarihine değer atfedilmediği, **ulaşma tarihinin esas alındığı anlaşılmıştır**. Madde gerekçesi¹² incelendiğinde de çalışma konusuna değinilmediği görülmüştür. Öte yandan tasarıdaki ‘üçüncü gün’ ifadesi ‘beşinci gün’ olarak değiştirilse de madde gerekçesi bu yönde güncellenmemiştir. Gerekçeyi buna göre yorumlamak gerekecektir, bu husus üzerinde çalışmanın son başlığında süre tayini kısmında durulacaktır.

*on beş gün, yirmi gün konusuna göre. Burada üç gün süre, Hocamızın da bahsettiği gibi, isteyerek tebligat adresi bildirmiş olan kişinin üç gün içerisinde bunu açacağı veya açması gerektiği, madem bu teknolojiden, hızdın bu kadar yararlanmak istiyor, o zaman açması gerektiği düşünülerek konmuş bir süredir. Bence makuldür. Ben maddenin olduğu gibi kalması taraftarıyım.” s. 12 “NOTERLER BİRLİĞİ TEMSİLCİSİ HAKKI DİNÇ - Değerli Başkanım, bu kanunun hazırlanması sırasında alt komisyonda ben de çalışmıştım. **Bizim bu Tebligat Yasamızın temelinde, muhataba bizzat tebliğ evrakının ulaşması diye bir sistem benimsenmemiştir. Kural, muhatabın kendisine yapılmasıdır, ancak bunun imkânsız olması hâlinde, bu yasanın diğer maddelerinde de değiştirilmesi düşünülmeyen diğer maddelerinde hükümler vardır.** BAŞKAN – Öğrenilmiş sayılma diyor. NOTERLER BİRLİĞİ TEMSİLCİSİ HAKKI DİNÇ – Örneğin 20’nci madde. 13, 14, 15, 18’inci maddede yazılı şahıslar kendilerine yapılacak kimsenin muvakkaten başka yere gittiğini belirtmişse, onun yerini alacak kimselere tebligat yapılabilir. 21’inci madde, adreste bulunmama hâlinde, tebliğ olunacak şahsa, keyfiyete haber verilmesi de mümkün oldukça en yakın komşulardan birine, varsa yönetici ve kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih tebliğ tarihidir, muhatap haberdar olsun, olmasın. 35’inci maddemiz vardır. Orada da diyor ki... BAŞKAN – Biliniyor bunlar yani buna biz “öğrenme karineleri” diyoruz. Hakkı Bey, biliyoruz bunları. NOTERLER BİRLİĞİ TEMSİLCİSİ HAKKI DİNÇ – Başkanım, **daha önce kendisine tebligat yapılmış olan kişi adres değişikliğini bildirmemişse, eski bildirdiği kapıya, iki numaralı örnek yapıştırılır. Yapıştırıldığı tarihte tebliğ yapılmış sayılır. İlanen tebligat, ulaşsın, öğrensin öğrenmesin, tebligat yapılmış sayılır. İşte, bu düşünce altında bu madde düzenlenirken “Kendi bildirdiği adrese, elektronik adrese düştüğü andan itibaren, onu takip eden en geç üç gün içerisinde öğrenmiş kabul edilir ve tebligat yapılmış sayılır.” düşüncesiyle düzenlendi...”***

¹² 7201 S. Teb. K. m. 7/a gerekçesi: “... Maddenin dördüncü fıkrasında, elektronik yolla tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, e-tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihte değil, ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılacaktır. Her ne kadar (sermaye şirketleri dışında) e-tebligatın ihtiyarî olması esasî kabul edilmişse de kişilerin fizikî ortamda bulunmayan elektronik adreslerini her gün kontrol edemeyebilecekleri ve kendileri izin vermedikçe onların yerine bir başkasının da bu adrese ulaşması söz konusu olamayacağından, üç günlük süre öngörülmüştür. Bu şekilde üç gün sonra tebligat yapılmış sayılsa da bu usûl, klasik tebligata göre yine de hızlı olacaktır. Burada hesaplama bakımından, elektronik yolla tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarih dikkate alınmaksızın, bu tarihi takip eden üçüncü günün sonunda tebligat yapılmış sayılacaktır. Örneğin, elektronik posta 1/12/2009 tarihinde elektronik posta kutusuna ulaşmışsa, bugün hesaba katılmayacak, bugünü takip eden üçüncü günün sonunda, 4/12/2009 tarihi bittiğinde tebligat yapılmış sayılacaktır. Dolayısıyla süre 5/12/2009’da işlemeye başlayacaktır...”

6099 S. K. m. 12 ile değiştirilen Tebligat Kanunu'nun 60. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun uygulanmasına dair yönetmeliğin Adalet Bakanlığınca düzenleneceği belirtilmiştir. Bu dayanakla çıkarılan Yönetmeliğin¹³ 12. maddesinde tebligatın elektronik yolla yapılabileceği, e-tebligata ilişkin usul ve esasların buna ilişkin yönetmelikle düzenleneceği düzenlenmiştir. Akabinde Teb. K. m. 7/a uyarınca şu an mülga olan Elektronik Tebligat Yönetmeliği¹⁴ (eETY) çıkarılmıştır.

7101 S. K.'nın¹⁵ 48. maddesi¹⁶ ile e-tebligatı düzenleyen Teb. K. m. 7/a hükmü değiştirilmiştir. Değişiklik ile kendilerine tebligatın e-tebligatla yapılması zorunlu tutulanların kapsamı genişletilmiş ve özellikle baro levhasına yazılı avukatların bu kapsama alınmasıyla 2017 verileri itibarıyla yaklaşık 40 milyon tebligatın 28 milyonunun elektronik ortamda yapılacağı öngörülmüştür¹⁷. Düzenlemenin anılan 48. maddesinin 1 Ocak 2019'da yürürlüğe gireceği belirtilmiştir (7101 S. K. m. 66/1-a). Bu değişikliğe koşut şekilde güncellenen ETY¹⁸ yayımlanarak önceki yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. E-tebligatta tebliğ tarihi hususunda yönetmelikler de kanun hükümlerini tekrarla yetindigiinden (eETY m. 9/3, ETY m. 9/6) çalışma konusu hakkında bu enstrümanlardan yararlanılamamıştır.

¹³ Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, RG. T. 25.1.2012, S. 28184.

¹⁴ Elektronik Tebligat Yönetmeliği, RG. T. 19.1.2013, S. 28533.

¹⁵ RG. T. 15.3.2018, S. 30361.

¹⁶ Bkz. 7101 Sayılı Kanun m. 48: "... 'MADDE 7/a- Aşağıda belirtilen gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur.

1. 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar.

2. 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahallî idareler.

3. Özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları.

4. Kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri.

5. Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar.

6. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları.

7. Kanunla kurulanlar da dahil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri.

8. Noterler.

9. Baro levhasına yazılı avukatlar.

10. Sicile kayıtlı arabolucular ve bilirkişiler.

11. İdareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim. ...".

¹⁷ "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" genel gerekçesi için bkz. (<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0913.pdf> s. 20, Erişim Tarihi: 17.5.2020).

¹⁸ Elektronik Tebligat Yönetmeliği, RG. T. 6.12.2018, S. 30617.

B. Bilgilendirme ve Belgelendirme Unsurlarına Göre E-Tebligatın Yapılmış Sayılması

Muhatabının bilgilendirilmesini ve bu bildirim belgelendirilmesini sağlayan tebligatın iki¹⁹ kurucu fonksiyonundan *bilgilendirme* maddi yönünü, *belgelendirme* şekli yönünü oluşturur²⁰. Her ne yolla olursa olsun tebligat, bu fonksiyonları sağladığı ölçüde başarılıdır ve bu unsurlardan birinin olmayışı tebligatın yokluğunu sonuçlar²¹. Muhatabın bilgilendirildiğinin belgelendirilmesiyle geçerli bir tebligat işleminden bahsedilebilir.

Bilgilendirme unsuru güvenli elektronik imza ile imzalanan evrakın muhataba PTT tarafından elektronik ortamda, zaman damgasıyla ilişkilendirerek güvenli şekilde iletilmesiyle gerçekleşmektedir. Klasik yolla tebligata kıyasla muhatabı daha ayrıntılı bilgilendirme olanağı bulunmaktadır²². E-tebligatın muhatabın adresine her zaman iletilebileceği, iletilen e-tebligat üzerine muhataba (ETY m. 10/1 ve 2 uyarınca telefon numarası ve e-mail adresi bildirmişse) ayrıca bir bildirimde bulunulması da mümkündür. Ne var ki ETY m. 10/3 uyarınca bu bildirimlerin geç yapılmış olması veya yapılamaması tebligatın geçersizliğine yol açmayacaktır.

E-tebligatta tebligatın yapılmış sayılmasıyla ilgili çekinceler ve ortaya çıkabilecek problemler bilgilendirme unsurunun çekinceye yer bırakmayacak şekilde işleyip işlemeyeceğinden kaynaklanmaktadır. Tebligatın üçüncü unsuru olarak 'teslim'in kabul edilmesi durumunda teslimin de gerçekleşmeyeceği durumlar düşünülebilir²³. Muhatabın haklı görülebilecek bir mazereti sebebiyle elektronik adresine (e-adres) erişim olanağı bulamadığı durumlarda, örneğin muhatabın kaza geçirdiği veya bilincini kaybettiği ve haftalar sonra e-adresine eriştiği hallerde, muhatap ancak ilgili muhakeme kanunu (HMK m. 95 vd. veya CMK m. 40 vd.) hükümleriyle eski hale getirme kurumlarını işletebilecektir. Ancak idari yargılama usulünde sürelerin elde olmayan sebeplerle kaçırılması hali için eski hale getirme kurumunun işletilip işletilemeyeceği tartışmalı olduğundan²⁴ hak kaybına uğranabilecektir. Muhatap ETY m. 21/1-c uyarınca

¹⁹ Ayrıca üçüncü fonksiyon olarak teslim fonksiyonunu kabul eden yazarlar için bkz. **Tüzüner**, s. 142; **Varol/Baştürk**, s. 267.

²⁰ **Acar**, s. 160; **Akkan**, s. 34; **Atalı/Ermenek/Üçüncü**, s.78-79; **Kurt-Konca**, s. 240; **Küçük**, s. 306; **Özbay/Yardımcı**, s. 16; Yargıtay HGK, E. 2009/9-52, K. 2009/105, T. 4.3.2009 (Lexpera).

²¹ **Acar**, s. 167; **Özbay/Yardımcı**, s. 16; **Tüzüner**, s. 150.

²² **Tüzüner**, s. 153.

²³ Teslim gerçekleşmediğinde bilgilendirmenin de gerçekleşmeyeceği, bu iki fonksiyonun birbirine sıkı suretle bağlı olduğu hakkında bkz. **Tüzüner**, s. 151.

²⁴ 2577 S. K. (İYUK) m. 31/1'de eski hale getirme kurumu sayılmadığından HMK m. 95-101 hükümlerinin idari yargılama usulünde uygulanamayacağı kabul edilmektedir, bkz. **Usta-Ünlü, Meltem**, Medeni Usul Hukuku'nda Eski Hale Getirme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 80; aynı

elektronik adresine erişim bilgilerini üçüncü kişilerle *paylaşmama* yükümlülüğü karşısında idari yargıda hak kaybıyla karşılaşabilecektir.

Belgelendirme unsuru, e-tebligatın güçlü tarafıdır. Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında dile getirildiği gibi²⁵ e-tebligatın “*UETS tarafından teslim alındığına/muhatabın adresine ulaştığına/okunduğuna/usulen tebliğ edilmiş sayıldığına*” dair *delil kayıtları* üretilmektedir (ETY m. 3/1-b) ve bu kayıtlar otuz yıl süreyle saklanmaktadır (ETY m. 15/1-ç). Delil kayıtları talep halinde yetkili mercilere elektronik ortamda sunulmaktadır (ETY m. 15/3). Ayrıca e-tebligat hizmeti sırasında meydana gelen tüm bilişim sistemi işlemleri de işlem kaydı adı altında tutulmakta (ETY m. 3/1-g), bu işlem kayıtları da on yıl süreyle saklanmaktadır. (ETY m. 15/1-a, b, c). Güvenlik konusunda da çeşitli önlemler alınmış olan sistemde merci e-tebligatı oluşturduğunda o andaki özet bilgisi alınarak bir üst yazı şeklinde e-tebligata işlenmekte, merci tarafından e-tebligat UETS’ye gönderildiğinde UETS’ye ulaşan e-tebligatın özet bilgisi tekrar çıkarılarak mercinin ürettiği özet bilgisiyle karşılaştırılmakta; bu değerlerin birbirini tutmaması veya gönderilen/alınan e-tebligatların boyutlarının farklı olması durumunda UETS tarafından gönderi kabul edilmemekte ve muhataba hiç gönderilmemektedir. Bu durumda son kullanıcı olan muhatabın karşılaşmadığı “Tebliğat kabul edilmedi” delili oluşturulmaktadır.

E-tebligat mesajı zaman damgasıyla ilişkilendirilerek muhatabın e-adresine ulaştırılmaktadır (ETY m. 9/2). Zaman damgası ise verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla elektronik imzayla doğrulanan kaydı ifade eder (ETY m. 3/1-j atfıyla 5070 S. K. m. 3/1-h).

ETY m. 25 uyarınca düzenlenen *Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi ile İlgili Teknik Kriterlere İlişkin Usul ve Esaslar’a* (Bkz. <https://e-tebligat.uyap.gov.tr/#nasil>, Erişim Tarihi 17.5.2020) göre deliller ayrıntılı olarak üretilmektedir²⁶. Bu delillerden bu çalışma açısından önemine binaen “Tebliğat okundu”

doğrultudaki kararlar için bkz. Danıştay 4. Daire, E. 1998/1954, K. 1998/4715, T. 3.12.1998; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2010/3538, K. 2011/1, T. 2.1.2011 (Sinerji). Doktrinde aksi görüşte olan, idari yargılama usulünde elde olmayan sebeplerle kaçırılan süre için eski hale getirme kurumuna başvurulabileceğini, eski hale getirme kurumunun idari yargılamanın uygulama alanına dahil edilmesinde bir sakınca olmadığını savunan görüşler için bkz. **Usta-Ünlü**, s. 81.

²⁵ 6099 S. K.’nın görüşüldüğü TBMM Adalet Komisyonu Tutanağı: “... *Ptt Genel Müdürlüğü Teknik İşler ve Otomasyon Dairesi Başkanı İbrahim Barutçu – Açıp okuduğunu da tespit edeceğiz. Kesin olarak ve zaman damgasıyla, resmî olarak.*”

²⁶ “Tebliğat kabul edildi / Tebligat kabul edilmedi / Tebligat teslim edildi / Tebligat teslim edilmedi / Tebligat okundu / Tebligat okundu kabul edildi / Tebligat hesabı aktif edildi / Tebligat hesabı pasif edildi” şeklinde delil kayıtları oluşturulmaktadır, bkz. “*Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi ile İlgili Teknik Kriterlere İlişkin Usul ve Esaslar*” (<https://e-tebligat.uyap.gov.tr/#nasil> Erişim Tarihi: 17.5.2020).

(Tebliğatın açıldığı) ve “Tebliğat okundu kabul edildi” (Tebliğat belirlenen sürede açılmadığından okunduğunun kabul edildiği) delilleri üzerinde durulacaktır.

E-tebliğat sisteminde teknik anlamda 4 delil tipi, hukuki anlamda 8 delil tipi vardır. “Tebliğat okundu / Tebliğat okundu kabul edildi” delil tipleri *teknik anlamda* aynı delil tipine tekabül etmekte (<TEBEvidenceType>), her ikisi de “TebliğatKabulEdildi” (<RetrievalNonRetrievalByRecipient>) iskeletini kullanmaktadır. Beşinci günden önce e-tebliğat açılırsa “OkunmaZamanı” elemanına günSaat değeri işlenmektedir. Bu “OkunmaZamanı” elemanı boşsa “Tebliğat okundu kabul edildi”; boş değil günSaat değeri varsa “Tebliğat okundu” deliline tekabül etmektedir.

Eleman	Zorunlu	Adet	Alabileceği değerler / açıklamalar
ReadTime	Duruma Göre	1	EventCode değeri RetrievalExpiration ise boş bırakılmalıdır. EventCode değeri Retrieval ise okunma zamanı xs:dateTime tipinde girilmelidir.
İZAH			
Okunma-Zamanı			OlayKodu(OkunmaZamanaşımı) ise boş bırakılmalı. OlayKodu(Okundu) ise okunduğu zaman günSaat girilmelidir.

Tablonun izahı kısaca şu şekildedir. Muhatap, beşinci günden önce tebliğatı açarsa açtığı gün ve saat tebliğata delil olarak işlenmektedir. Ancak beş gün boyunca e-tebliğat açılmamışsa, altıncı günde de açılırsa kırkıncı günde de açılırsa açıldığı gün ve saat delil olarak *işlenmemektedir*.

Çalışmanın sistematığı gereği bu kısımda ele alınan bu delilin üzerinde “Karine – Varsayım” kısmında durulacaktır. “Beşinci günden sonra açılan e-tebliğatın açıldığı tespit edilip edilemediği”, bir vakia olarak II.B kısmında “Bilinen vakia – Bilinmeyen vakia” minvalinde değerlendirilecektir.

Delil kayıtları e-tebliğat iletisi tamamen ulaştığında üretilmektedir (ETY m. 9/4). Muhatapın UETS ekranında üç adet görünen delillerin (ulaşma tarihi/okunma tarihi/tebliğ edilmiş sayılacağı tarih) esasında detaylı bir şekilde kurgulandığı görülmektedir. Öte yandan delil kaydının bir şekilde oluşturulmaması veya mevcut olmaması e-tebliğatın yokluğuna yol açacaktır, zira belgelendirme unsuru gerçekleşmemiş olacaktır²⁷. Bu delil kayıtları

²⁷ Yardımcı, s. 25.

ETY m. 14 uyarınca *kesin delildir*, kesin delil ifadesi HMK m. 204'e göre anlamlandırılmalıdır²⁸.

II. ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILMIŞ SAYILMASINA DAİR HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Karine ve Varsayım Kavramları

Karine belirli bir maddi vakıadan belirli olmayan bir maddi vakıa için çıkarılan sonuçtur²⁹. Karineler, fiili karineler ve kanuni karineler olarak ikiye ayrılırken³⁰ kanuni karineler bir olaydan belli olmayan bir olay için *kanun tarafından* çıkarılan sonucu ifade eder³¹. Kanuni karineler kanunlarımızda genellikle "*farzolunur, sayılır, asıldır, addolunur, cevaz verilir*" şeklinde ifade edilmiştir³². Anılan ifadelerin salt bu şekilde kaleme alınması ifadenin karine olduğu anlamına gelmeyebilir; ilgili normun varsayım (fiksiyon, faraziye gibi terimler de kullanılmaktadır³³), yorum kuralı veya ispat yükü normu olduğuna da işaret edebilir. Örneğin Türk Medeni Kanunu m. 285/1'e göre babalık karinesinin temeli *çocuğun evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesini müteakip üç yüz gün içinde doğmasıdır*, babalık karinesinin sonucu ise *çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasıdır*.

Varsayım ise belirli bir vakıaya bağlanan hukuki sonucu, başkaca belirli bir vakıaya bağlayan ve hukuki sonuç bakımından iki olayı birbirine eş gören hukuk kuralıdır. Örneğin İcra ve İflas Kanunu m. 278'e göre *bağışlamalar tasarrufun iptali davasına konudurlar*; bazı tasarruflar da aslında bağışlama olmamasına rağmen bağışlama gibi kabul edilip iptale tabi tutulmuşlardır³⁴.

Kanuni karinede belirli bir vakıadan belirsiz olan başka bir sonuç çıkarılmakta iken, varsayımda belirli iki ayrı maddi vakıa vardır, birine bağlanan sonuç diğerine de uygulanır. Kanuni karine ispat yükü normudur, varsayım ispat yükü sorunu için düzenlenmemiş olup kanun koyucunun yasa yapım tekniğinin bir şeklidir³⁵. Öğretide yazarların önemli bir kısmı adi kanuni karine

²⁸ Yardımcı, s. 29.

²⁹ **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim**, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019, s. 245; **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**, İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 165; **Çelik, Ferhat**, Boşanma Davalarında İspat ve Deliller, Ankara 2019, s. 69; **Özbay, İbrahim/Çelik, Ferhat**, "*Boşanma Davalarında İspat Yükü ve Karineler*", Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 1, 2018, s. 26.

³⁰ **Topuz, Gökçen**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 55 vd.

³¹ **Atalı/Ermenek**, s. 246; **Umar/Yılmaz**, s. 172.

³² **Karafakih, İsmail Hakkı**, "*Vasitalı Deliller*", Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 178; **Karakaş, Fatma Tülay**, "*Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, s. 734.

³³ **Çelik**, s. 71.

³⁴ **Çelik**, s. 71; **Özbay/Çelik**, s. 28.

³⁵ **Çelik**, s. 71 vd.

ile kesin kanuni karine ayırımı reddetmekte, kanuni karine olarak sadece adi karineleri kabul etmektedirler ve bu görüştekilere göre kesin kanuni karineler ile varsayımlar eşitir³⁶. Varsayım ve kesin karine arasında ispat konusunda uygulama açısından farklılık bulunmamaktadır³⁷, her ikisine karşı da aksini ispat faaliyeti yürütülemeyecektir.

B. E-Tebligatın Yapılmış Sayılması Hükmünün Değerlendirmesi

Tebligat Kanunu'nda ıttıla gerçekleşmese de tebligatın yapılmış sayılacağı hükümler mevcuttur³⁸. Bu hükümler TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmelerde 'öğrenme karineleri' olarak zikredilmiştir³⁹.

Teb. K. m. 7a/4 hükmünde "e-tebligatın muhatabın adresine ulaşması" vakasına "tebligatın yapıldığı" hukuki sonucu bağlanmıştır. Bu noktada muhatabın e-tebligatı *beşinci günden önce ve sonra* açmasına göre bir ayırım yapılabilir. Zira çalışmanın I.B kısmında açıklandığı üzere e-tebligat beşinci günden önce açıldığında 'okunma zamanı' işlenmekte; beşinci günden sonra açıldığında 'okunma zamanı' *işlenmemektedir*.

Beşinci günden önce açılan e-tebligatta tebligatın açıldığı bilinmektedir. Kanuni karinede *belirli bir vakıadan belirsiz olan başka bir sonuç* çıkarıldığından bu durum ancak varsayım kapsamında değerlendirilebilir. Zira varsayım vakıaların ikisi de belirli olduğunda uygulanabilir; *tebligatın ulaştığı vakıası* ile *tebligatın açıldığı vakıası* belirlidir.

Beşinci günden önce açılan e-tebligatta sürelerin tebligatın açıldığı tarihten başlatılması gerektiği yönünde görüşler mevcutsa da⁴⁰ aksi yöndeki görüşe⁴¹ katlıyoruz. E-tebligat anılan beşinci günden önce açılrsa da beşinci günün sonunda süreler başlatılmalıdır. Zira varsayım içeren hukuk kuralında hayatın

³⁶ **Karakaş**, s. 737; Oğuzman ve Barlas da 'fiksiyon' ifadesini kanuni faraziye şeklinde kullanmış, kanuni faraziyenin 'kanuni kesin karine', 'kesin yasal karine' ve 'kesin karine' şeklinde de kullanıldığına değinmiştir, bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s. 342.

³⁷ **Umar/Yılmaz**, s. 169.

³⁸ Teb. K. m. 7/a, 20, 21/1, 21/2, 25a/4, 31, 35/2 ve 3, Ek Madde 1.

³⁹ TBMM Adalet Komisyonunun 20.01.2010 tarihli tutanağı, s. 1 "NOTERLER BİRLİĞİ TEMSİLCİSİ HAKKI DİNÇ – 21'inci madde, adreste bulunmama hâlinde, tebliğ olunacak şahsa, keyfiyete haber verilmesi de mümkün oldukça en yakın komşulardan birine, varsa yönetici ve kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştirıldığı tarih tebliğ tarihidir, muhatap haberdar olsun, olmasın. 35'inci maddemiz vardır. Orada da diyor ki... BAŞKAN – Biliniyor bunlar yani buna biz 'öğrenme karineleri' diyoruz."

⁴⁰ **Özbay/Yardımcı**, s. 34; **Yardımcı**, s. 27.

⁴¹ E-tebligat açılrsa da açılmasa da belirlenen süre sonunda sürelerin başlaması gerektiği ile ilgili görüş için bkz. **Akkan**, s. 81, Akkan tarafından bu görüş şu çekinceyle ileri sürülmüştür: "Ancak elbette muhatabın, tebligatı öğrenme tarihi ile tebligatın yapılmış sayıldığı tarih arasında geçen sürede, karşı tarafın haklarını zarara uğratan işlemler yapması durumunda, muhatabın kötünüyeti ispat edilerek bu yapılan işlemlere, ilgili diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde karşı konulması mümkün olmalıdır."

olağan akışına uygunluk her zaman söz konusu olmasa da kanun koyucu istediği sonucun⁴² uygulanmasını istemektedir⁴³. Varsayıma karşı aksini ispat faaliyeti de yürütülemeyeceğinden⁴⁴ bu hüküm kanun koyucunun bir kanun yapma tekniği olarak kabul edilmelidir.

Beşinci günden sonra açılan e-tebligatta ise tebligatın açıldığı *bilinmemektedir*. *Tebligatın açıldığı vakiasının* belirsiz olması sebebiyle varsayım kapsamında değerlendirilemeyecek, kanuni karine kapsamında düşünülmesi gerekecektir. Zira kanuni karine vakıaların biri belirli diğeri belirsiz olduğunda uygulanabilir; *tebligatın ulaştığı vakiası* belirli iken *tebligatın açıldığı vakiası* belirsizdir. Bu noktada karinenin adi karine mi kesin karine mi olduğu (aksinin ispatlanıp ispatlanamayacağı) tartışma konusu olabilir. Ancak kanun koyucunun iradesinin bu ifadeyi kesin karine olarak kurguladığı düşünülecektir. Zira düzenleme, Tebligat Kanunu'ndaki *ittıla olmasa da muhatabın muttali sayıldığı* hükümlerde kullanılan ifade kullanılarak kaleme alınmıştır.

Doktrinde e-tebligatı açan muhatabın bir tebellüğ belgesi⁴⁵ düzenleyebileceği önerilmiştir⁴⁶. Aksi yöndeki⁴⁷ görüşe göre bu çözüm kötü niyetli muhatabın tebliğden kaçınmasına imkan verebilecek, tebligat yapılamayabilecek, elektronik ortamda tebliğden imtina belgelendirilemeyecektir. Aksi yöndeki bu görüşe katılmıyoruz. Zira muhatap e-tebligatı açtıktan sonra belirli bir süre içinde (örneğin 24 saat) tebellüğ belgesi düzenleme ise bu imtina olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla teknik açıdan tebliğden imtina belgelenebilir. Tebliğden imtina durumunda ise şu yol değerlendirilebilir: Muhatap e-adres açılışında Teb. K. m. 35'e uygun olacak şekilde bir adres gösterir, bu adrese PTT tarafından doğrulama tebligatı yapılır, bu tebligatın yapılmasıyla e-adres aktivasyonu gerçekleşir, tebliğden imtina ettiği tebligat ve hatta beşinci güne kadar açmadığı tebligat bu adrese *hızlı tebligat*⁴⁸ ile yapılır; böylece bu yöntem

⁴² TBMM Adalet Komisyonunun 20.01.2010 tarihli tutanağı s. 12 “*NOTERLER BİRLİĞİ TEMSİLCİSİ HAKKI DİNÇ - Değerli Başkanım, bu kanunun hazırlanması sırasında alt komisyonda ben de çalışmıştım. Bizim bu Tebligat Yasamızın temelinde, muhataba bizzat tebliğ evrakının ulaşması diye bir sistem benimsenmemiştir. Kural, muhatabın kendisine yapılmasıdır, ancak bunun imkânsız olması hâlinde, bu yasanın diğer maddelerinde de değiştirilmesi düşünülmemeyen diğer maddelerinde hükümler vardır. ... (Devamla) İşte, bu düşünce altında bu madde düzenlenirken ‘Kendi bildirdiği adrese, elektronik adrese düştüğü andan itibaren, onu takip eden en geç üç gün içerisinde öğrenmiş kabul edilir ve tebligat yapılmış sayılır.’ düşüncesiyle düzenlendi...*”

⁴³ Çelik, s. 72.

⁴⁴ Özbay/Çelik, s. 29; Topuz, s. 64.

⁴⁵ “*Alman Usûl Kanunu’nda tebligat, alıcının, kendisine gönderilen belgeyi aldığına dair onayı (teslim alındı kaydı) elektronik yolla geri gönderdiğinde hukuken etki doğurmaktadır.*”, bkz. Akkan, s. 46.

⁴⁶ Akil, s. 254; Özbay, s. 129.

⁴⁷ Konca-Kurt, s. 263.

⁴⁸ “*Hızlı tebligatın postaya verildiği şehir dağıtım alanı içerisinde 1 gün (24 saatte), il sınırları*

e-tebligatın bilgilendirme unsurunun gerçekleşmesi için bir emniyet adımı olarak düşünülebilir. Bu noktada kötü niyetli muhatabın e-tebligatları açmayabileceği ve e-adresi olmasına rağmen kendisine sürekli klasik yolla tebligat yapılacağı ihtimali düşünülse de; kötü niyetli muhatap, bu ihtimalde süreyi en fazla 2 gün uzatabilecektir. Ayrıca kötü niyetli muhatap e-tebligatın görece cüzi masrafı karşısında hızlı tebligatın görece fazla masrafı sorunuyla karşılaşacaktır.

III. MADDE HÜKMÜNE DAİR VERİLEN KARARLAR

Yüksek mahkemelerce verilen kararlardan⁴⁹ özellikle tarafın e-tebligatı açması/okuması üzerine tebliğ tarihinin tartışıldığı kararlar incelenmiştir. Yüksek mahkemelerin yeknesak uygulaması, beşinci günden önce açılmaya/okunmaya önem vermemekte, ulaşma tarihine itibar etmektedir.

Ancak bu noktada Anayasa Mahkemesi (AYM) bir ayırım yapmıştır. Sürelerin tebligata izafe edildiği durumlarda ulaşma tarihine itibar eden mahkeme, sürelerin öğrenmeye izafe edildiği durumda öğrenme tarihine itibar etmiştir. Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuru, ihlale karşı tüketilecek başvuru yolu öngörülmemişse *ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmalıdır* (6216 S. K. m. 47/5). AYM kararında⁵⁰ başvuru bu gerekçeyle süre aşımı yönünden kabul edilemez bulunmuştur. Mahkeme, söz konusu kararda Yargıtay onama ilamının tarafa e-tebligatla 15.1.2019'da ulaştığını, aynı tarihte muhatap tarafından açıldığını, başvurusunun 15.2.2019'da başvurduğunu, başvurusunun otuz günlük süreyi geçirdiğini belirterek başvuruyu süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Her ne kadar başvuru, tebligatı 20.1.2019'da aldığını beyan etse ve tebligatın yapılmış sayılacağı tarih 21.1.2019 olsa da AYM, bu hususta özel olarak öğrenme tarihine itibar etmiştir.

IV. SÜRELERİN TAYİNİ

Teb. K. m. 7a/4'ün gerekçesinde sürelerin ne zaman başlayacağı örneklenmiştir⁵¹. Gerekçe hükümet tasarısına göre kaleme alındığından

içinde kabulden itibaren en geç ertesi gün, iller arasında ise kabulden itibaren en geç 2 gün sonra teslimi esastır.", bkz. (<https://www.ptt.gov.tr/Sayfalar/Posta/Tebligat.aspx> Erişim Tarihi: 17.5.2020).

⁴⁹ Yargıtay, 13. HD, E. 2017/3796, K. 2019/12345, T. 10.12.2019; Danıştay 7. Dairesi, E. 2017/2383, K. 2018/78, T. 11.1.2018; Yargıtay 9. HD, E. 2019/3962, K. 2019/16152, T. 18.9.2019; Yargıtay 9. HD, E. 2019/7836, K. 2019/21446, T. 3.12.2019; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/144, K. 2019/72, T. 19.9.2019, RG. T. 26.11.2019, S. 30960 (Sinerji).

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2019/6266, T. 15.1.2020, RG. T. 4.3.2020, S. 31058.

⁵¹ Teb. K. m. 7a/4'ün gerekçesi: "... Örneğin, elektronik posta 1/12/2009 tarihinde elektronik posta kutusuna ulaşmışsa, bugün hesaba katılmayacak, bugünü takip eden üçüncü günün sonunda, 4/12/2009 tarihi bittiğinde tebligat yapılmış sayılacaktır. Dolayısıyla süre 5/12/2009'da işlemeye başlayacaktır..."

TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sonrasında ‘üçüncü günün’ ifadesi ‘beşinci günün’ olarak değiştirildiği için gerekçe buna göre yorumlanmalıdır.

İfadenin uyarlanmasıyla 1.1.2020’de ulaşan e-tebligat 6.1.2020 bittiğinde yapılmış sayılacak ve süreler 7.1.2020’den başlayacaktır. Sürelerin başlayacağı tarih 5 gün eklenerek değil, 6 gün eklenerek hesaplanacaktır⁵² zira madde gerekçesinde direkt olarak sürenin başlayacağı tarih örneklenmiştir.

Sürelerin *madde gerekçesine göre* hatalı tayin edildiği kararlar tetkik edilmiştir⁵³. Bu kararlarda ulaşma tarihine beş gün eklenerek süre başlatılmaktadır; ancak altı gün eklenerek başlatılmalıdır. İncelenen kararlarda sürenin bir gün eksik tayin edilmesi sonuca etkili olmadığından hak kaybı yaşanmasa da aksi yönde örnek de mevcuttur⁵⁴.

SONUÇ

Teb. K. m. 7a/4’te yer alan e-tebligatın muhatabın adresine ulaşmasını izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı ifadesi, tebligatın daha önce açılması durumunda itibar edilecek tebliğ tarihiyle ilgili bir açıklama içermemektedir. Düzenlemenin hazırlık çalışmalarında yer alan ve alt komisyonlarda inceleyen üyelerin ifadelerinden e-tebligatın açılmasının önemli olmadığı, *ulaşma tarihine itibar edilen bir düzenleme amaçlandığı anlaşılmaktadır*.

Yüksek mahkeme kararlarının yeknesak uygulamasında öğrenme tarihine değil, ulaşma tarihine itibar edildiği görülmüştür. Ancak süre tebligata değil de öğrenme mefhumuna izafe edilmişse süre öğrenme tarihinden başlayacaktır.

İncelenen yüksek mahkeme kararlarında süreler *madde gerekçesine göre* 1 gün eksik tayin edilmiştir. E-tebligatın ulaştığı tarihe 5 gün ekleyerek değil, 6 gün ekleyerek sürenin başlayacağı tarih tayin edilmelidir.

“Tebliğat yapılmış sayılır” ifadesi karine ve varsayım bağlamında ele alınmıştır. Deliller kısmında açıklandığı üzere *beşinci günden önce* açılan e-tebligatın açıldığı tarih tespit edilmekte ise de *beşinci günden sonra* açılan e-tebligatın açıldığı tarih tespit edilmemektedir.

Beşinci günden önce açılan e-tebligat açısından bu ifade varsayım olarak değerlendirilmiştir. Zira iki vakıa da belirlidir. Varsayıma karşı aksini ispat faaliyeti yürütülemeyeceğinden ulaşma tarihine itibar edilmelidir. Yüksek mahkeme kararları da bu cihettedir.

⁵² Aynı görüşteki yazarlar için bkz. **Acar**, s. 163; **Akkan**, s. 80; **Atalı/Ermenek/Üçüncü**, s. 78-79; **Ruhi/Ruhi**, s. 54; **Özbay/Yardımcı**, s. 34; **Tüzüner**, s. 145 vd ve 152.

⁵³ İstanbul BAM 2. HD, E. 2017/897, K. 2017/1129, T. 24.10.2017; Yargıtay 9. HD, E. 2019/3962, K. 2019/16152, T. 18.9.2019; Danıştay 4. Dairesi, E. 2018/3416, K. 2018/5405, T. 31.5.2018; Danıştay 7. Dairesi, E. 2017/2383, K. 2018/78, T. 11.1.2018.

⁵⁴ Yargıtay 10. HD., E. 2019/91, K. 2019/825, T. 6.2.2019.

Beşinci günden sonra açılan e-tebligat açısından bu ifade kanuni karine olarak değerlendirilmiştir. Zira iki vakıadan biri, tebligatın yapıldığı vakıası belirsizdir. Bu noktada karinenin adi karine mi kesin karine mi olduğu tartışma konusu olabilir. Ancak kanun koyucunun bu ifadeyi kesin karine olarak kurguladığı değerlendirilmiştir. Zira kanun koyucu, Tebligat Kanunu'ndaki *ittıla olmasa da muhatabın muttali sayılacağı* hükümlerde kullandığı ifadeyi aynen kullanmıştır.

Muhatabın haklı mazereti sebebiyle e-tebligatı süresinde tebliğ alamadığı, ancak tebliğin yapılmış sayıldığı durumlarda geçirilen süreler eski hale getirme kurumuyla canlandırabilecektir. CMK ve HMK'da düzenlenen bu kurumun İYUK'ta uygulanabilirliği tartışmalıdır⁵⁵.

E-tebligat ilkin ihtiyari bir uygulama olarak düzenlendiği için (sermaye şirketleri hariç), bu ihtiyari hali itibarıyla 'bu hızdan, bu kolaylıktan yararlanmak isteyen kişilere belirli periyotlarla elektronik adresini kontrol etme yükümlülüğü' getirilmesi makul görülebilir. Ancak 7101 S. K. ile ülkemizdeki tebligat trafiğinin büyük bir kısmının muhatabı olan kişilere zorunlu tutulması muhtelif sorunları da beraberinde getirebilecektir. Her ne kadar ETY m. 10/1 ve 2'de muhatabın kısa mesaj veya kişisel elektronik posta adresi (e-mail) yoluyla da kendisine e-tebligat ulaştığının bildirimini yapılabileceği düzenlense de bu bildirim yapılamayabileceği ve yapılamamasından ötürü tebligatın geçersiz sayılmayacağı da ETY m. 10/3'te düzenlenmiştir. Öte yandan ETY m. 21/1-c uyarınca e-tebligat adresinin sahibi, kimlik doğrulaması için kullandığı bilgilerini üçüncü kişilerle *paylaşmama* yükümlülüğü altındadır.

Öğretide de önerilen, e-tebligatı alan muhatabın bir tebellüğ belgesi düzenleyebileceği yöntem değerlendirilmiştir. Bu yöntem e-tebligatta bilgilendirme unsuruna hizmet edecek bir emniyet adımı olarak düşünülebilir. Çalışmada bu yöntemin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlar ve olası çözümleri ele alınmıştır.

KAYNAKÇA

- **Acar, Ayşe Ece**, "*Elektronik Tebligat*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 159-174.
- **Akil, Cenk**, "*11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 247-266.
- **Akkan, Mine**, "*Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*", Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 14, S. 39, 2018, s. 23-89.

⁵⁵ İYUK m. 31/1'de eski hale getirme kurumu sayılmadığından HMK'daki eski hale getirme hükümlerinin idari yargılama usulünde uygulanamayacağı kabul edilse de doktrinde aksi görüşte olan yazarlar da vardır, bkz. Dipnot 24.

- **Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat**, Medeni Hukuk (Giriş – Kavramlar – Başlangıç Hükümleri), C. 1, 3. Bası, Ankara 2019.
- **Arslan, Mehmet/Biniş, Mine**, “*Türk Vergi Sisteminde Tebligat ve Elektronik Tebligat*”, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 1, 2016, s. 300-317.
- **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim**, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019.
- **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Üçüncü, Hilal S.**, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.
- **Karafakih, İsmail Hakkı**, “*Vasıtalı Deliller*”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatrasına Armağan, Ankara 1964, s. 178.
- **Karakaş, Fatma Tülay**, “*Karın Kavramı, Kanuni Karıneler ve Varsayımlar*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, s. 729-759.
- **Kurt-Konca, Nesibe**, “*Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 239-274.
- **Küçük, Alper Tunga**, “*İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 305-329.
- **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami**, Medenî Hukuk, İstanbul 2016.
- **Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal**, Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. Bası, Ankara 2019.
- **Topuz, Gökçen**, Medeni Usul Hukukunda Karınelerle İspat, Ankara 2012.
- **Tüzüner, Özlem**, “*Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2011, s. 139-159.
- **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**, İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980.
- **Usta-Ünlü, Meltem**, Medeni Usul Hukuku’nda Eski Hale Getirme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- **Varol, Asaf/Baştürk, İhsan**, “*Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2015, s. 263-278.
- **Yardımcı, Taner Emre**, “*Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2019, s. 3-38.
- **Çelik, Ferhat**, Boşanma Davalarında İspat ve Deliller, Ankara 2019.
- **Özbay, İbrahim**, “*6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 115-157.

- **Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre**, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Ankara 2020.
- **Özbay, İbrahim/Çelik, Ferhat**, “*Boşanma Davalarında İspat Yükü ve Karineleler*”, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 1, 2018, s. 15-60.

AKARYAKIT KAÇAKÇILIĞIYLA MÜCADELEDE TEKNİK VE İDARİ YÖNTEM OLARAK ULUSAL MARKER

National Marker as a Technical and Administrative Tool in Fighting Oil Smuggling

Dr. Doğan GEDİK*

Geliş Tarihi: 10.02.2020 Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Ülkemizde akaryakıt kaçakçılığı mücadele edilmesi gereken önemli bir sorun olduğundan, dolaşımda olan akaryakıtın, petrol piyasasına yasal yollardan girip girmediğinin tespit edilerek, kaçak ve standart dışı ürün satışının önlenmesi amacıyla 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 18 inci maddesi ile Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelik uyarınca ulusal marker uygulaması 01/01/2007 tarihinde başlamıştır. Ulusal marker uygulamasının ilk zamanlarında yaşanan bazı teknik zorluklara rağmen, sonraki süreçte yapılan iyileştirmeler ve ilgili kurumlar ile sektörün çabaları sonucunda uygulamadaki sorunlar büyük ölçüde aşılarak olumlu bir noktaya gelinmiş ve petrol piyasasında en önemli denetim araçlarından biri olmuştur

Anahtar Kelimeler: Ulusal marker, denetim, suç, kabahat.

ABSTRACT

In Turkey, oil smuggling is an important problem that needs to be tackled. To ascertain whether the oil in circulation entered the country by lawful means and to prevent smuggled and non-standard oil from being sold, a national marker was adopted on 1 January 2007. This was done pursuant to art. 18 of the 5015 numbered Act on the Oil Market and the Regulation on the Application of the National Marker in the Oil Market. While there have been technical difficulties in the beginning, over time improvements were made and thanks to the efforts of the relevant authorities and the sector, they have been to a large extent overcome. It has now become one of the most important tools of control in the oil market.

Key words: National marker, control, crime, misdemeanor.

* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hakimi, e-posta: dogangedik@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6131-9726.

GİRİŞ

Ülkemizde 1990'lı yılların başından itibaren akaryakıt kaçakçılığı; diğer kaçakçılık türleri arasında giderek önemli bir yer tutmaya ve ülke ekonomisini tehdit etmeye başlamış; 2000'li yıllarda yıllık 2 ila 5 milyar ABD Doları arasında bir vergi geliri kaybına yol açacak boyutlara ulaşmıştır¹. Bu kaçakçılık türü aynı zamanda haksız rekabet ve haksız kazanca neden olmuş, kara paranın aklanmasında kullanılmış, sınır ticaretinin ülke aleyhine gelişmesine yol açmıştır. Yine bölgesel ve sektörel muafiyetlerin amacına ulaşmasını engellemiş ve yasa dışı örgütlere sermaye sağlamıştır. Öte yandan kaçakçılık nedeniyle piyasadaki akaryakıt kalitesi önemli ölçüde bozulmuş, kalitesiz akaryakıtı kullanan tüketiciler hem ekonomik hem de sağlık açısından ciddi zararlara uğramış, çevre kirliliği artmış, kamu düzeni bozulmuştur².

Akaryakıt kaçakçılığı sonucu ortaya çıkan bu olumsuz sonuçları önleme isteği, bu faaliyetlerin önüne geçmek için yeni, pratik ve ucuz denetim yöntemleri geliştirmek adına yapılan çalışmaların itici gücünü oluşturmuştur. Bu çalışmalar neticesinde, özellikle akaryakıt kaçakçılığı ile belli amaçlar için tahsis edilen akaryakıtın amaç dışı kullanımını önlemek, keza akaryakıtın menşeiini tespit etmek açısından laboratuvar analizlerine oranla daha ucuz ve pratik bir piyasa denetim enstrümanı olarak *marker* uygulaması ortaya çıkmıştır³.

Akaryakıt kaçakçılığının ekonomiye, araçlara, insan sağlığına ve çevreye verdiği bu büyük zararların araştırılması ve alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla *Türkiye Büyük Meclisi'nde Araştırma Komisyonu* kurulmuş ve Komisyon yaptığı çalışmalar sonucunda 16.06.2005 tarih ve 10/238 esas nolu raporu hazırlamıştır⁴. Söz konusu raporda akaryakıt kaçakçılığının önlenmesine yönelik çözüm önerilerine de yer verilmiş ve kaçak petrolü

¹ Akaryakıt kaçakçılığının nedenleri, yöntemleri ve sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gedik, Doğan**, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na Göre Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2018, s. 41 vd.

² **Kayıkçı, Mehmet Suat**, Petrol Piyasası Hukuku, İstanbul 2015, s.167-168.

³ **Kayıkçı**, s.166.

⁴ "2004 yılının son günlerinde elime geçen bir araştırma sonucu, 1996-2003 yılları arasında, araç sayısı ile akaryakıt tüketiminin birbirine orantılı olmadığını gösteriyordu. Araştırma, araç sayısı artarken, akaryakıt tüketimi artış oranının çok data alt düzeyde kaldığını iddia ediyordu. Oysa ki, en küçük bir matematik hesabı bile, bu tip artışların oransal değerinde uyum sağlayacağı sonucunu sunar bize. Araştırma iddialarının kayda değer olduğunu düşünerek, kendimiz de bir araştırma içine girdik. Gördük ki, kişisel araştırmamız, hukuki bir zemine oturmadan ve Meclis desteği olmadan, işlevsel bir anlam taşımayacak. Bu amaçla 2005 yılı Şubat'ın da, akaryakıt kaçakçılığının başta ekonomi olmak üzere, çevre ve insan sağlığına verdiği zararların araştırılmasına yönelik bir komisyonun kurulması için çalışma başlattık" (TBMM Akaryakıt Kaçakçılığını Araştırma Komisyonu Başkanı **Vahit Kiler**, Akaryakıt Koker Yakıt Olmasın, s. 19 vd. www.eleletemizturkiye.com/2/files/assets/basic-html/page2.html, son erişim tarihi:03/03/2020).

yasal petrolden ayıran “ulusal marker” uygulamasının başlatılması çözüm önerileri arasında gösterilmiştir⁵.

Nitekim yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin düzenlenmesini sağlamak üzere hazırlanan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu (PPK), 20/12/2003 tarihli ve 25322 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve 18. maddesinde ulusal düzeyde bir marker uygulaması başlatılması yönünde bir hükme yer verilmiştir. Anılan 5015 sayılı Kanunun 18. maddesinde petrol piyasasında serbest dolaşımda olan akaryakıtın, piyasaya yasal yollardan girip girmediğinin tespit edilebilmesi, kaçak ve standart dışı ürün satışının önlenmesi amacıyla, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan (EPDK) lisans alarak piyasada faaliyet gösteren rafinerici ve dağıtıcı şirketlerin yurt içinde pazarlayacakları akaryakıtta, EPDK'nın belirleyeceği şart ve özellikte marker eklemesi ve EPDK'nın ulusal marker kontrolünü de içeren idari ve teknolojik yöntemler ile bir denetim sistemi kurması gerektiği hükme bağlanmıştır⁶.

Bu çalışmada, akaryakıt kaçakçılığı ile mücadelede teknik ve idari bir yöntem olarak ulusal marker uygulamasına dair usul ve esaslar üzerinde durulacak ve uygulamaya başladığı tarihten bu yana, konuluş amacını gerçekleştirme konusunda aldığı yol değerlendirilmeye çalışılacaktır.

⁵ TBMM, Akaryakıt Kaçakçılığının Ekonomiye, İnsan ve Çevre Sağlığına Verdiği Zararın Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu (10/238), 2005 (TBMM Araştırma Raporu 2005 olarak anılacaktır).

⁶ “Uluslararası marker” Madde 18- (Değişik birinci fıkra: 28/3/2013-6455/43 md.) “Yurt içinde pazarlanacak akaryakıtta veya akaryakıtla harmanlanan ürünlere rafineri çıkışında veya serbest dolaşıma girişinde rafinericilerce ve dağıtıcılarca Kurumun belirleyeceği şart ve özellikte ulusal marker eklenir. Biyoyakıt ilk üretim merkezleri ile tasfiye edilecek akaryakıt için ulusal marker ekleme noktaları Kurum tarafından belirlenir. Ulusal marker ekleme işlemleri Kurumca yetki verilen bağımsız gözetim firmalarının nezaretinde Kurumun belirleyeceği usul ve esaslara göre yapılır. Ulusal marker ekleme işlemlerinde meydana gelecek usulsüzlüklerden lisans sahibi ile bağımsız gözetim firmaları müştereken sorumludur. (Değişik ikinci fıkra: 28/3/2013-6455/43 md.) Ulusal marker eklemekle yükümlü lisans sahipleri, her yıl kasım ayı içinde takip eden yıla ait pazarlama projeksiyonlarını Kuruma bildirir ve bu projeksiyona göre Kurumca temin edilecek ulusal marker, Kurumca belirlenecek usul ve esaslara göre akaryakıtta eklenmek üzere ilgili lisans sahiplerine teslim edilir. Kurum, ulusal marker ve idarî ve teknolojik yöntemler ile bir denetim sistemini kurar. Valilikler, görevli elemanların başvurusu halinde denetim amaçlı alınacak numunelerin kullanıcı ve bayilerden alınmasını ve emniyetini sağlamakla yükümlüdür. (Değişik dördüncü fıkra: 28/3/2013-6455/43 md.) Numunelerde yapılacak testlerde ulusal markerin gerektiği şart ve seviyede bulunmadığı laboratuvar analizi ile tespit edildiğinde, 19 uncu madde hükümleri uygulanır.”

I. ULUSAL MARKER KAVRAMI

Marker kelime olarak belirleyici, işaretleyici anlamına gelmektedir. Ulusal marker ise, yurt içinde piyasaya yasal olarak sokulan ürünleri belirlemek amacıyla kullanılan bir işarettir⁷. Nitekim 5015 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin 44'üncü bendinde, "*Ulusal marker; akaryakıt rafineri çıkışında veya gümrük girişinde eklenecek katkı*" olarak tanımlanmıştır. 12.04.2006 tarihli ve 26137 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmeliğin" 3/1-g maddesinde ise; "*Ulusal marker: Akaryakıt; rafineri çıkışında, gümrük girişinde, sanayide yan ürün olarak veya diğer şekillerde üretilen veya tasfiye edilmiş kaçak akaryakıttan teknik düzenlemelere uygun olan akaryakıt veya benzin türlerine harmanlanacak etanole ticari faaliyete konu edilmeden önce eklenecek ve akaryakıtın özelliklerini bozmayacak niteliği haiz kimyasal ürünü, ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır.

Adı geçen Yönetmeliğin (Ulusal Marker Yönetmeliği olarak anılacaktır) 5.maddesinde ulusal markerin ekleneceği akaryakıt türleri düzenlenmiştir. Maddeye göre, "*ulusal markerin ekleneceği akaryakıt türleri; benzin türleri, nafta (hammadde, solvent nafta hariç), gazyağı, motorin türleri ve biodizeldir. Kurumdan izin alınması ve sonrasında belgelendirilmesi kaydıyla Ar-Ge ve test amaçlı olarak yurt dışından temin edilen ve ulusal marker uygulaması kapsamında bulunan referans test yakıtlarına ulusal marker eklenmez*".

5015 sayılı Kanun ve Ulusal Marker Yönetmeliği uyarınca, 01.01.2007 tarihi itibarıyla, rafineri çıkışı, gümrük girişi ve biyodizel üretim tesislerinde benzin, motorin ve biyodizel türlerinin işaretlenmesi ile ulusal marker uygulaması başlamıştır. Bugün için ulusal marker, benzin, motorin, biyodizel, yakıt nafta ve gazyağı ürünlerine eklenmektedir.

Ulusal markerin **üretimi, teslimi ve iade alınması işlemleri** yetkili kuruluş olarak sadece TÜBİTAK tarafından yapılabilmektedir⁸. Gerçekten de ulusal marker uygulaması, EPDK ile TÜBİTAK arasında 17.03.2006 tarihinde yapılan iş birliği protokolü ile TÜBİTAK Enstitülerinin tasarım, üretim ve yönetimini üstlendiği bu proje kendi imkân ve kabiliyetlerimizin kullanıldığı milli bir projedir. TÜBİTAK Ulusal Metroloji Enstitüsü (UME) tarafından tasarlanan,

⁷ **Aslan, İ.Yılmaz**, Enerji Hukuku Cilt 2: Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ankara 2008, s. 89. Ulusal markerle ilgili tanımları, genel emniyet tedbirlerini, ulusal markerin; talep, temin, teslim, taşınma ve muhafazasını, ulusal markerle işaretleme işlemlerini, ölçümleme, raporlama ve müdahale gereklerine ilişkin açıklamaları kapsayan kılavuz için bkz. **Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ulusal Marker İle İşaretleme Kılavuzu**, (<http://www.epdk.org.tr/TR/Dokuman/8008>, son erişim:03/03/2020).

⁸ **Yaşar, Rauf Fırat**, Akaryakıt Kaçakçılığına Karşı Mücadelede Ulusal Markerin Yeri, Uzman Gözüyle Enerji Dergisi, Mayıs - Haziran 2018, s. 34.

geliştirilen ve üretilen Ulusal Marker, kimyasal ve DNA tabanlı bir akaryakıt işaretleme⁹ aracıdır¹⁰.

TÜBİTAK BİLGEM (Bilişim ve Bilgi Güvenliği İleri Teknolojiler Araştırma Merkezi) tarafından geliştirilen saha kontrol cihazları, 2012 yılında faaliyet göstermeye başlayan Gezici Ulusal Marker Referans Cihazı ve ulusal marker etken maddeleri sertifikalı referans malzemelerinin sisteme dahil edilmesi ile ulusal marker denetim altyapısı daha da geliştirilmiştir. TÜBİTAK BİLGEM tarafından geliştirilen saha kontrol cihazları¹¹ ile sahada ölçümü yapılan numuneler TÜBİTAK UME'nin geliştirdiği ölçüm sistemi ile Bölge Referans Laboratuvarları'nda nihai olarak ölçülmektedir¹².

II. DİĞER ÜLKELERDE MARKER UYGULAMASI

Yurt dışı uygulamaları ele alındığında, gelişmiş ülkelerin çoğunda marker uygulaması yapıldığı görülmektedir. Dünyada marker uygulamaları farklı amaçlarla belli ürünler düzeyinde uygulanmaktadır¹³.

Avrupa'da hem vergisel farklılıklar hem de kalite konuları sebebiyle farklı marker uygulamaları bulunmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerinde zorunlu olarak uygulanan mali marker (Euromarker) mücadelede yeterli olmadığından farklı boya ve markerler de kullanılmaktadır. Uygulamalar arasındaki temel ayırım, aktif marker – pasif marker farklılığıdır. Pasif marker uygulamasında, kullanım amacına göre diğer akaryakıt türlerine oranla daha az vergi içeren

⁹ “TUBİTAK tarafından hali hazırda üç çeşit UM üretilmektedir: Benzin ve motorin türleri ile biodizelin işaretlenmesinde kullanılan İŞARETR, gazyağı ve yakıt naftanın işaretlenmesinde kullanılan İŞARETR-GN ve benzine harmanlanan etanolün işaretlenmesinde kullanılan İŞARETR-BE” (Yaşar,s.34).

¹⁰ **Gören, Ahmet Ceyhan**, Türkiye'de Ulusal Marker Uygulaması: 10. Yıl, Kalkınmada Anahtar Verimlilik Dergisi, Ocak 2016, Yıl 28, Sayı 325, s.17. Ulusal Marker bir bileşenler bütünüdür. Bu bileşenler bütünü Ulusal Marker ölçüm cihazları ile entegre şekilde çalışır. Ulusal Marker TÜBİTAK UME Kimya Grubu, Organik Kimya ve Biyoanaliz (DNA) laboratuvarlarında öncelikle laboratuvar ölçeğinde pilot olarak üretilir, daha sonra yine TÜBİTAK UME'de kurulu bulunan Ulusal Marker üretim tesisinde büyük ölçekte üretilir ve gerekli sertifikasyon aşamalarından sonra rafineri ve dağıtıcı lisansı sahibi firmalara EPDK'nın onayıyla TÜBİTAK UME'de teslim edilir (**Gören**, s. 17).

¹¹ Ulusal marker kontrolleri için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile İçişleri Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı arasında imzalanan işbirliği protokolleri kapsamında petrol piyasası denetimlerinde kullanılmak üzere Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığına teslim edilen Ulusal Marker Kontrol Cihazları (Marker XP) kullanılacaktır (Ulusal Marker Uygulaması konulu 2007/25 nolu Başbakanlık Genelgesi, 15 Ekim 2007, Resmî Gazete Sayı : 26671).

¹² <http://www.ume.tubitak.gov.tr/tr/projeler/akaryakitlar-icin-ulusal-marker-sisteminin-gelistirilmesi-ve-surekli-guncellenmesi-epdk> (erişim tarihi:01.01.2016)

¹³ **İbiş, Mehmet**, Türkiye'de Ulusal Marker Uygulamaları, Enerji Uzmanları Derneği Yayını, Ankara 2018, s. 6.

veya vergiden muaf tutulan belli bir akaryakıt turu işaretlenir. Aktif marker uygulamasında ise piyasaya yasal yollardan girişi yapılan tüm akaryakıt türlerinin işaretlenmesi esastır¹⁴.

AB Komisyonu, 13/07/2001 tarihli ve 2001/574/EC sayılı Kararıyla; 95/60/EC sayılı Direktif kapsamında üye ülkelerce kullanılmakta olan değişik markerler yerine 01/08/2002 tarihinden itibaren tüm üye ülkelerin ortak bir mali marker kullanmalarını öngörmüş ve ortak kullanılacak olan bu markeri, “Solvent Sarı 12452” olarak belirleyerek, buna “Euromarker” adını vermiştir. Euromarker’in uygulama kapsamındaki petrol ürünlerine ekleme oranı ise “Litre başına en az 6 mg” olarak belirlenmişken, daha sonra (22/06/2006 tarihli ve 2006/428/EC sayılı Kararıyla) bu oranın “Litre başına en az 6 mg, en çok 9 mg” olması kararlaştırılmıştır¹⁵.

Hindistan’da sadece gazyağını kapsar şekilde ulusal marker uygulamasına Ocak 2006 tarihinde başlanmıştır. Marker uygulamasıyla benzin ve motorin gibi ulaştırma yakıtlarının kalitesinin korunması ve diğer akaryakıt türlerine göre çok daha ucuza yapılan gazyağı satışının devam ettirilebilmesi hedeflenmektedir. Markerle işaretlenmiş gazyağının, motorin veya benzine karıştırılması halinde yapılacak basit bir testle bu husus tespit edilebilecektir. Uygulama, Petrol ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim ve gözetiminde sürdürülmektedir¹⁶.

Türkiye benzeri bir uygulama ise Sırbistan’da 01.02.2014 tarihinde başlamıştır. Uygulama üretilen veya ithal edilen benzin ve motorinin işaretlenmesini gerektirmektedir. Petrol şirketlerinin deposunda her bir sevkiyat (tanker veya tekne) işaretlenmektedir. Sahada ilk aşama tespitinin yapılabilmesi amacıyla NIRF (near-infrared fluorescent) içermesi gereken akaryakıt el cihazları ile konsantrasyon ölçümüne tabi tutulmaktadır¹⁷.

1970’li yıllarda ABD Ordusu ve Kuzey Atlantik İttifakı’nın kullandığı askeri yakıtların, yanlılıkla karıştırılmaması ve askeri amaçlar dışında kullanılmaması amacıyla renklendirilmesi şeklinde marker uygulamasından söz edilmektedir. Ancak ulusal düzeyde ilk uygulama, içerdiği yüksek kükürt oranı nedeniyle karayolu araçlarında kullanımı sakıncalı olan motorin ve gazyağının işaretlenerek diğer motorin ve gazyağı türlerinden ayırt edilmesi şeklinde 1993 yılında ABD’de başlamış ve bu uygulama, vergi oranı düşük tutulan diğer motorin ve gazyağı türlerini de kapsayacak şekilde genişletilerek vergi kaçakçılığı ile mücadelede kullanılmaya başlamıştır¹⁸. Çevre Koruma Ajansı tarafından başlatılan marker uygulamasının vergiden muaf tutulan akaryakıt

¹⁴ Avrupa Birliği üye ülkelerinde boya ve marker uygulamalarına dair tablo için bkz. **Yaşar**, s. 38.

¹⁵ **İbiş**, s.9.

¹⁶ **İbiş**, s. 13

¹⁷ **Yaşar**, s.38-39

¹⁸ **Kayıkçı**, s. 166.

türlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesinden sonra kullanılacak olan marker ve ekleme oranı yeniden belirlenmiş ve 1000 varil akaryakıtın, 3.9 pound “Solvent Kırmızı 164”le işaretlenmesi gerektiği düzenlenmiş olup, uygulama bu şekilde devam etmektedir¹⁹.

Ülke geneli uygulamaların haricinde şirketler de marka güvenilirlikleri için kendi işaretleyicilerini yaygın olarak kullanmaktadırlar. Gerçekten de marker teknolojisinin gelişmesiyle birlikte akaryakıt piyasasının önemli aktörlerinden akaryakıt dağıtım şirketleri, ürünlerinin kalite güvenliğinin sağlanması, piyasadaki diğer ürünlerle karıştırılmaması, sözleşme imzaladıkları bayilerde sadece kendi ürünlerinin satılmasını güvence almak gibi ticari amaçlarla pazar paylarını artırmak üzere şirket markeri uygulamasına geçmişlerdir²⁰.

Yurt dışı uygulamalara ve değerlendirmelere bakıldığında, dünya genel boya ve marker piyasasının yıllar içerisinde büyüdüğü görülmekte ve büyüme trendinin devam edeceği anlaşılmaktadır. Artış trendinin arkasında, kullanıcılarının akaryakıt kaçakçılığı ile mücadelede markeri etkili bir araç olarak görmelerinin yattığı değerlendirilmektedir²¹. Ayrıca şunu da söylemeliyiz ki, ülkemizdeki gibi Dünyada bağımsız düzenleyici ve denetleyici bir otoritenin marker uygulamasının içinde olduğu bir örnek bulunmamaktadır. Marker uygulamasının maliye veya enerji alanındaki idareler tarafından yürütüldüğü görülmektedir. Değineceğimiz üzere Türkiye’de marker uygulamasının merkezinde bağımsız bir düzenleyici ve denetleyici otorite olan EPDK yer almaktadır²².

III. ÜLKEMİZDE BİR DENETİM SİSTEMİ OLARAK ULUSAL MARKER UYGULAMASI

Ulusal marker uygulaması; formülü gizli bir sıvının akaryakıtı karıştırılması ve sonrasında bu sıvının akaryakıt içerisinde yeterli şart ve seviyede olup olmadığının kontrolü olarak özetlenebilir. Karar verme işlemi bu kadar kolay hale getiren uygulama arka tarafında teknolojiye, iletişime ve işbirliğine dayalı bir yapıyı barındırmaktadır²³.

5015 sayılı Kanun; petrol piyasasında yürütülecek faaliyetlerin ilgili düzenlemelere uygunluğunun denetimi konusunda asıl yetki ve görevi bir bağımsız idari otorite olan EPDK’ya vermiştir. Anılan Yasa EPDK’yu, ulusal markeri merkezine alan ve bunun etrafına bir takım idari ve teknolojik yöntemleri (bayi otomasyon sistemi, ödeme kaydedici cihaz uygulaması,

¹⁹ İbiş, s. 7.

²⁰ Yaşar, s. 36; Kayıkçı, s.167.

²¹ Yaşar, s. 39.

²² İbiş, s. 14.

²³ Yaşar, s. 34.

akaryakıt kalite izleme sistemi gibi²⁴) eklemek suretiyle bir denetim sistemi kurmak ile görevlendirmiştir²⁵. EPDK özel ve genel kolluk birimleri ile birlikte petrol piyasasında denetime yönelik yoğun çaba sarfetmekte olup Kurum bütçesinin yaklaşık üçte birini bu alana aktarmaktadır²⁶.

Ülkemizde akaryakıt kaçakçılığı mücadele edilmesi gereken önemli bir sorun olduğundan, dolaşımda olan akaryakıtın, petrol piyasasına yasal yollardan girip girmediğinin tespit edilerek, kaçak ve standart dışı ürün satışının önlenmesi amacıyla 5015 sayılı Kanununun 18 inci maddesi ile Ulusal Marker Yönetmeliği²⁷ uyarınca ulusal marker uygulaması 01/01/2007 tarihinde başlamıştır²⁸. Bir denetim mekanizması olarak başlatılan ulusal marker uygulaması sonucu, ülke içerisinde yasal olarak serbest dolaşıma giren akaryakıt ile yasal olmayan akaryakıt ayrıştırılarak, ürün ikmal zincirinin her aşamasında ürün kalite denetimi yapılabilmekte ve kaçak akaryakıtın yurt içinde piyasaya arzı ve standart dışı akaryakıtın diğer akaryakıt ile karıştırılarak piyasaya sunulması engellenmekte ve böylece piyasaya sunulan akaryakıtın standartlara uygun olması sağlanmaktadır²⁹.

Bu uygulama gereğince, petrol piyasasında serbest dolaşımda olan petrol ürünlerinin piyasaya yasal yollardan girip girmediğinin tespit edilebilmesi,

²⁴ Bu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gedik**, s.102 vd.

²⁵ **Gedik**, s.496.

²⁶ **Demircioğlu, Mustafa Yaşar**, Petrol Ürünleri Piyasasında Devlet Kontrolü ve İdari Müdahaleler, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2010,s.vi.

²⁷ Ulusal markerin stratejik önemi ve teknik boyutunun kapsamı dikkate alınarak, Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelik hazırlanarak yürürlüğe sokulmuştur. Bu Yönetmeliğin amacı, kaçak akaryakıt ticaretinin önlenmesi için ulusal pazarda, akaryakıtlara ulusal markerin eklenmesi için gerekli usul ve esasların ortaya konulmasının kurallarının, detaylı bir şekilde düzenlenmesidir (**Ayaz, Bilal**, Türk Petrol Piyasası Düzeninde Kabahatler Ve Yaptırımları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2019, s.59).

²⁸ EPDK Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013, s. 192. **Atay, Hakan**, Akaryakıt Kaçakçılığı İle Mücadele Getirilmiş Yeni Yöntem :Ulusal Marker, s. 21 vd (www.eleletemizturkiye.com/2/files/assets/basic-html/page2.html, son erişim tarihi:04/08/2017). Ulusal Marker, TÜBİTAK ÜME tarafından geliştirilmiş olup sürekli olarak güncellenmektedir. TÜBİTAK BİLGEM tarafından geliştirilen saha kontrol cihazları, 2012 yılında faaliyet göstermeye başlayan Gezici Ulusal Marker Referans Cihazı ve ulusal marker etken maddeleri sertifikalı referans malzemelerinin sisteme dahil edilmesi ile ulusal marker denetim altyapısı daha da geliştirilmiştir. TÜBİTAK BİLGEM tarafından geliştirilen saha kontrol cihazları ile sahada ölçümü yapılan numuneler TÜBİTAK ÜME'nin geliştirdiği ölçüm sistemi ile Bölge Referans Laboratuvarları'nda nihai olarak ölçülmektedir (<http://www.ume.tubitak.gov.tr/tr/projeler/akaryakitlar-icin-ulusal-marker-sisteminin-gelistirilmesi-ve-surekli-guncellenmesi-epdk> (erişim tarihi:01.01.2016)).

²⁹ **Arslan, Cem Barlas**, Akaryakıt Üzerindeki Vergi Yükü, Ankara 2015, s. 43. EPDK Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013, s. 195.

kaçak ve standart dışı ürün satışının önlenmesi amacıyla EPDK'dan lisans alarak piyasada faaliyet gösteren rafinerici ve dağıtıcı şirketler, yurt içinde pazarlayacakları petrol ürünlerine, EPDK'nın belirleyeceği şart ve özellikle marker ekleyecektir. Ülkemizde 01/01/2007 tarihinde başlayan bu uygulama ile EPDK'nın, "ulusal marker kontrolü" adlı teknolojik yöntemle piyasada etkin bir denetim sistemi kurduğunu³⁰ söyleyebiliriz.

01.01.2007 tarihinden bu yana ülkemizde dolaşımda bulunan akaryakıtta, kaçak ve standart dışı ürün satışının önlenmesi amacıyla ulusal marker eklenmektedir. Bugün için benzin, motorin, biyodizel, yakıt nafta ve gazyağı ürünlerine eklenen ulusal marker ile devletimizin vergi kaybının önlenmesi amaçlanırken tüketicinin de teknik kriterlere uygun olmayan akaryakıt kullanmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Ulusal markerin eklenmesiyle ürünün yasal yollardan ülkemize girmiş bir ürün olduğu belgelenecek ve piyasada kullanılan akaryakıt ürünlerinin standarda uygun bir ürün olması sağlanacaktır. Özellikle akaryakıt kaçakçılığının tespit ve kanıtı olarak değerlendirildiğinde, ulusal markerin piyasaya düzen getirilmesinde çok ciddi katkıları olduğu görülmektedir. Ülkemiz için ciddi bir piyasa denetim aracı olarak işlev görmekte olan ulusal marker, akaryakıt ve vergi kaçakçılığı yapılmasını önleyerek ülke kaynaklarının verimli kullanılmasının önünü açmaktadır³¹.

A. Ulusal Markerin Ekleneyeği Akaryakıt Türleri, Ekleme Yerleri ve Lisans Sahipleri

a. Ulusal Markerin Ekleneyeği Akaryakıt Türleri

PPK'nın 6455 sayılı Yasa ile değişik 18.maddesinde, "Yurt içinde pazarlanacak akaryakıtta veya akaryakıtle harmanlanan ürünlere rafineri çıkışında veya serbest dolaşıma girişinde rafinericilerce ve dağıtıcılarca Kurumun (EPDK) belirleyeceği şart ve özellikle ulusal marker eklenir" hükmü yer almaktadır. Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, ulusal marker yurt içinde pazarlanacak olan "akaryakıt" ile "akaryakıtle harmanlanan ürünlere"³² eklenecektir³³. Akaryakıt sayılacak ürünler, 5015 sayılı Kanunun 2.maddesinde "Benzin türleri, nafta (hammadde, solvent nafta hariç), gazyağı, jet yakıtı,

³⁰ **Balcı, Murat**, Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanununda Düzenlenen Kabahatler, Ankara 2010, s.16.

³¹ **Gören**, s.21.

³² Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmeliğin 4/i.maddesinde, "Akaryakıtle harmanlanan ürünler: Metil tersiyer bütül eter (MTBE), Etanol vb. (yerli tarım ürünlerinden denatüre olarak üretilenler ile biodizel hariç) akaryakıt ile eşdeğer vergiye tâbi olan ve olacak ürünler" olarak tanımlanmıştır. "Harmanlama" ise aynı Yönetmelikte, "Akaryakıtın ismini değiştirmeksizin, niceliğini ve niteliğini değiştirecek ölçüde akaryakıtle harmanlanan ürün ilavesi" olarak tanımlanmıştır (m.4/z-aa)

³³ **Kayıkçı**, s.172.

motorin türleri, fuel-oil türleri ile Kurum (EPDK) tarafından belirlenen diğer ürünler” olarak belirlenmiştir. Diğer taraftan, akaryakıtta ulusal marker seviyesinin düşmemesi için harmanlama ürünlerine de ulusal marker eklenmesi gerekmektedir³⁴. Dolayısıyla akaryakıt sayılan bu ürünler ile bunlarla harmanlanan ürünlere de ulusal marker eklenecektir.

“Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelik”, 3/1-a. maddesinde “akaryakıtı”, “Benzin türleri, nafta (hammadde, solvent nafta hariç), gazyağı, jet yakıtı, motorin türleri, fuel-oil türleri ile biodizeli, ifade eder” şeklinde tanımlayarak “biyodizeli” de akaryakıt türü olarak saymış ve 5.maddesinde de, “Ulusal markerin ekleneceği akaryakıt türleri; benzin türleri, nafta (hammadde, solvent nafta hariç), gaz yağı, jet yakıtı, motorin türleri, fuel oil türleri ve biodizel” olarak belirtmiştir. 5.maddenin devamında da EPDK’dan izin alınması ve sonrasında belgelendirilmesi kaydıyla Ar-Ge ve test amaçlı olarak yurt dışından temin edilen ve ulusal marker uygulaması kapsamında bulunan referans test yakıtlarına ulusal marker eklenmeyeceği belirtilmiştir.

5015 sayılı Kanununun 18.maddesinde, herhangi bir akaryakıt türünü ulusal marker uygulamasından muaf kılan bir düzenleme bulunmadığı gibi ulusal markerin ekleneceği yakıt türünün belirlenmesi hususunda EPDK’ya tanınmış bir yetki de bulunmamaktadır³⁵. Bununla birlikte 29/12/2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile; ulusal markerin ekleneceği akaryakıt türleri içerisinde “jet yakıtı” ve “fuel oil” türleri çıkarılmış, akaryakıt türleri içinde sayılan “nafta” ve “gazyağı türleri”ne ise 01/07/2013 tarihinden itibaren ulusal marker ekleneceği düzenlenmiştir³⁶. Böylelikle uygulama, sadece benzin, motorin ve biodizel türlerini kapsayacak şekilde başlamış, nafta ve gazyağı ise 01/07/2013 tarihi itibarıyla uygulama kapsamına alınmıştır. Jet yakıtı gibi havacılık yakıtları ile fuel oil türleri ise teknik gerekçelerle uygulama kapsamı dışına çıkarılmıştır³⁷.

³⁴ 6455 sayılı Yasa ile 5015 sayılı PPK’nın 18.maddesinde yapılan değişiklik ile akaryakıtla harmanlanan ürünlere de ulusal marker eklenmesi öngörülmüştür. Aslında bu değişiklik ile yasa maddesi fiili duruma uygun hale getirilmiştir. Çünkü akaryakıtta ulusal marker seviyesinin düşmemesi için harmanlama ürünlerine de ulusal marker eklenmesi gerekte olup uygulamanın başladığı günden bu yana da harmanlama ürünlere de ulusal marker eklenmektedir (Kayıkçı, s.172; Örs, Cengiz Ozan, İdare Hukuku Açısından Petrol Piyasası, Ankara 2017, s.184).

³⁵ Kayıkçı, s.172.

³⁶ “Ulusal Markerin Ekleneceği Akaryakıt Türleri” başlıklı (Değişik:RG-29/12/2012-28512) 5.madde şu şekilde değiştirilmiştir: “(1) Ulusal markerin ekleneceği akaryakıt türleri; benzin türleri, nafta (hammadde, solvent nafta hariç), gazyağı, motorin türleri ve biodizeldir. Kurumdan izin alınması ve sonrasında belgelendirilmesi kaydıyla Ar-Ge ve test amaçlı olarak yurt dışından temin edilen ve ulusal marker uygulaması kapsamında bulunan referans test yakıtlarına ulusal marker eklenmez.”

³⁷ Kayıkçı, s.172; EPDK Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013, s. 195.

Türkiye karasularından ve hava sahasından transit olarak geçecek veya Türkiye’den yurt dışına çıkış yapacak deniz ve hava araçlarına vergisiz (ÖTV’siz ve KDV’siz) olarak sağlanan ihrakiyenin, yurt içi piyasaya girişi olmadığından bu kapsamda satılan akaryakıt ulusal marker uygulaması kapsamında değildir. Buna karşılık ÖTV’siz ve KDV’siz ihrakiye alma hakkı olmayan ve yurt içi sayılan karasularında faaliyet gösteren deniz araçlarına ÖTV muafiyetli veya tam vergili ihrakiye olarak satılan akaryakıt ise, ulusal marker uygulaması kapsamında işaretlenmektedir³⁸.

b. Ekleme Yerleri

5015 sayılı Kanununun 18.maddesi uyarınca *ulusal* marker, akaryakıtta veya akaryakıtla harmanlanan ürünlere *rafineri çıkışında veya serbest dolaşıma girişinde* eklenecektir. *Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmeliğin* 6.maddesine göre ise, ulusal marker, yurt içinde pazarlanacak akaryakıtta, rafineri çıkışında, gümrük girişinde, sanayide yan ürün olarak veya diğer şekillerde üretilen veya tasfiye edilmiş kaçak akaryakıttan teknik düzenlemelere uygun olan akaryakıtta veya benzin türlerine harmanlanacak etanole ticari faaliyete konu edilmeden önce, ilgili lisans sahibi tüzel kişiler tarafından Kurumca belirlenecek şart ve özellikte ve *bağımsız gözetim firması*³⁹ nezaretinde eklenir. Gümrük girişinde ulusal marker ekleme işlemi, ancak ithalat işlemlerini tamamlayan ilgili lisans sahibi tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak ithalatın gerçekleşmesine rağmen, lisansın iptal edilmesi veya sona ermesi nedeniyle ulusal markerin eklenemediği durumlarda ulusal marker başvurusu yapılması halinde konu Kurul tarafından değerlendirilir.

Bu çerçevede ulusal markerin akaryakıtta ekleneceği noktalar; rafineri çıkışı, gümrük girişi, ve sanayide yan ürün olarak veya diğer şekillerde üretilen veya tasfiye edilmiş kaçak petrolden teknik düzenlemelere uygun olan akaryakıtın ticari faaliyete konu edildiği yerdir. Biyodizele, dağıtıcı lisansı sahipleri

³⁸ **Demircioğlu**, s.285. ÖTV alınmadığından perakende satış fiyatı çok daha düşük olan ÖTV muafiyetli ihrakiye olarak satılan akaryakıt da yurt içine satılan akaryakıt türleri ile aynı markerle işaretlenmektedir. Hal böyle olunca ÖTV muafiyetli ihrakiyenin daha sonra karaya çıkarılarak satılması veya yurt içi piyasadaki akaryakıtta karıştırılması halinde ulusal marker kontrollerinde, bu durumun tespiti imkanı kalmamaktadır. Kolluk birimleri tarafından yapılan denetimlerde gerek jet yakıtı ve gerekse denizcilik sektöründe kullanılan sıfır ÖTV’li yakıtların bayilerde satılan akaryakıtın yaklaşık dörtte bir fiyatında olması nedeniyle akaryakıtı düşük maliyetle temin edip yüksek fiyattan satma amacını taşıyan kişilerin çeşitli yollara başvurdukları görülmüştür (**Demircioğlu**, s.285).

³⁹ “Bağımsız gözetim firması: İlgili lisans sahipleri tarafından görevlendirilecek, petrol ve petrol ürünlerinin miktar kontrolü ile numune alımı ve bu işlemler ile ulusal marker ekleme işlemlerine nezaret alanlarında Türk Akreditasyon Kurumundan veya Türk Akreditasyon Kurumu ile karşılıklı tanıma anlaşması bulunan akreditasyon kurumlarından akredite olmuş ve Kurum tarafından yetkilendirilmiş kuruluşları, ifade eder” (Ulusal Marker Yönetmeliği m.3/1-h).

tarafından biodizel üretim tesisinde, ticari faaliyete konu edilecek olan tasfiye edilmiş kaçak petrolden teknik düzenlemelere uygun akaryakıtta ise yine dağıtıcı lisansı sahipleri tarafından depolama tesisi girişinde ulusal marker eklenebilmektedir. Bu yerlerde ulusal marker ekleme işlemi yapılabilmesi için söz konusu tesislerde, belirlenen yer ve koşullarda, doğru, hassas ve izlenebilir ölçüm sonucu alınabilecek şekilde ekleme (enjeksiyon) yapılabilecek teknik özelliklere sahip, otomatik dozaj kontrollü enjeksiyon donanımlarının temin ve tesis edilmesi ve işletme emniyetinin sağlanması; enjeksiyon cihazlarının ve ulusal marker ekleme noktalarının tesisin kayıtlı olduğu lisansa derç ettirilmesi gerekmektedir (5015 sayılı Kanun m.18; Ulusal Marker Yönetmeliği m.3, 6, 7)⁴⁰.

Ekleme noktasında akaryakıtta ulusal marker eklendikten sonra, kendilerine verilen ulusal marker konsantrasyonu cihazı aracılığıyla ilgili lisans sahipleri tarafından akaryakıttaki marker konsantrasyonu ölçülmekte ve akaryakıt piyasaya sunulmaktadır.

c. İlgili Lisans Sahipleri

5015 sayılı Kanunun 6455 sayılı Yasa ile değişik 18.maddesinde, yurt içinde pazarlanacak akaryakıtta veya akaryakıtla harmanlanan ürünlere ulusal marker ekleme yetkisi *rafinerici ve dağıtıcı lisans sahiplerine* verilmiştir. Ancak Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelik, akaryakıtta ulusal marker ekleme yetkisini “*rafinerici ve dağıtıcı lisans sahipleri*”nin yanı sıra “*ihrakiye teslimi lisansı sahibi*”ne de vermiştir (m.3/1-b). Ulusal marker ekleme konusunda kanunda yetkilendirilmemiş olan ihrakiye lisans sahiplerinin de ikincil mevzuatla yetkilendirilmesi hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle eleştiriye maruz kalmıştır⁴¹.

Ihrakiye teslimi lisansı sahipleri, ihtiyaç duydukları akaryakıtı, yurt içinden rafinerici, dağıtıcı ve diğer ihrakiye teslimi lisansı sahiplerinden satın alabildiği gibi ithal etmek suretiyle de temin edebilmektedir (5015 Sayılı Kanun m.9/3). Bu nedenle EPDK, ithalat yapma yetkisi bulunan ihrakiye teslimi lisansı sahiplerine de ithal ettiği akaryakıtta ulusal marker ekleme yükümlülüğü getirmiştir⁴².

⁴⁰ Demircioğlu, s.286; Kayıkçı, s.175.

⁴¹ “ İkincil mevzuatta yapılan düzenlemeler uygulamanın gereği ve yerinde olsa bile bir kamu kurumu ve idari organ olarak petrol piyasasıyla ilgili düzenleyici işlem yapma yetkisini Anayasa’dan ve 5015 sayılı Kanun’dan alan EPDK’nın, 5015 sayılı Kanunun belirlediği sınırların dışına çıkarak ulusal marker uygulaması kapsamında olan akaryakıt türlerini kapsam dışına çıkarma, ulusal marker ekleme yerleri ile yurt içinde pazarlayacağı akaryakıtta ulusal marker eklemekle yükümlü lisans sahiplerinin sayısını artırma Kanunla yükümlülük getirilmemiş olan lisans sahiplerini sorumlu tutma gibi bir yetkisinin olmadığı kanaatindeyiz” (Kayıkçı, s.173)

⁴² Demircioğlu, s.287.

B. Ulusal Markerin Talep Edilmesi, Teslimi ve Sorumluluğu

5015 sayılı Kanununun 18/2.maddesi gereğince, ulusal marker eklemekle yükümlü lisans sahipleri, her yıl kasım ayı içinde takip eden yıla ait pazarlama projeksiyonlarını Kuruma bildirir ve bu projeksiyona göre Kurumca temin edilecek ulusal marker, Kurumca belirlenecek usul ve esaslara göre akaryakıtta eklenmek üzere ilgili lisans sahiplerine teslim edilir.

Ulusal marker uygulama faaliyetleri ile ulusal markerin ilgili lisans sahibi tüzel kişilere teslimine ilişkin usul ve esaslar, son olarak (09.04.2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1153 sayılı Kurul Kararını yürürlükten kaldıran) 5605-2 sayılı Kurul Kararı ile belirlenmiştir⁴³.

TÜBİTAK tarafından teslim edilen ulusal markerin güvenlik ve usulüne uygun kullanımından markeri teslim alan ilgili lisans sahibi tüzel kişi sorumludur⁴⁴. İlgili lisans sahibinin teslim aldığı markeri bir başka lisans sahibine veya bir başkasına vermesi, kullandırması veya üçüncü kişilerle ulusal marker ticareti yapması yasaklanmıştır⁴⁵.

C. Ulusal Markerin Akaryakıtta Eklenmesi ve Akaryakıtın Piyasaya Sunulması

İlgili lisans sahipleri, teslim aldığı ulusal markeri, talep formunda belirtilen tesiste ve akaryakıt türüne, ilgili dönem içerisinde EPDK tarafından belirlenen şart ve seviyede eklemektedir. Ekleme işlemi, ulusal marker ekleme yerlerinde doğru, hassas ve izlenebilir ölçüm sonucu alınabilecek şekilde ekleme (enjeksiyon) yapılabilecek teknik özelliklere sahip, otomatik dozaj kontrollü enjeksiyon donanımları aracılığıyla yapılmaktadır (5015 sayılı Kanun m.18; Ulusal Marker Yön. m.8; 5605-2 sayılı Kurul Kararı m.6)⁴⁶.

⁴³ Ulusal Marker Uygulama Faaliyetleri ve Ulusal Marker Teslimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 5605-2 sayılı Kurul Kararı 12 Haziran 2015 tarihli ve 29384 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

⁴⁴ “2009 yılı içerisinde aldığı ulusal markerin bir kısmını aynı yıl içerisinde şirket talep formunda belirtilen tesis dışında Kurumun izni olmadan kullandığı açık olan davacı şirket hakkında 5015 sayılı Kanun’un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendi uyarınca idarî para cezası uygulanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” (Dan. İDDK, 09/03/2017, 2014/4214-2017/1117, UYAP)

⁴⁵ **Kayıklı**, s.176. “Mücbir sebep sayılan haller ile bağımsız gözetim firmasınınca düzenlenecek tutanak ile tespit edilmiş olması ve ilgili lisans sahibi tarafından gerekli dikkatin gösterilmiş ve önlemlerin alınmış olması kaydıyla, tesislerinde kurulu enjeksiyon donanımlarında ulusal marker ekleme işlemi esnasında meydana gelen teknik arızalar sonucu oluşan ve geri kazanımı mümkün olmayan ulusal marker kayıpları hariç olmak üzere, teslim edilen ulusal markerin çalınması, kaybolması ve/veya ziyan olması halinde; ilgili lisans sahibi çalınan, kaybolan ve/veya ziyan olan ulusal marker bedelini Kurum hesabına yatırır. Ulusal marker bedelinin Kurum hesabına yatırıldığına dair belge Kuruma ibraz edilmeden ilgili lisans sahibine yeniden ulusal marker verilmez.” (Ulusal Marker Yönetmeliği, m.6/2).

⁴⁶ **Demircioğlu**, s.291; **Kayıklı**, s.174. Ayrıca ulusal markerle işaretleme işlemlerine ilişkin

Yükümlü lisans sahipleri de teslim almış oldukları ulusal marker katkısını; rafineri çıkışında, gümrük girişinde⁴⁷, biyodizel üretim tesisleri ile sanayide yan ürün olarak veya diğer şekillerde üretilen veya tasfiye edilmiş kaçak akaryakıttan teknik düzenlemelere uygun olan akaryakıt veya benzin türlerine harmanlanacak etanole ticari faaliyete konu edilmeden önce, EPDK tarafından belirlenecek şart ve özellikte (8 ppm = 0,008 Litre Marker/1000 Litre Akaryakıt oranında) ve *bağımsız gözetim firması*⁴⁸ nezaretinde eklerler. Ekleme noktasında akaryakıt ulusal marker enjekte edildikten sonra, kendilerine verilen ulusal marker konsantrasyon kontrol cihazı aracılığıyla ilgili lisans sahipleri tarafından akaryakıttaki marker konsantrasyonu ölçülmekte⁴⁹ ve akaryakıt piyasasına sunulmaktadır⁵⁰. Belirtmek gerekir ki yalnızca EPDK tarafından belirlenen aralıkta ulusal marker ihtiva eden akaryakıt yurt içi piyasaya arz edilebilmektedir. Marker K cihazı olarak adlandırılan cihazlar ile yapılan tüm ölçümlere ilişkin anlık bilgiler merkeze aktarılmakta ve burada depolanmaktadır⁵¹.

açıklamaları kapsayan kılavuz için bkz. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ulusal Marker İle İşaretleme Kılavuzu, (<http://www.epdk.org.tr/TR/Dokuman/8008>, son erişim:01/09/2017).

⁴⁷ “ Gümrük girişinde ulusal marker ekleme işlemi, ancak ithalat işlemlerini tamamlayan ilgili lisans sahibi tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak ithalatın gerçekleşmesine rağmen, lisansın iptal edilmesi veya sona ermesi nedeniyle ulusal markerin eklenemediği durumlarda ulusal marker başvurusu yapılması halinde konu Kurul tarafından değerlendirilir” (Ulusal Marker Yönetmeliği m. 6/1-son cümle).

⁴⁸ Bağımsız gözetim firmaları petrol ve petrol ürünlerinin miktar kontrolü ile numune alımı ve bu işlemler ile ulusal marker ekleme işlemlerine nezaret alanında Türk Akreditasyon Kurumundan akredite olmaktadır. EPDK tarafından “Gözetim Yetki Belgesi” verilen 5 adet bağımsız gözetim firmaları bulunmaktadır. Söz konusu firmaların personeli nezaret ettikleri işlemlere ilişkin hazırladıkları standart raporları belirlenen aralıklarla EPDK’ya sunmaktadır. Bu şekilde lisans sahiplerinin beyanları ile bağımsız gözetim firmalarının beyanları karşılaştırılabilmektedir (Yaşar, s. 35).

⁴⁹ Ulusal marker ve ulusal marker ile işaretlenen akaryakıt içerisindeki ulusal marker oranını ölçen kontrol cihazları, EPDK ile TÜBİTAK arasında 17/03/2006 tarihinde imzalanan işbirliği protokolü kapsamında TÜBİTAK tarafından üretilmiştir. Ulusal marker, akaryakıt ulusal marker eklemeyle yükümlü lisans sahiplerine Kocaeli/Gebze’de TÜBİTAK Ulusal Metroloji Enstitüsünde teslim edilmiştir. Diğer taraftan, ilgili lisans sahiplerince ulusal marker ile işaretlenen akaryakıtın Kurumca belirlenen şart ve miktarda ulusal marker içerecek şekilde işaretlenip işaretlenmediğini kontrol etmek için TÜBİTAK tarafından özel konsantrasyon ölçüm cihazları üretilmiş ve bu cihazlar Kurumca belirlenen lisans sahiplerine teslim edilmiştir (EPDK Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013, s. 192).

⁵⁰ **Kayıkçı**, s.174; EPDK Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013, s. 192. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşların Amaç ve Faaliyetleri, Ankara 2013, s.240; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ulusal Marker İle İşaretleme Kılavuzu, (<http://www.epdk.org.tr/TR/Dokuman/8008>, son erişim:01/03/2020).

⁵¹ **Yaşar, Rauf Fırat**, Akaryakıt Kaçakçılığına Karşı Mücadelede Ulusal Markerin Yeri, Uzman Gözüyle Enerji Dergisi, Mayıs - Haziran 2018, Sayı: 7, s. 35.

EPDK'nın 21/5/2014 tarih ve 5027 sayılı Kararı ile; ulusal markerle işaretlenen akaryakıtın piyasaya sunulmasında, Marker K ölçüm cihazı ile ölçülecek ulusal marker konsantrasyon aralığının sınırının % 97 - % 108 olarak belirlenmesine, ancak % 108'in üzerinde ölçülen ölçümlerde TÜBİTAK onayının alınarak akaryakıtın piyasaya sunulmasına; ulusal markerla işaretlenen benzin türlerine harmanlanacak etanolün benzin türlerine harmanlanmasında, Marker K ölçüm cihazı ile ölçülecek ulusal marker konsantrasyon aralığının sınırının % 97 - % 108 olarak belirlenmesine, ancak % 108'in üzerinde ölçülen ölçümlerde TÜBİTAK onayının alınarak etanolün benzin türlerine harmanlanmasına, karar verilmiştir⁵².

Uygulama kapsamında ulusal markerin akaryakıtta eklenmesi, ilgili lisans sahiplerince bağımsız gözetim firmaları nezaretinde yapılmaktadır⁵³. Ekleme işleminden sonra akaryakıttaki ulusal marker oranının, EPDK'ca belirlenen konsantrasyon aralığında olup olmadığı yine ilgili lisans sahiplerince kontrol edilmekte ve akaryakıt ilgili lisans sahiplerinin tespitlerine göre piyasaya sunulmaktadır. Ancak bu ekleme aşamasında EPDK adına kimsenin bulunmaması eleştiriye konu olmuştur⁵⁴.

Diğer taraftan Ulusal Marker Yönetmeliği ile ilgili lisans sahiplerine, ulusal marker cihazının amacına uygun bir şekilde kullanma ve ulusal markere müdahalede bulunmama yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁵ (bkz. m.7).

15 Ekim 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2007/25 sayılı Başbakanlık Genelgesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı akaryakıt alımlarında benzin, motorin ve biodizel türlerinin toplu olarak alıcı idarenin tank veya deposuna teslimi esnasında ulusal marker kontrolü yaptırılmaktadır. Ulusal marker kontrolü, akaryakıtın alıcı idare tarafından teslim alınmasından önce, idarenin talebi üzerine Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik komutanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığının merkez veya taşra teşkilatlarınca yapılmaktadır⁵⁶.

⁵² İbiş, s.76.

⁵³ Herhangi bir aksilik durumunda (EPDK'ca belirlenen oranda ekleme yapılmasına rağmen, ölçüm sonucunun % 97-110 aralığının dışında çıkması halinde ilave marker kullanımı gibi) bağımsız gözetim firmalarınca tutanak düzenlenerek, EPDK'ya gönderilmektedir (Demircioğlu, s. 291)

⁵⁴ Denilmiştir ki; enjeksiyon işlemlerinde ve akaryakıtın piyasaya arzı aşamasında, kamu görevlilerinin bulundurulması halinde hem işlemlerin usuluna uygun yapılıp yapılmadığı izlenebilecek, hem de herhangi bir mevzuata aykırılık halinde anında olaya müdahale edilebilecektir (Kayıkçı, s.176).

⁵⁵ **Altındağ, Samet**, 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, s.60

⁵⁶ **Demircioğlu**, s.292.

D. Ulusal Marker Denetimleri

5015 sayılı PPK, ulusal marker ve idarî ve teknolojik yöntemler ile bir denetim sistemi kurma görevini EPDK'ya vermiştir (m.18/3). PPK'nın 14/4.maddesi gereğince EPDK, petrol piyasasını denetleme ve gözetleme görev ve yetkilerini bizzat yerine getirebileceği gibi, bu konuda gerekirse diğer kamu kuruluşlarından da yardım alabilir veya diğer yetkin kamu kuruluş personellerinin eliyle denetim yürütebilir⁵⁷. Nitekim petrol piyasasında serbest dolaşımda bulunan akaryakıtın denetimleri, EPDK ile İçişleri Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Ticaret Bakanlığı arasında imzalanan işbirliği protokolleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir⁵⁸. Buna göre; petrol piyasası denetimleri kapsamında ilgili lisans sahipleri tarafından piyasa faaliyetine konu edilen akaryakıtın yeterli şart ve seviyede ulusal marker içerip içermediğinin tespit edilmesi amacıyla Emniyet Genel Müdürlüğü, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin katılımıyla denetim programları kapsamında denetimler yapılmaktadır. Bu denetimler TÜBİTAK tarafından üretilen "Ulusal Marker Saha Kontrol Cihazı" ile yapılmaktadır⁵⁹. Söz konusu cihaz, "Marker XP" olarak adlandırılan cihaz olup, cihaz kullanacak tüm personele gerekli numune alma ve cihaz kullanım eğitimi verilmektedir⁶⁰.

⁵⁷ Örs, s.180; Ayaz, s.34.

⁵⁸ Akaryakıtların saha denetimlerinde ulusal markerin tespiti ve konsantrasyon ölçülmesini yapan "MARKER XP Ulusal Marker Saha Kontrol Cihazı"; akaryakıt dağıtım şirketlerinin laboratuvarlarında akaryakıtlardaki ulusal markerin konsantrasyon ölçülmesini yapan "MARKER K Ulusal Marker Laboratuvar Kontrol Cihazı" kullanılmaktadır. "Marker XP Cihazı": Ulusal marker konsantrasyon oranını optik okuma ve özel yöntemlerle belirleyen ve EPDK veya protokolcü kurumlarca kullanılan denetim amaçlı ölçüm cihazını; "Marker K Cihazı": Ulusal marker konsantrasyon oranını optik okuma yöntemi ile belirleyen ve cihaz verilen piyasa taraflarınca kullanılan ölçüm cihazını ifade etmektedir (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ulusal Marker İle İşaretleme Kılavuzu). Saha ve laboratuvar şartlarında 400-1000 nm tayf bölgesinde 3 farklı optik spektroskopi yöntemiyle yapılan bütün Ulusal Marker ölçüm sonuçları kriptolanarak GSM-GPRS ile anlık olarak veri toplama merkezine ulaştırılmaktadır. Marker XP cihazının yazıcısından dökümü alınan raporda; ölçümün yapıldığı tarih, saat, yer, sıcaklık, test yapılan akaryakıtın türü, cihazın numarası ve kontrol yapanın sicil numarası bulunmaktadır. Veri toplama merkezinde alınan sonuçların düzenli istatistiksel veri madenciliği işlemleri yapılmaktadır. 2007 yılından itibaren Polis, Jandarma, Sahil Güvenlik, Gümrük Müsteşarlığı, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı birimlerinde; rafinerilerde, akaryakıt istasyonlarında, taşıma tankerlerinde, depolama sahalarında yapılan denetimlerde kaçak akaryakıt tespitinde kullanılmaktadır (<http://bilgem.tubitak.gov.tr/tr/icerik/umkc-ulusal-marker-kontrol-cihazlari-ve-denetim-sistemi>, son erişim tarihi:01/03/2020).

⁵⁹ EPDK Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013, s. 194. "İlgili lisans sahipleri tarafından Kurumca belirlenen şart ve seviyede marker eklendikten sonra yurt içine pazarlanan akaryakıtın ikmal zincirinin herhangi bir noktasında denetimler kapsamında kontrolü ise TÜBİTAK tarafından üretilen 482 adet "Ulusal Marker Saha Kontrol Cihazı" ile yapılmaktadır" (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, s. 241) .

⁶⁰ Yaşar, s. 36.

Petrol piyasasında yapılacak denetimler; daha çok saha çalışmasını ilgilendirdiğinden, masa başı bir denetimden ziyade sahada denetim faaliyetleri olarak kendini göstermektedir⁶¹. İşin doğası gereği yapılan denetim; mutlaka sahada yapılmalı, tesisler bizzat gidilerek yerinde denetlenmeli, örnek alma, gerektiğinde mühür vurma ve icabında vurulan mührün kaldırılması gibi işlemler, mutlaka yetkili kurum ve temsilciler aracılığı ile yerelde icra edilmelidir⁶². Denetimler; EPDK kontrolünde ve EPDK'nın hazırladığı programa göre gerçekleştirilmelidir (PPK m. 14/3). Valilikler, görevli elemanların başvurusu halinde denetim amaçlı alınacak numunelerin kullanıcı ve bayilerden alınmasını ve emniyetini sağlamakla yükümlüdür (PPK m.18/3).

Petrol piyasasında faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı faaliyet ve işlemleri ile ulusal marker denetimleri bir program dâhilinde ve “*Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” hükümlerine uygun olarak yürütülmektedir⁶³. Söz konusu Yönetmeliğin 16.maddesine göre; denetim, ön araştırma ve soruşturmalarda, gerek görülmesi halinde seyyar kontrol cihazı ile ulusal marker kontrolü yapılır ve/veya test ve analiz yapılmak üzere numune alınır⁶⁴. Seyyar kontrol cihazıyla yapılan ulusal marker kontrolüyle ilgili Ulusal Marker Tespit Tutanağı üç nüsha olarak düzenlenir. Ulusal markerin gerekli şart ve seviyede bulunmadığının tespiti halinde, “*Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelik*”te öngörülen analizler yapılmak üzere numune alınır. Aynı zamanda, geçici mühürleme yapılarak adli işlemler için ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu durum, Kanununun 19 ve 20. maddelerinde öngörülen idari para cezası ve idari yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmez⁶⁵. Bu nedenle sorumlular

⁶¹ Örs, s.180.

⁶² Ayaz, s.34

⁶³ İbiş, s. 84.

⁶⁴ Petrol Piyasası Kanunu'nun 14 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan, “Kurum piyasa faaliyetlerini kendi personeli ile veya kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşlarından hizmet alımı yoluyla denetime tabi tutar. Kurum, denetlemelerde kullanılmak üzere, Türkiye Akreditasyon Kurumu ile işbirliği yaparak akredite sabit ve gezici laboratuvarlar kurabilir, kurulmasına kaynak aktarabilir...” hükmü uyarınca, akredite laboratuvar kurulması ve akaryakıt türlerinin analizlerinin yapılmasına ilişkin Ege Üniversitesi, İnönü Üniversitesi ve Karadeniz Teknik Üniversitesi ile EPDK arasında 02/04/2007 tarihinde işbirliği protokolü imzalanmıştır. Öte yandan petrol piyasasında yapılan denetimler sonucu numune alınan akaryakıtların analizinin yapılabilmesi için TUBİTAK (MAM) ve Orta Doğu Teknik Üniversitesi Petrol Araştırma Merkezi (PAL) Ankara ile 2010 yılında da “Hizmet Alımı Sözleşmesi” imzalanmıştır (bkz. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, s. 242) .

⁶⁵ “Dava dosyasının incelenmesinden; bayilik lisansı sahibi olan davacıya ait akaryakıt istasyonundaki tanktan 04.07.2008 tarihinde yapılan denetim sonucu alınan akaryakıt numunesinin, yapılan analiz sonucu düzenlenen 30.07.2008 tarih ve M-08/2427 sayılı

hakkında sözü edilen Denetim Yönetmeliğinin 19. maddesi ve devamında düzenlenen ön inceleme ve soruşturma⁶⁶ prosedürü işletilerek, ön inceleme ve soruşturma raporları doğrultusunda EPDK tarafından 5015 sayılı Kanunun 19. ve 20. maddelerinde öngörülen idari yaptırımlar uygulanmaktadır⁶⁷. Diğer mevzuata göre suç oluşturan işlemlerin tespiti halinde ise durum en kısa sürede ilgili mercilere bildirilir (Denetim Yön. m.15/8). Uygulamada çoğu zaman idari denetim ile adli soruşturma iç içe bir görünüm sergilemektedir⁶⁸.

rapora göre ulusal marker seviyesinin geçersiz ve teknik düzenlemelere aykırı olduğunun tespit edildiği, bu rapor esas alınarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; ulusal marker seviyesi geçersiz ve teknik düzenlemelere uygun olmayan akaryakıt ikmal ettiği akredite laboratuvar analizi sonucu düzenlenen rapor ile saptanan davacı hakkında 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca ve anılan maddenin dördüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurularak idarî para cezası uygulanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, aynı fiil nedeniyle açılan ceza davasında davacı kooperatif yetkilisi hakkında beraat kararı verildiği iddia edilmekte ise de; delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı dava konusu işlemi kusurlandıracak mahiyette görülmemiştir” (Dan. 13 D, 05.03.2013, 2012/2316-2013/539, UYAP).

⁶⁶ Ön araştırma ve soruşturma usul ve esasları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Örs**, s.185 vd; **Kayıkçı**, s.202 vd.

⁶⁷ **Kayıkçı**, s.179.

⁶⁸ “Dava; Konya ili, Sarayönü ilçesi, Cumhuriyet Caddesi, No:100 Konya-Afyon Karayolu 42. Km. Ladik Kasabası adresinde faaliyet gösteren davacıya ait akaryakıt istasyonunun, istasyonda vaziyet planına aykırı düzenek bulunduğu bahisle 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca istasyon sahasında bulunan 1 ve 3 nolu tanklar ile 3 nolu adada bulunan satış pompalarının geçici olarak mühürlenmesine ilişkin 04.11.2014 tarih ve B-006923 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; davacıya ait akaryakıt istasyonunda Sarayönü Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 03.11.2014 tarih ve 2014/593 soruşturma sayılı tahkikat evrakları ile yürütülen soruşturma kapsamında Sarayönü Sulh Ceza Mahkemesi'nden alınan 04.04.2014 tarih ve 2014/32 Değişik İş sayılı kararı uyarınca yapılan aramada el konularak numune alınan 3 nolu adaya bağlı 1 nolu pompadan alınan Motorin numunesinin TÜBİTAK MAM tarafından düzenlenen analiz raporunda ulusal marker seviyesinin geçersiz bulunduğu ve teknik düzenlemelere aykırı olduğu sonucuna varıldığı belirtiltiği ve vaziyet planına aykırı durum düzeltilmediği görüldüğünden dava konusu akaryakıt istasyonunda bulunan 1 ve 3 nolu tanklar ile 3 nolu adada bulunan satış pompalarının geçici olarak mühürlenmesine ilişkin dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir... temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA” (Dan.13.D, 10.12.2015, 2015/5071-4500, UYAP); “davacıya ait akaryakıt istasyonunda, EPDK denetçisi sıfatıyla görevlendirilen Sakarya ve Bolu İl Emniyet Müdürlüğü KOM şube personelleri tarafından 14.04.2015 tarihinde yapılan denetim gerçekleştirildiği, denetimde davacıya ait istasyona bağlı bulunan gizli tank tespiti edildiği, söz konusu tankın davacının akaryakıt istasyonuna gizli düzenekle bağlandığı, anılan tespiti müteakiben istasyonda bulunan yeraltı tankları ile bunlara bağlı pompaların mühürlendiği ve davacı hakkında başlatılan soruşturma sonucu Gerede Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 15.07.2015 tarih

EPDK numunelerin analizini, ilgili kuruluşlar tarafından akredite edilmiş sabit ve gezici laboratuvarlar vasıtasıyla yapmaktadır. Coğrafi olarak tüm Türkiye'den alınan numunelerin kolayca laboratuvarlara ulaştırılması amacıyla 5 akredite laboratuvar ile çalışılmaktadır: Ege Üniversitesi, İnönü Üniversitesi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, ODTU ve TUBİTAK hali hazırda çalışılan akredite laboratuvarlardır⁶⁹.

Belirttiğimiz üzere EPDK ulusal marker denetimlerini, kendi personeli veya İçişleri Bakanlığı (Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı), Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlıklarınca belirlenip mevzuat eğitimi yanında, standartlara uygun olarak numune alma ve ulusal marker cihazı kullanma konusunda eğitim almış ve Kurum tarafından yetkilendirilerek görevlendirilmiş olan personel eliyle yapmaktadır⁷⁰. Uygulamanın başladığı 01/01/2007 tarihinden 31/05/2017 tarihine kadar ki süre içerisinde tüm kurumlarca yapılan saha denetimlerine göz attığımızda; 868.176 adet (marker XP ve Marker XP+ cihazlarıyla) ölçüm yapıldığı ve bu ölçümlerden 774.108 adedinin geçerli olduğu, 94.068 adedinin geçersiz çıkarak akredite laboratuvar analizi yapılmak üzere numune alındığı görülmüştür. Geçerli ölçümlerin oranı %89,16, geçersiz ölçümlerin oranı ise %10,84'dür. Yıllar itibariyle marker ölçüm sonuçlarına bakıldığında geçersiz ölçüm oranının %3' lere kadar düştüğü anlaşılmaktadır⁷¹.

E. Ulusal Marker Uygulamasının Genel Görünümü ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler

Her yıl daha da büyüyen akaryakıt sektörü, sınıai ve ticari faaliyetlere olan doğrudan etkisi nedeniyle ülkemizin önemli sektörleri arasında yer almakta ve yüksek miktarda verginin toplanmasını sağlamaktadır⁷². Kaçakçılığa konu olacak her türlü değer, vergi kaybına neden olduğu gibi satışından elde edilen her türlü gelir de kayıt dışılığa neden olmaktadır⁷³.

ve E:2015/457, İddianame No:2015/453 sayılı iddianâmesi ile 5607 sayılı Kanun'un 3. maddesine muhalefetten Gerede Asliye Ceza Mahkemesi'nin E:2015/562 esasına kayden dava açıldığı", (Dan. 13.D, 13.04.2016, 2016/1301-2016/1071, UYAP).

⁶⁹ Yaşar, s. 36.

⁷⁰ Emniyet Genel Müdürlüğü KOM 2018 raporunda; yıl içerisinde toplam 127 personele "Petrol Sıvılarından Numune Alma ve Ulusal Marker Saha Kontrol Cihazı Kullanma Eğitimi" verilmesinin sağlandığı; ayrıca toplam 7.431 denetleme faaliyeti gerçekleştirildiği belirtilmiştir (KOM 2018 Raporu, s. 53-54). Jandarma Genel Komutanlığı 2018 yılı faaliyet raporunda ise, 2018 yılında müdahale edilen 750 akaryakıt kaçakçılığı olayında toplam 1.412 ton akaryakıt ürünü ele geçirildiği belirtilmiştir (Jandarma Genel Komutanlığı 2018 Yılı Faaliyet Raporu (<https://www.jandarma.gov.tr>, erişim 20/01/2020)).

⁷¹ Kurumların 2007-2017 tarihleri arasındaki ölçüm sayıları için bkz. İbiş. 88 vd.

⁷² Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü, 2015 Faaliyet Raporu, s.50.

⁷³ Arslan, s.45.

Gerçekten de Türkiye’de kamu ekonomisi içerisinde en önemli bütçe gelir kalemini vergiler oluşturmaktadır. Türk vergi sisteminde akaryakıt piyasası, kamu hizmeti fiyatlaması olarak alınan Özel Tüketim Vergisi üzerinden dolaylı vergiler kapsamında vergilendirilmektedir. Akaryakıt fiyatı içerisindeki dolaylı vergi payı büyüklüğü (ÖTV/KDV gelirlerinin yaklaşık %26’sı) Avrupa’da ilk 10’da olan Türkiye’de akaryakıt sektörü, otuzun üzerinde ana sektörü doğrudan etkilemekte, dağıtım şirketlerinin bayilere ve reel sektöre verdiği yirmi güne varan vadeler ilave bir fon yaratmaktadır. Örneğin akaryakıt sektörünün oluşturduğu toplam parasal büyüklük 2017 yılı sonu itibariyle 168,1 milyar TL’ye ulaşmıştır. Petrol sektöründen sağlanan dolaylı vergiler 2017 yılında 92,1 milyar TL olarak gerçekleşmiştir⁷⁴.

Ulusal marker uygulamasının başladığı 2007 yılı öncesi hazırlanan 2005 tarihli TBMM Araştırma Komisyonu raporunda; Türkiye’de toplam araç sayısının 1990 yılında 3.750.678 iken, 2005 yılında sadece benzinli araçların sayısının 4.175.709’a yükselmesine rağmen, 2005 yılındaki benzin satış miktarının 1990 yılı sonundaki satış miktarının altında kaldığı tespit edilmiş, böylece günlük hayatta araç sayısındaki artış ile akaryakıt satışlarındaki artışın paralel olmaması, hatta akaryakıt satışının gerilemesi gibi düşündürücü bir durumun ortaya çıktığından söz edilmiştir⁷⁵. 2007 tarihli 5576 sayılı PPK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun genel gerekçesinde de, Türkiye’deki motorlu araç sayısının gittikçe artmasına rağmen otomotiv yakıtları da denilen benzin ve motorin satışlarının aynı doğrultuda artış göstermediği, iki yıl içerisinde yurda 7.814.121.888 kg akaryakıtın kaçak olarak girdiği ve devletin 10,7 milyar TL vergi kaybına uğradığı bilgilerine yer verilmiştir⁷⁶. Ankara Ticaret Odası’nın (ATO) 2006 yılında hazırladığı “Kaçak Ekonomisi” adlı raporda, Türkiye’ye yılda 2.5 milyon tonun üzerinde kaçak akaryakıtın girdiği; bu miktarın ülke içerisinde tüketilen toplam akaryakıtın yaklaşık %20’sini oluşturduğu; kaçak akaryakıtın parasal değerinin ise 4.5 milyar doları bulduğu ifade edilerek, Türkiye’nin tam bir ‘kaçak cenneti’ olduğu kaydedilmiştir⁷⁷.

Önemli vergi kayıplarına neden olması dolayısıyla uzun yıllar ülkemizin gündemini meşgul eden akaryakıt kaçakçılığı, kayıt dışı ekonominin temel besleyicilerinden biri haline gelmiştir⁷⁸. Bu durum, Türkiye’deki petrol ve petrol ürünleri kaçakçılığının yıllar içerisinde gittikçe artması, artık yasal petrol

⁷⁴ **Ertekin, Rafet**, Akaryakıt Ekonomisi, Gümrük Ticaret Dergisi, Cilt 5, Sayı:14, 2018, s. 49.

⁷⁵ Bkz. TBMM Araştırma Raporu (2005).

⁷⁶ **Demircioğlu**, s. 251; **Aslan, Yılmaz**, s.120.

⁷⁷ **Özkan, Ahmet Fatih**, Türkiye’de Enerji Sektörüne İlişkin 10 Temel Sorun Alanı, Rekabet Dergisi, C.11, Sayı: 2, Nisan 2010, s.127.

⁷⁸ Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü, 2015 Faaliyet Raporu, s.50.

piyasasının yanı sıra ayrı bir kaçak petrol piyasasından söz edilmesine sebep olmuştur⁷⁹

Kaçak ve standart dışı akaryakıtın satışının önlenmesi ve dolaşımda olan akaryakıtın piyasaya yasal yollardan girip girmediğinin tespiti amacıyla 01/01/2007 tarihinde başlayan ulusal marker uygulaması, kendisini güncelleme ve getiriliş amacını gerçekleştirme konusunda önemli başarılarla imza atmıştır. Gerçekten de Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığının (KOM) 2007 raporunda; 2007 yılı itibarıyla gerek olay, gerek şüpheli ve gerekse de yakalanan akaryakıt miktarındaki artışın, ülkemizde akaryakıt kaçakçılığı ile etkin mücadele edebilmek ve kaçakçılığı asgari düzeye indirmek amacıyla 01.01.2007 tarihi itibarıyla uygulamaya konulan Ulusal Marker Sistemi ve buna bağlı denetimler ile ilgili olduğu değerlendirilmiştir⁸⁰. 2008 tarihli “Akaryakıt Sektör Raporunda” da, ulusal marker mevzuatının oluşturulması ve uygulamaya sokulmasıyla kaçak akaryakıt sorunun büyük ölçüde önüne geçildiğinden bahsedilmiştir. Aynı raporda, 2007 yılı verilerinden yola çıkılarak yakıt tüketim değişimi ile toplam araç sayısındaki değişimin uyumlu bir seyir izlediği ve kayıt dışı akaryakıt ürünü satışlarının azaldığı tespitinde bulunulmuştur⁸¹. PETDER’in, uygulamanın başladığı 2007 yılına ait raporunda, yıl içinde yapılan marker denetimleri sonuçlarının büyük ölçüde olumlu sonuçlar verdiği ve yazar kasa uygulaması ile birlikte ulusal markerin, kayıt dışı faaliyetlerin azalmasında önemli bir rol oynadığı belirtilmiştir⁸². PETDER’in 2018 yılı sektör raporunda ise, özellikle 2014 yılından itibaren kayıt dışı akaryakıt satışlarına karşı alınan önlemler (otomasyon/altyapı yatırımları ve marker uygulaması) ile yurtiçi otomotiv yakıt tüketimi ortalama her yıl %8,5 büyüdüğü belirtilmiştir⁸³. Diğer taraftan sahada yapılan ölçümlerin yıllar içerisindeki seyri, ulusal marker uygulaması hakkında önemli bir gösterge olmaktadır. Yıllar itibarıyla marker ölçüm sonuçlarına bakıldığında geçersiz ölçüm oranının %3’ lere kadar düştüğü anlaşılmaktadır⁸⁴. Gerek işaretlenen miktarın yıllar içerisinde artması

⁷⁹ **Kıl, İlker Fatih**, Normatif Hukuk Bağlamında Akaryakıt Piyasası, Enerji Piyasası Bülteni, Kasım 2009, Sayı:9, s.15.

⁸⁰ KOM 2007 Raporu, s. 68.

⁸¹ Rekabet Kurumu 1. Daire Başkanlığı, Akaryakıt Sektör Raporu (İsmail Atalay Yolcu/Çiğdem Ünal/Harun Gündüz), Ankara 2008, s.98.

⁸² PETDER 2007 Sektör Raporu, s.27.

⁸³ PETDER 2018 Sektör Raporu, s.5. Söz konusu rapora göre; Türkiye’de 2018’de toplam otomotiv yakıtları tüketimi, yaklaşık 37,3 milyon m3 olarak gerçekleşmiştir. Akaryakıt sektörünün oluşturduğu toplam parasal büyüklük 2018 yılında 209,6 milyar TL’ye ulaşmıştır. Tüketim verileri üzerinden yapılan hesaplamalara göre, petrol sektöründen sağlanan dolaylı vergiler 2018 yılında 87,7 milyar TL olarak gerçekleşmiştir (s. 3).

⁸⁴ **İbiş**, s. 91.

gerekse de geçersiz sonuçların hem yüzdesel hem de mutlak anlamda azalması uygulamanın sürekli geliştiği yönündeki görüşü desteklemektedir⁸⁵

Metin ve Kumbaroğlu tarafından yapılan 2018 tarihli bir çalışmaya göre; 5015 sayılı Kanun öncesi dönemde akaryakıt piyasasında yasadışı ürünlerin hacmi yılda yaklaşık 3.0 milyon tona ulaşmıştı. Akaryakıt kaçakçılığı ile mücadele etmek amacıyla çeşitli enstrümanlar içerecek şekilde tasarlanan 5015 sayılı Kanun; ulusal marker, otomasyon sistemi, yazar kasa uygulaması, bayi ile sözleşmenin münhasırlığı, ağır cezalar gibi uygulamalarıyla başarısını kanıtlamış ve piyasadaki yasa dışı yakıtların seviyesi 1,0 milyon tonun altına düşmüştür. Diğer taraftan 5015 sayılı Kanun ile birlikte ülkemiz akaryakıt piyasası güçlü bir büyüme sergilemiştir. Özellikle otomotiv yakıtları alanında ortalama son 15 yılın büyümesi% 6.25'tir. Pazarın büyümesi son 5 yılda ortalama% 8.5'e ulaşmıştır⁸⁶.

Ulusal marker uygulaması, süreç içerisinde aksayan yönleri ortaya çıktığı gibibazı yönlerden eleştirilerek demaruz kalmıştır. Uzunsüredir Petrol ve Sanayi Derneği'nin (PETDER) raporlarında, kaçak akaryakıt olarak nitelendirmede sadece ulusal marker ölçüm sonucunun esas alınması eleştirilmektedir. Denilmektedir ki, "5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) m. 3/11'deki hüküm uyarınca "EPDK tarafından belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen akaryakıt", kaçak akaryakıt olarak kabul edilmektedir. Oysa yaşanan tecrübeler sadece ulusal marker seviyesine dayalı bir tanımın zaman zaman hatalı ve ciddi sonuçlara yol açtığını göstermektedir. Zira bu tanım sebebiyle, teknik özellikleri itibari ile düzenlemelere tam olarak uygun ve diğer yönlerden de yasal olan bir akaryakıt, ölçüm hataları veya cihazlar arası uyumsuzluk ve benzeri çeşitli teknik sebeplerle kaçak akaryakıt tanımlaması altına girebilmekte ve kaçakçılık suçlaması ile yasal işlemlerin başlatılmasına yol açmaktadır. Yaşananlar, başka deliller ile (stok hareketleri, muhasebe kayıtları vb.) güçlendirilmeksizin sadece ulusal marker seviye ölçümünden yola çıkılarak bir akaryakıtın kaçak olup olmadığını kesin ve hatasız olarak belirlenemediğini göstermektedir. Ulusal Marker tecrübeleri dikkate alındığında mağduriyetlerin olmaması için, "kaçak akaryakıt" tanımlaması için otomasyon sisteminden de faydalanılarak en az bir ilave delil şartı aranması ve mevzuatın da bu yönde değiştirilmesidir"⁸⁷.

Belirtelim ki Danıştay, 5015 sayılı Kanun uyarınca idari yaptırımların uygulanabilmesi için; "teknik düzenlemelere aykırılık" ve "ulusal marker geçersizliği" şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiğine, yalnızca ulusal

⁸⁵ Yaşar, s.39.

⁸⁶ **Metin, Erol Seyfi,/Kumbaroğlu, Gürkan,** "Impacts of Regulatory Transformation Processes to the Downstream Oil Market in Turkey", International Journal of Energy Economics and Policy, 2018, 8 (3), s.147-148.

⁸⁷ Örneğin bkz. PETDER 2008 Sektör Raporu, s.38 vd; PETDER 2014 Sektör Raporu, s.21.

marker seviyesi geçersiz akaryakıt ikmal edildiği gerekçesiyle idari para cezası uygulanamayacağına karar vermektedir⁸⁸. Yargıtay ise bazı içtihatlarında, raporlar arasında uyumsuzluk bulunan hallerde veya ölçüm sonuçlarını etkileyebilecek durumların varlığı halinde, maddi gerçeğe ulaşmak bakımından eksikliğin giderilmesine veya yeni bir rapor alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁸⁹.

⁸⁸ **Demircioğlu**, s.282. “Değinen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; ulusal markerin, akaryakıtın kaçak olmadığını ve kaynağını tespit etmek amacıyla akaryakıtta eklenen kimyasal bir madde olduğu, akaryakıtın yeterli şart ve seviyede ulusal marker içerip içermediğine göre teknik düzenlemelere uygunluk değerlendirmesi yapılmasının mümkün olmadığı, yeterli şart ve seviyede ulusal marker içeren akaryakıt teknik düzenlemelere aykırı olabileceği gibi tam tersi bir durumun da söz konusu olabileceği, bu bakımdan, 5015 sayılı Kanun’un 18. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca işlem tesis edilebilmesi için, numunesi alınan akaryakıtın hem ulusal marker seviyesinin geçersiz olduğunun hem de teknik düzenlemelere uymadığının birlikte tespiti gerekmektedir”. (Dan.13.D. 14.12.2016, 2016/1191-4199, UYAP). “Dava dosyasının incelenmesinden; bayilik lisansı sahibi olan davacıya ait akaryakıt istasyonundaki tanktan 04.07.2008 tarihinde yapılan denetim sonucu alınan akaryakıt numunesinin, yapılan analiz sonucu düzenlenen 30.07.2008 tarih ve M-08/2427 sayılı rapora göre ulusal marker seviyesinin geçersiz ve teknik düzenlemelere aykırı olduğunun tespit edildiği, bu rapor esas alınarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda; ulusal marker seviyesi geçersiz ve teknik düzenlemelere uygun olmayan akaryakıt ikmal ettiği akredite laboratuvar analizi sonucu düzenlenen rapor ile saptanan davacı hakkında 5015 sayılı Kanun’un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca ve anılan maddenin dördüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurularak idarî para cezası uygulanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır (Dan.13 D, 05.03.2013, 2012/2316-2013/539, UYAP).

⁸⁹ “Sanık K. Ö’ün işletmeciliğini yaptığı petrol istasyonunda tank içerisinde 325 lt akaryakıt ele geçirildiği olayda, 04.10.2011 tarihli olay tutanağında TÜBİTAK ve EPDK yetkilileri ile telefon ile görüşüldüğü ve yetkililerin numune alınan miktarın “tankın çekmez seviyesi olarak tabir edilen dip kısmı olduğu, ölçüm yapılan miktarın geçersiz sonuç vermesine rağmen numune almaya yetecek miktarda olmadığı ve durumun tutanağa yazılması gerektiğini” belirtmesi, yine Jandarma Genel Komutanlığı’na TÜBİTAK Ulusal Marker Destek Birimi tarafından çekilen fakta marker seviyesinin geçerli olduğunun belirtilmesi karşısında, ele geçirilen ve tankın dip kısmında kalan toplam 325 lt akaryakıtın marker ölçümü için numune almaya yeterli miktarda olup olmadığı ve akaryakıtın tankın dip kısmında kalmasının marker seviyesini etkileyip etkilemeyeceği hususlarının TÜBİTAK ve EPDK’dan sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi,” (Y.7.CD, 19/09/2016, 2014/26674- 2016/9105, UYAP); “ 04/07/2007 tarihinde 01 ... plakalı tankerden ele geçen 4.460 kg motorinden alınan numuneler ile ilgili kolluğun düzenlediği 05/07/2007 tarihli Ulusal Marker Tespit Tutanağında, “ölçülen 6 sonuç marker cihazında geçersiz sonuç verdi, TÜBİTAK’tan H. Ç. ile görüşüldü, ölçüm sonuçlarının TÜBİTAK’a yeterli seviyede markerli olduğu sonucu tarafımıza söylendiğinden ölçümler geçerlidir” şeklinde belirtildiği, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Marmara Araştırma Merkezi Enerji Enstitüsü’nün 23/10/2012 tarih ve 3883 - 16887 sayılı analiz raporunda ise söz konusu numunelerin Ulusal Marker ölçümünde marker seviyesinin geçersiz olduğu, numuneler 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 2. maddesi 21/a bendine göre “kaçak petrol” olarak değerlendirildiğinin belirtilmesi karşısında, her iki raporun da Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na gönderilerek geçen süre içinde numunelerdeki marker seviyesinde azalma ya da değişim olup olmayacağı araştırılmasından sonra sanık E. K.lu’nun hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi,” (Y.7.CD, 09/05/2017, 2014/35565- 2017/4125, UYAP).

Daha önce değinildiği gibi ulusal marker ekleme aşamasında EPDK adına kimsenin bulunmaması da eleştiriye maruz kalmıştır⁹⁰. Diğer taraftan, özellikle ulusal marker uygulamasının ilk zamanlarında, markerin taklit edildiği iddialarına⁹¹ rastlandığı gibi cihazdan veya usule uygun numune alınmamasından kaynaklı aksaklıklar⁹² da görülmüştür.

Kuşkusuz ulusal marker sisteminin daha iyi işleyebilmesi için uygulamada yaşanan olumsuzlukların dikkate alınması, bunu gidermeye yönelik teknik ve yasal değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Kimi eleştirilerde haklılık payı bulunsa da marker uygulamasının ilk aylarında yaşanan teknik zorluklara rağmen zaman içerisinde yapılan iyileştirmeler ile ilgili Kurumlar⁹³ ve akaryakıt sektörünün çabaları⁹⁴ sonucunda uygulamadaki sorunlar büyük ölçüde aşılarak

⁹⁰ **Kayıkcı**, s.176.

⁹¹ Örneğin 2008 tarihli “*Ulusal Marker hakkında çarpıcı iddia*” başlıklı haber: “ Bakanlığın çok yönlü soruşturduğu dosyada, akaryakıtta kaçığı engellemek amacıyla uygulamaya konulan marker’a, kopyalanamaz özelliğini kazandıran DNA şifresinin eklenmediği belirtiliyor. Şifre DNA’nın geliştirilmesine rağmen, bunu marker’a enjekte edecek yeterli cihaz bulunmadığı, bu yüzden güvenlik unsurunun eksik kaldığı ve yapılan denetimlerde işareTR’nin kopyalandığının tespit edildiği şöyle aktarılıyor: “Aralık 2007’de şüphe üzerine denetim elemanlarının numunelerin incelemesi sonucunda Ulusal Marker’ın kopyalandığı anlaşıldı (İstenirse analiz raporu arz edilebilir). Ulusal marker sabit bir proje değildir. Başarılı olmak için sürekli güncellenmesi gerekir. Marker başarısız olursa söz konusu ulusal marker, yabancı firmalardan alınmak zorunda kalınacaktır.” (<https://www.dunyabulteni.net/arsiv/ulusal-marker-hakinda-carpici-iddia-h40408.html>, erişim 20/01/2020). Ayrıca bkz. “Ulusal marker kristalleşti, uygulama tartışmalı başladı” başlıklı haber: “ Kaçakla mücadele amacıyla akaryakıtta karıştırılan marker’ın ‘kristalleştiği’ yönündeki iddiaları yanıtlayan EPDK Başkanı Günay: Sorun kaplardan kaynaklandı ama giderildi” (<https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/ulusal-marker-kristallesti-uygulama-tartismali-basladi-184705>, erişim tarihi:20/01/2020). EPDK Denetim Daire Başkanlığı, ulusal marker taklidi niteliğinde bir akaryakıt numunesinin Kuruma ulaşmadığını ve ulusal markerin taklidinden veya kopyalanmasından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir (bkz. **İbiş**, s.50).

⁹² “...her iki raporun da Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na gönderilerek geçen süre içinde numunelerdeki marker seviyesinde azalma ya da değişim olup olmayacağını araştırılmasından sonra sanık E. K.lu’nun hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi,” (Y.7.CD, 09/05/2017, 2014/35565- 2017/4125, UYAP); “... sonuç olarak aynı tanklardan alınan numunelere ilişkin analiz sonuçlarının hangi sebeplere bağlı olarak çelişkiler taşıdığı araştırılmaksızın ve davacı şirketin bu süreçteki sorumluluğu somut olarak ortaya konulmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.” (Dan.13.D. 11.06.2014, 2009/3741-2014/2386, UYAP).

⁹³ Akaryakıt kaçakçılığı ile mücadelede, gerek mevzuattan kaynaklı gerekse işbirliği protokolleri gereği görev alan kurumlar ve yapılan çalışmalar için bkz. **Gedik**, s. 73 vd; **Demircioğlu**, s. 264 vd.

⁹⁴ Rafinaj, depolama, dağıtım ve perakende satış aşamalarından oluşan ve ülkemiz bakımından enerji piyasasının en önemli unsurlarından olan akaryakıt sektörü; aktörleri, faaliyetleri, işlem hacmi ve ortaya çıkardığı vergi gelirleriyle ekonominin lokomotifidir. Akaryakıt kaçakçılığının yarattığı haksız rekabet ve haksız kazanç maruz kalan sektörün, mücadele noktasında proje üretme, işbirliğine açık olma, ilave maliyete rağmen yükümlülüklerini yerine getirme ve bilgi paylaşımı gibi faaliyetlerle ulusal marker

olumlu bir noktaya gelinmiştir. Öte yandan merkezinde ulusal markerin yer aldığı petrol piyasasındaki denetim sisteminin daha iyi işleyebilmesi ve amacını gerçekleştirebilmesi için, bayi otomasyon sistemi, akaryakıt kayıt izleme sistemi gibi tamamlayıcı yöntemler de hayata geçirilmiş ve entegrasyonu sağlanmıştır⁹⁵. Nitekim yapılan marker denetimlerinin sonuçları da büyük ölçüde olumlu sonuçlar vermiş ve marker uygulamaları da kayıt dışı faaliyetlerin azalmasında önemli bir rol oynamıştır⁹⁶. Bugün için ülkemiz petrol piyasasında en önemli denetim aracının ulusal marker uygulaması olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz⁹⁷.

IV. ULUSAL MARKER DÜZENLEMELERİNE AYKIRILIK

A. Suç Olarak Düzenlenen Fiiller

Önceleri kaçakçılık kanunları kapsamında cezalandırılan akaryakıt kaçakçılığı fiillerinin giderek artış gösteren bir seyir izlemeye ve kaçakçılık suçları arasında önemli bir yer işgal etmeye başlamasıyla birlikte ülke ekonomisine, tüketiciye, insan sağlığına ve çevreye verdiği zararların da paralel olarak arttığı görülmüştür. Bunun önlenmesi ve akaryakıt kaçakçılığı ile daha etkili mücadele yapılması amacıyla 13 Şubat 2007 tarih ve 26433 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “5576 sayılı 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 5015 sayılı PPK’nın 2’nci maddesine kaçak petrol tanımı (m.2/21) eklenmiş ve Ek 5’nci maddede “Kaçak petrol ile ilgili ceza hükümleri”ne yer verilmiştir. Bu noktada 5576 sayılı Kanunla getirilen en önemli değişikliklerden biri de, Kurumca belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen akaryakıtın da kaçak petrol kapsamına alınmış olmasıdır⁹⁸. Ulusal marker içermeyen akaryakıtın kaçak akaryakıt olarak kabul edilme ve yaptırıma bağlanma sebebi, 5576 sayılı Kanunun Gereğesinde şu şekilde izah edilmiştir: “Ulusal marker uygulamasının amacı;

sisteminin işleyişine ve geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır (Bu çalışmalar için PETDER sektör raporlarına bakılabilir).

⁹⁵ Örneğin bayi otomasyon sistemi , esasında ulusal marker sistemini tamamlayan ve dolayısıyla akaryakıt kaçakçılığını önlemeyi amaçlayan bir sistemdir; ve bu sistem ile akaryakıt kaçakçılığı ile mücadelede petrol piyasası aktörüne de rol verilmiştir. Gerçekten de bu sistem ile dağıtıcılar, rafineriden ulusal marker eklenmiş şekilde temin ettiği veya ithal ederek ulusal marker eklediği akaryakıtı bayilerine satarak; akaryakıt bayileri de bağlı buldukları dağıtıcılardan temin ettikleri akaryakıtı piyasa faaliyetine konu ederek zinciri tamamlamakta ve kaçak akaryakıtın piyasa faaliyetine dahil edilmesini engellemektedirler (Gedik,s.107).

⁹⁶ PETDER 2008 Sektör Raporu, s.38 vd.

⁹⁷ Gedik, s.102.

⁹⁸ Gedik, s.137 vd. 6455 sayılı Yasa ile 5015 sayılı PPK’nın Ek 5.maddesinin yürürlükten kaldırılmış ve 5015 sayılı PPK’da yer alan petrol kaçakçılığına ilişkin suçların 5607 sayılı KMK kapsamına alınarak 3.maddesinde yeniden düzenlenmiştir.

*ithal edilen ve ülkemizde üretilen akaryakıtın kaynağını tespit etmek ve ülkeye hangi yollardan ve nasıl girdiğini izlemektir. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununda piyasanın denetimi ve kaçak petrol ile mücadelede en etkin araç olarak ulusal marker sistemi getirilmesine karşın, **ulusal markerin yaptırım aşaması ve marker içermeyen akaryakıtın kaçak sayılacağı ile ilgili herhangi bir hüküm getirilmeyerek Kanunda boşluk oluşmuştur. Tasarıda, Kurumca belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen akaryakıt, kaçak petrol tanımı içerisine alınarak marker sistemine etkinlik kazandırılması ve petrol kaçakçılığı ile mücadele edilmesi amaçlanmıştır**”.*

Zamanla ortaya çıkan sorunlar nedeniyle 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6455 Sayılı Kanun ile 5015 sayılı Kanunda yer alan kaçak akaryakıtla ilişkin ceza hükümleri 5607 sayılı KMK’ya aktarılmıştır. 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6545 sayılı Yasa değişikliği ile de 5607 sayılı KMK’nın 3. maddesi yeniden düzenlenmiş ve son halini almıştır.

Bugün için 5607 sayılı KMK’nın 3.maddesine baktığımızda; 3/11. maddesinde⁹⁹ EPDK’nın belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtın üretim, satış gibi eylemlerle ticarete konu edilmesinin; 3/15.maddesinde¹⁰⁰ ulusal markerin yetkisiz olarak üretilmesi, satışı veya bulundurulması gibi işlemlere konu edilmesinin; 3/14.maddesinde¹⁰¹ ise diğer bir takım eylemlerin yanı sıra sahte ulusal marker elde etmeye, satmaya ya da herhangi bir piyasa faaliyetine konu etmeye yarayacak şekilde lisansa esas teşkil eden belgelerde belirlenenlere aykırı olarak sabit ya da seyyar tank, düzenek veya ekipman bulundurmanın suç olarak düzenlendiğini görüyoruz.

⁹⁹ 5607 sayılı KMK’nın 3/11.maddesine göre, “*Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtı;*

a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,

b) Satışa arz eden veya satan,

c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,

kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, marker içermeyen veya seviyesi geçersiz olan akaryakıtın kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur”.

¹⁰⁰ 5607 sayılı KMK’nın 3/15.maddesine göre, “*Ulusal markeri yetkisiz olarak üreten, satışa arz eden, satan, yetkisiz kişilerden satın alan, kabul eden, bu özelliğini bilerek nakleden veya bulunduranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ulusal markerin kimyasal özelliklerini taşımasa bile, bu madde yerine kullanılmak amacıyla üretilen kimyasal terkipler hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır*

¹⁰¹ 5607 sayılı KMK’nın 3/14.maddesine göre, “*Kaçak akaryakıt veya sahte ulusal marker elde etmeye, satmaya ya da herhangi bir piyasa faaliyetine konu etmeye yarayacak şekilde lisansa esas teşkil eden belgelerde belirlenenlere aykırı olarak sabit ya da seyyar tank, düzenek veya ekipman bulunduranlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Bir sonraki başlık altında değineceğimiz üzere suç olarak düzenlenen bu fiillerden bir kısmı aynı zamanda 5015 sayılı Kanunda idari yaptırım gerektiren kabahatler olarak da düzenlenmiştir. İşlenen bir fiilin aynı zamanda 5015 sayılı Kanunda düzenlenen kabahati oluşturması halinde Kabahatler Kanunu'nun 15/3.maddesi gereğince failin sadece suçtan cezalandırılması gerektiği akla gelebilir de, Kabahatler Kanunu'na göre sonraki tarihli olan ve "tek fiile tek yaptırım" ilkesini baştan kabul etmeyen¹⁰² 5015 sayılı Kanunun 20/1. maddesindeki düzenleme¹⁰³ buna istisna getirmiştir. Bu nedenle gerçek içtima kuralı gereğince suç ve kabahat ayrı ayrı uygulanacaktır¹⁰⁴.

B. Kabahat Olarak Düzenlenen Fiiller

5015 sayılı Kanun, ithal edilen ve ülkemizde üretilen akaryakıtın kaynağını tespit etmek ve ülkeye hangi yollardan ve nasıl girdiğini izlemek amacıyla getirilen ulusal marker sistemine işlerlik sağlamak için, kabahat teşkil eden fiillere ve bunlara uygulanacak idari yaptırımlara da yer vermiştir. Nitekim söz konusu kanun, idari anlamda petrol piyasasının aktörlerine verilecek idari cezaları ve bu idari cezaların verileceği hukuka aykırı eylemleri, yani petrol piyasasında faaliyette bulunan aktörlerinin idari kuralları ihlal eylemleri olan kabahatleri, Kanunun ikinci kısmında iki ana başlık altında düzenlemiştir. Bunlardan birinci grup, "*idari para cezaları*" verilecek kabahatler olup, bu kabahatler Kanunun 19 uncu maddesinde yer almaktadır. 5015 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş olan ikinci grup yaptırıma bağlanan kabahatler ise "*idari yaptırımlar*" başlığı altında 20 inci madde başlığı altında düzenlemeye tabi tutulmuştur. Belirtelim ki 5015 sayılı Kanunun 20. maddesinde, 19. maddesinin dışında kalan, yani idari para cezası niteliğinde olmayan *diğer idari yaptırımlara* yer verilmiştir. Lisans iptali, lisans faaliyetinin geçici durdurulması

¹⁰² Kayıkçı, s.209.

¹⁰³ **Madde 20- (Değişik:14/2/2019-7164/33 md.)** "İdari yaptırımlar; tedbirler, lisans iptalleri ve idari para cezalarından oluşur. Bu Kanuna göre idari para cezaları, tedbirler ve lisans iptallerinin uygulanması bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, alınan tedbirler ve lisans iptalleri diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez."

¹⁰⁴ "Dava dosyasının incelenmesinden; bayilik lisansı sahibi olan davacıya ait akaryakıt istasyonundaki tanktan 04.07.2008 tarihinde yapılan denetim sonucu alınan akaryakıt numunesinin, yapılan analiz sonucu düzenlenen 30.07.2008 tarih ve M-08/2427 sayılı rapora göre ulusal marker seviyesinin geçersiz ve teknik düzenlemelere aykırı olduğunun tespit edildiği, bu rapor esas alınarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda; ulusal marker seviyesi geçersiz ve teknik düzenlemelere uygun olmayan akaryakıt ikmal ettiği akredite laboratuvar analizi sonucu düzenlenen rapor ile saptanan davacı hakkında 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca ve anılan maddenin dördüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurulur idari para cezası uygulanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır" (Dan.13 D, 05.03.2013, 2012/2316-2013/539, UYAP).

ve lisans yasağına dair usul ve esaslar bu madde kapsamında yer almaktadır¹⁰⁵.

İnceleme konumuzu oluşturan **ulusal marker ile sınırlı olarak bu yaptırımlara değinecek olursak**, bu çalışmada sıklıkla değindiğimiz üzere 5015 sayılı Kanunun 18.maddesi, ulusal markere ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre, piyasa faaliyetine konu edilen akaryakıtta veya akaryakıtla harmanlanan ürünlerde, Kurumca belirlenen gerekli şart ve seviyede ulusal marker bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda petrol piyasası ile ilgili faaliyetlerde piyasaya arz edilen akaryakıtlardan alınan numunelerde yapılacak testlerde, ulusal markerin gerektiği şart ve seviyede bulunmadığı laboratuvar analizi ile tespit edildiğinde, 5015 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca getirilen yükümlülük ihlal edilmiş olacak ve aynı Kanunun 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi uyarınca ilgili hakkında idari para cezası uygulanacaktır¹⁰⁶.

Kaçak akaryakıt veya sahte ulusal marker elde etmeye, satmaya ya da herhangi bir piyasa faaliyetine konu etmeye yarayacak şekilde lisansa esas teşkil eden belgelerde, belirlenenlere aykırı sabit ya da seyyar tank, düzenek veya ekipmanı bulundurmamak yükümlülüğüne aykırı davranışlar da en ağır idari para cezasına tabidir (5015 sayılı Kanun m. 19/1-a,3).

Ulusal marker ekleme işlemlerine nezaret etmek üzere yetki verilen bağımsız gözetim firmalarına, yükümlülüklerini yerine getirmemeleri hâlinde ulusal markere ilişkin olarak lisans sahibine “a” bendi uyarınca uygulanan idari para cezasının dörtte biri uygulanacaktır (5015 sayılı Kanun m. 19/1-c).

5015 sayılı Kanunun 20. maddesinde petrol piyasasında ticari faaliyetlerin geçici olarak durdurulması, idari yaptırım çeşitlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Buna göre, 5607 sayılı Kanunda belirtilen kaçakçılık fiillerinin işlendiği tespit edilen rafineri hariç, her türlü tesiste lisansa tabi tüm faaliyetler kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilinceye veya bu konuda verilen mahkeme kararı kesinleşinceye kadar EPDK tarafından faaliyetlerin geçici olarak durdurulması gerekmektedir. Kaçakçılık fiilinin, sadece ulusal marker seviyesi ile ilgili olması durumunda, geçici durdurma kararı akredite laboratuvar analiz sonucuna göre verilecektir¹⁰⁷. Ancak alınan örnek şüpheli yakıtın, akredite laboratuvarında yapılan tetkiki sonucunda, bu yakıtın ulusal marker seviyesi bakımından standartlara uygun olmadığı anlaşılırsa, o zaman rafineri niteliğindeki işletmeler hariç, tüm tesis mühürlenerek yapılacak soruşturma ve kovuşturma sonucunda kesin karar verilecek, karar ortaya

¹⁰⁵ 5015 sayılı PPK’da öngörülen idari yaptırımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Ayaz**, s.98 vd; **Altındağ**, s. 37 vd; **Örs**, s.195 vd; **Kayıkçı**, s. 209 vd.

¹⁰⁶ **Ayaz**, s.104; **Altındağ**, s.88.

¹⁰⁷ **Ayaz**, s.130.

çıkana kadar işletme faaliyetlerinin geçici olarak durdurulacaktır. Yargılama sonucunda eğer ilgili kişi beraat eder veya hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, işletmen yeniden faaliyetlerine başlayacaktır. İlgili kişi, yapılan yargılama sonrasında suçlu bulunursa o takdirde standartlara aykırı yakıt müsadere edileceği gibi, ilgilinin lisansı da şartların varlığı halinde iptal edilecektir¹⁰⁸.

Diğer taraftan 5015 Sayılı Kanununun 20.maddesinde lisans iptali de bir idari yaptırım türü olarak düzenlenmiş ve kaçak ürün ikmal edenlerin lisansının iptal edileceğine dair hükme yer verilmiştir (m.20/f)¹⁰⁹.

SONUÇ

Ulusal marker, gerek ithal edilen ve gerekse ülkemizde üretilen akaryakıtın kaynağını tespit etmek ve ülkeye hangi yollardan ve nasıl girdiğini izlemek amacıyla rafineri çıkışında veya gümrük girişinde EPDK'nın belirleyeceği şart ve özellikte akaryakıt eklenecek ve akaryakıtın özelliklerini bozmayacak niteliği haiz kimyasal bir ürünü ifade etmektedir.

Akaryakıt piyasasının işleyebilmesi için, akaryakıt kaçakçılığından kaynaklanan haksız kazancın ve haksız rekabetin önlenerek, adil bir rekabet ortamının ve ürün güvenliğinin sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla piyasa faaliyetlerinin eşitlikçi, istikrarlı, sağlıklı ve düzenli biçimde sürdürülebilmesi bakımından, akaryakıt kaçakçılığının önlenmesi büyük önem taşımaktadır. PPK'nın Genel Gereğesinde de ifade edildiği üzere; ülkemizde ulusal düzeyde bir marker uygulaması ihtiyacını doğuran temel husus, önemli vergi kayıplarına ve tüketicilerin refah kaybına neden olan, çevre ve insan sağlığına verdiği zararla gündeme gelen akaryakıt kaçakçılığını önleme arzusudur.

¹⁰⁸ **Altındağ**, s. 95; **Ayaz**, s. 130-131. Danıştay 13. Dairesi bir kararında (02.07.2015, 2015/747-2015/2776), ulusal marker seviyesinin geçersiz olması durumunda, akredite laboratuvar sonucu bildirilinceye kadar Kurum tarafından alınacak idari tedbirin sadece kaçak akaryakıt satışını engellemeye yönelik olacağını, sadece kaçak akaryakıt olduğu seyyar kontrol cihazı ile tespit edilen tank ve pompaların mühürlenmesi gerektiğini, ulusal marker seviyesinin geçerli olduğu tespit edilen tank ve pompalar dahil istasyonun bütünüyle mühürlenemeyeceğini belirtmiştir (**Altındağ**, s. 94).

¹⁰⁹ "Dava dosyasının incelenmesinden; 5015 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak davacıya ait akaryakıt istasyonunda yapılan denetim sonucu düzenlenen tutanak ile, davacı tarafından dağıtıcısı haricinde kaçak ve menşei belli olmayan akaryakıt ikmal yapıldığının saptandığı anlaşılmaktadır. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, giderilmesi mümkün olan aykırılıkların saptanması halinde ön araştırma veya soruşturma başlatılması öngörülmüş olup, anılan maddenin 2. fıkrasında ise, kaçak veya menşei belli olmayan ürün ikmal edenlerin lisansının iptal edileceğinin hükme bağlanmış olması karşısında davacının savunması alınarak idarî para cezası uygulanmasına ve bayilik lisansının iptaline ilişkin olarak verilen Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır." (Dan. 13. Dairesi, 2007/9328- 2009/9333, **Örs**, s. 214).

5015 sayılı Kanun; petrol piyasasında yürütülecek faaliyetlerin ilgili düzenlemelere uygunluğunun denetimi konusunda asıl yetki ve görevi bir bağımsız idari otorite olan EPDK'ya vermiştir. Anılan Yasa EPDK'yı, ulusal markeri merkezine alan ve bunun etrafına bir takım idari ve teknolojik yöntemleri (bayi otomasyon sistemi, ödeme kaydedici cihaz uygulaması, akaryakıt kalite izleme sistemi, araç, gemi ve akaryakıt takip sistemi) eklemek suretiyle bir denetim sistemi kurmak ile görevlendirmiştir.

Bir denetim mekanizması olarak başlatılan ulusal marker uygulaması sonucunda, ülke içerisinde yasal olarak serbest dolaşıma giren akaryakıt ile yasal olmayan akaryakıt ayrıştırılarak, ürün ikmal zincirinin her aşamasında ürün kalite denetimi yapılabilmekte ve kaçak akaryakıtın yurt içinde piyasaya arzı ve standart dışı akaryakıtın diğer akaryakıt ile karıştırılarak piyasaya sunulması engellenmektedir. Böylece piyasaya arz edilen akaryakıtın dolaylı olarak standartlara uygun olması da sağlanabilmektedir.

Kaçak ve standart dışı akaryakıtın satışının önlenmesi ve dolaşımda olan akaryakıtın piyasaya yasal yollardan girip girmediğinin tespiti amacıyla 01/01/2007 tarihinde başlayan ulusal marker uygulaması, kendisini güncelleme ve getiriliş amacını gerçekleştirme konusunda önemli başarılarla imza atmıştır. Bununla birlikte uygulamanın aksayan yönleri olmuş ve bazı yönlerden eleştirilere de maruz kalmıştır. Kimi eleştirilerde haklılık payı bulursa da marker uygulamasının ilk aylarında yaşanan teknik zorluklara rağmen zaman içerisinde yapılan iyileştirmeler ile ilgili Kurumlar ve sektörün çabaları sonucunda uygulamadaki sorunlar büyük ölçüde aşılarak olumlu bir noktaya gelmiştir. Yapılan marker denetimleri de büyük ölçüde olumlu sonuçlar vermiş ve marker uygulamaları da kayıt dışı faaliyetlerin azalmasında önemli bir rol oynamıştır. Bugün için ülkemiz petrol piyasasında en önemli denetim aracının ulusal marker uygulaması olduğunu; genel olarak denetim sisteminin başarısının da ulusal marker sisteminin, akaryakıt kalite izleme sistemi, bayi otomasyon sistemi, araç, gemi takip sistemi gibi tamamlayıcı diğer yöntemlerle entegre bir şekilde uygulanmasından geçtiğini söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- **ALTINDAĞ, Samet**, 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016.
- **ARSLAN, Cem Barlas**, Akaryakıt Üzerindeki Vergi Yükü, Ankara 2015.
- **ASLAN, İ.Yılmaz**, Enerji Hukuku Cilt 2: Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ankara 2008.
- **ATAY, Hakan**, Akaryakıt Kaçakçılığı İle Mücadele Getirilmiş Yeni Yöntem: Ulusal Marker (www.eleletemizturkiye.com/2/files/assets/basic-html/page2.html, son erişim tarihi:04/08/2017).

- **AYAZ, Bilal, Türk Petrol Piyasası Düzeninde Kabahatler Ve Yaptırımları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2019.
- **BALCI, Murat**, Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanununda Düzenlenen Kabahatler, Ankara 2010.
- **DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar**, Petrol Ürünleri Piyasasında Devlet Kontrolü ve İdari Müdahaleler, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2010.
- **EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ KAÇAKÇILIK VE ORGANİZE SUÇLARLA MÜCADELE DAİRE BAŞKANLIĞI, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2007 Raporu, Ankara Şubat 2008. (KOM 2007 Raporu)**
- **EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ KAÇAKÇILIK VE ORGANİZE SUÇLARLA MÜCADELE DAİRE BAŞKANLIĞI, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2018 Raporu, Ankara Şubat 2019 (www.egm.gov.tr, erişim 20/01/2020). (KOM 2018 Raporu)**
- **ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMU, Petrol Piyasası Sektör Raporu 2013** (<http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Petrol/YayinlarRaporlar/Yillik>, son erişim tarihi:14/04/2020).
- **ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMU, Ulusal Marker ile İşaretleme Kılavuzu**, (<http://www.epdk.org.tr/TR/Dokuman/8008>, son erişim: 03/03/2020).
- **ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI**, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşların Amaç ve Faaliyetleri, Ankara 2013.
- **ERTEKİN, Rafet**, Akaryakıt Ekonomisi, Gümrük Ticaret Dergisi, Cilt 5, Sayı:14, 2018.
- **GEDİK, Doğan**, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na Göre Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2018.
- **GÖREN, Ahmet Ceyhan**, Türkiye'de Ulusal Marker Uygulaması: 10. Yıl, Kalkınmada Anahtar Verimlilik Dergisi, Ocak 2016, Yıl 28, Sayı: 325
- **Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü, 2015 Faaliyet Raporu** (2016 yılında yayınlanmıştır).
- **İBİŞ, Mehmet**, Türkiye'de Ulusal Marker Uygulamaları, Enerji Uzmanları Derneği Yayını, Ankara 2018.
- **JANDARMA GENEL KOMUTANLIĞI 2018 YILI FAALİYET RAPORU** (<https://www.jandarma.gov.tr>, erişim 20/01/2020).
- **KAYIKÇI, Mehmet Suat**, Petrol Piyasası Hukuku, İstanbul 2015.
- **KIL, İlker Fatih**, Normatif Hukuk Bağlamında Akaryakıt Piyasası, Enerji Piyasası Bülteni, Kasım 2009, Sayı:9.
- **KİLER, Vahit**, Akaryakıt Kokar Yakıt Olmasın,. www.eleletemizturkiye.com/2/files/assets/basic-html/page2.html, son erişim tarihi:03/03/2020.

- **METİN, Erol Seyfi/KUMBAROĞLU, Gürkan**, “Impacts of Regulatory Transformation Processes to the Downstream Oil Market in Turkey”, *International Journal of Energy Economics and Policy*, 2018, 8(3), s.141-149.
- **ÖZKAN, Ahmet Fatih**, Türkiye’de Enerji Sektörüne İlişkin 10 Temel Sorun Alanı, *Rekabet Dergisi*, C.11, Sayı: 2, Nisan 2010.
- **PETDER 2008 Sektör Raporu** (<http://www.petder.org.tr>, son erişim tarihi: 13/03/2020).
- **PETDER 2008 Sektör Raporu** (<http://www.petder.org.tr>, son erişim tarihi: 13/03/2020).
- **PETDER 2014 Sektör Raporu** (<http://www.petder.org.tr>, son erişim tarihi: 13/03/2020).
- **PETDER 2018 Sektör Raporu** (<http://www.petder.org.tr>, son erişim tarihi: 13/03/2020).
- **REKABET KURUMU 1. DAİRE BAŞKANLIĞI, Akaryakıt Sektör Raporu** (İsmail Atalay Yolcu/Çiğdem Ünal/Harun Gündüz), Ankara 2008.
- **TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Akaryakıt Kaçakçılığının Ekonomiye, İnsan ve Çevre Sağlığına Verdiği Zararın Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu (10/238)**, 2005.
- **YAŞAR, Rauf Fırat**, Akaryakıt Kaçakçılığına Karşı Mücadelede Ulusal Markerin Yeri, *Uzman Gözüyle Enerji Dergisi*, Mayıs - Haziran 2018, Sayı: 7.

YABANCILARIN İADESİ: “TÜRKİYE’DEN YABANCI DEVLETE İADENİN ŞARTLARI YÖNÜNDEN BİR İNCELEME”

Extradition of Non-Citizens: “a Review of the Terms of Extradition from Turkey to Foreign Countries”

Dr. Öğretim Üyesi Can CANPOLAT*

Geliş Tarihi: 06.03.2020 Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Yabancıların iadesi, bir ülke sınırları içerisinde suç işleyen kişinin davranışının cezasız kalmasının önüne geçilmesini, diğer bir deyişle uluslararası ceza adaletinin tesis edilmesini sağlar. Bu nedenle bu kurumun sağlıklı işleyişi, devletler arasında sıkı bir iş birliğini zorunlu kılar. Bu çerçevede devletler arasında, ülkemizin de taraf olduğu Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS) gibi çok taraflı uluslararası anlaşmalar akdedilmekle birlikte, konuyla ilgili birçok ikili anlaşma da bulunmaktadır.

Yabancıların iadesi bakımından kendisinden iade talep edilen ülke, ilk bakışta adeta bir araç konumundaymış gibi gözükse de özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında gündeme gelen insan haklarına ilişkin kaygılar, talep edilen devletin de iade konusunda daha detaylı bir inceleme yapmasını gerektirmiştir. Zira iadeye konu kişi yahut kişiler yaşam haklarının korunması, fiziksel bütünlüklerinin gözetilmesi, kötü muameleye maruz kalmamaları önemli olduğu gibi, iadenin gerçekten ceza adaletine hizmet edip etmediğinin denetlenmesi de lüzumlu hale gelmiştir. Bu bakımdan iade yargılamasında uluslararası insan hakları uygulamalarının da nazarı itibara alınması gerekir.

ABSTRACT

Extradition of non-citizens prevents impunity of the criminal who commits a crime within the borders of a country, in other words, provides the establishment of international criminal justice. In this terms, the decent functioning of this institution enforces a good cooperation between states. In this context, there are not only multilateral agreements between states, such as the European Convention on Extradition to which Turkey is also a party, but also many bilateral agreements on extradition.

The requested country in terms of extradition of non-citizens seems to be a tool at first glance but especially human rights concerns after the Second World War required a more detailed review of the requested country. It became important that the people subjected to extradition are protected regarding their right to live, providing their physical integrity and not to be subjected to mistreatment. Besides it became necessary to check whether the extradition actually serves criminal justice. In this respect, international human rights practices should also be taken into consideration in the extradition proceedings.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi, e-posta: canpolat@yalova.edu.tr, ORCI ID: 0000-0002-8729-0359.

Çalışmada, SİDAS ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu kapsamında iadenin şartları, yalnızca Türkiye’den iade talep edilmesi durumu dikkate alınarak incelenecektir. Bu çerçevede sorunlu olan hususların değerlendirilmesine gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yabancıların İadesi, Çifte Suçluluk, İade Talebi, Yaşam Hakkı, İşkence Yasası.

In this study, the conditions of the extradition will be examined in considering European Convention on Extradition and The Turkish Code (Numbered 6706) on International Judicial Cooperation on Criminal Matters, only in accordance with the request for extradition from Turkey. In this context, the problematic issues will be underlined.

Keywords: Extradition Law, Double Criminality, Extradition Request, Right to Live, Prohibition of Torture.

GİRİŞ

İade¹, bir ülke sınırları içerisinde işlenen yahut işlendiği iddia olunan bir suç nedeniyle hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan veya adli tahkikat başlatılan bir yabancı², talep üzerine, hükmedilen cezanın infaz edilebilmesini veya tahkikatının sonuçlandırılabilmesini temin etmek için talep edilen devlete teslim edilmesini ifade eder (6706 sayılı Kanun m.10)³. Rızaya dayalı iade dışında teslim, kişinin iradesi hilafına yapılan bir işlem özelliği taşır⁴.

Devletler, yargılama yetkisini kullanırken ekseriyetle mülkîlik ilkesinden hareket ederler⁵. Dolayısıyla kural olarak bir devletin, kendi egemenlik sınırları içerisinde işlenmemiş bir fiili yargılaması söz konusu olmaz. Ancak bu durumda, bir devlette suç işleyen kişinin, o devletin egemenlik sınırları dışına çıkarak ceza yargılamasından kurtulması söz konusu olabilir. Bu bakımdan iade, ülkelerin kaçak faillere sığınak olmasının önüne geçmeye matuf bir kurum olup devletler arasında adli iş birliğinin sağlanması ile mümkün olabilir⁶. Bu izahattan hareketle, iadenin hem adli hem de siyasi bir yönü bulunduğu söylenebilir⁷.

¹ Öğretide iade yerine geri verme kavramının kullanımı için bkz. **ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, M.Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin, Eylül 2019, s.115; **AKBULUT, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s.205. İade kelimesine karşılık gelen Extradition ifadesinin, tarihsel anlamda ilk defa 19 Şubat 1791 tarihli Fransız Emirnamesinde yer alarak literatüre girdiği, 1828 yılında yine Fransa'nın yaptığı bir andlaşmada da bu ifadeye yer verildiği hususunda bkz. **ERALP, Özgen**, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.167, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1962, s.18.

² Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması iade engelidir (6706 sayılı Kanun m.11/1-a). Vatandaşın iade edilmezliği kuralına esas teşkil eden nedenler genel olarak şu şekilde sıralanabilir; “1-Devletin vatandaşını koruma yükümü, 2- Kişinin kendi ülkesi sınırlarında ikamet etme/bulunma hakkı, 3- Doğal hakim ilkesinden yoksun bırakılmama hakkı, 4- Yabancı devletin hukuki koruma sağlayacağı hususunda güvensizlik, 5- Vatandaşını iade eden devletin itibarını kaybetme tehlikesi” (Detaylı bilgi için bkz. **RINIO, Carsten**, Die Auslieferung eigener Staatsangehöriger -Historische Entwicklung und neuere Tendenzen-, ZStW 108 (1996), Heft 2, s.381 vd.)

³ **İÇEL, Kayıhan**, Suçluların Geri Verilmesi Üzerinde Bir İnceleme, İÜHFİM, S. 46, s. 693; **ERGÜL, Ergin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, s.28.

⁴ **MAAßEN, Hans-Georg**, GG Art 16 Auslieferung, in: Epping/Hillgruber BECK Grundgesetz Kommentar, C.H Beck München 2019, kn.33.

⁵ İadenin, uluslararası adli yardımlaşma ve suçla mücadelenin bir aracı olarak, devletlerin kişi bakımından ve yer bakımından yargılama yetkisiyle yakın irtibatlı olduğu hususunda bkz. **DAHME, George**, Völkerrecht, Band I/2, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 2002, s.151.

⁶ **ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAĞIZ, Pınar-TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s.156. Bu yönüyle iadenin devletler hukukunu da ilgilendirdiği hususunda bkz. **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, Suçluların Geri Verilmesi, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998, s.56. **TEZCAN, Durmuş**, Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu, Ankara Ü. SBF Dergisi, C.38, 1983, s.160.

⁷ **KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Adalet, Ankara 2018, s.802.

İade ile suç işleyen kişinin cezasız kalması engellenmiş olacağı gibi, suç işleyen kişilerin doğal yargıcının önüne çıkarılarak adaletin gereğinin yerine getirilmesi de sağlanmış olacaktır⁸.

Yukarıda belirtildiği gibi iade, devletlerarası adli yardımlaşma hususunda ortak irade oluşturma esasına dayalı olduğundan⁹, iadenin asli kaynağını, ikili ve çok taraflı anlaşmaların oluşturduğu söylenebilir¹⁰. Bu kapsamda ülkemiz ile birçok ülke arasında yabancıların iadesi konusunda akdedilmiş anlaşmalar mevcuttur¹¹.

Türkiye’nin iade konusunda imzaladığı çok taraflı uluslararası anlaşma, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan, 1957 tarihli Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (SİDAS)’dır¹². Belirtmek gerekir ki SİDAS m.28/1 gereğince, Sözleşmeyi onaylayan devletler arasında iade konusunda daha önce akdedilmiş ikili anlaşmalar yürürlükten kalkmıştır. SİDAS m.28/2 ise, Sözleşmenin yürürlük tarihinden sonra, taraf devletler arasında ancak Sözleşmenin hükümlerini tamamlayan veya Sözleşme kurallarının uygulanmasını kolaylaştıran ikili anlaşmalar yapılabileceği kaydını barındırmaktadır.

Bunun dışında iç hukukumuzda iadenin kaynağını, TCK m.18’i yürürlükten kaldıran¹³ ve iade hususunda özel düzenleme olarak ihdas edilen 6706 sayılı Ceza Konularında Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu oluşturmaktadır (m.10-22)¹⁴.

Çalışmamızda, iade kurumunun amacı, hukuki anlam ve önemi ortaya konulduktan sonra, iadenin gerek SİDAS gerekse 6706 sayılı Kanun’da düzenlendiği şekliyle usule ve esasa ilişkin şartları, uygulamada karşılaşılan bazı problemler özelinde ele alınacaktır.

⁸ Mahmutoğlu, s.55.

⁹ Devletler arasında ikili yahut çok taraflı bir uluslararası anlaşma bulunmaması durumunda, talep edilen kişinin iadesinin bir egemenlik tasarrufu olduğu söylenebilir (ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Beta, İstanbul 1991, s.248). Bununla birlikte, iade hususunda böyle bir anlaşma bulunmasa da karşılıklılık ve uluslararası gelenek kurallarına göre yine de iade mümkün olabilir. Nitekim Tunus ile ülkemiz arasında iade ve adli yardımlaşma hususunda bir anlaşma yokken, banker Castelli mahlasıyla bilinen Cevher Özden’in Tunus’a iadesi, söz konusu gelenek kurallarına göre gerçekleştirilmiştir (Tezcan, s.160).

¹⁰ Koca-Üzülmüş, s.810.

¹¹ Türkiye ile arasında ikili iade anlaşması bulunan devletler için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2018, s.1005 vd.

¹² Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://rm.coe.int/1680064587>.

¹³ Burada ifade etmek gerekir ki 6706 sayılı Kanun’dan önce işlenen fiiller yönünden TCK m.18 ile söz konusu Kanun arasında, zaman bakımından uygulamaya ilişkin TCK m.7’de öngörülen prensiplere göre bir değerlendirme yapılması söz konusu olabilir. Nitekim bu değerlendirmenin gerekliliği Yargıtay 1. CD’nin, 18.12.2017 tarih, 1722/5151 sayılı kararında; “23.04.2016 tarih ve 6706 Sayılı Kanun’un 36. maddesiyle 5237 Sayılı TCK’nun 18. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, 6706 Sayılı Kanun hükümlerinin somut dosya yönünden ...’nın hukuki durumunda herhangi bir değişiklik getirmediğinin açıkça anlaşılması karşısında, bu husus bozma nedeni yapılmamıştır” denilerek vurgulanmıştır.

¹⁴ Bu yönüyle iadenin kaynaklarını, uluslararası ve iç hukuka ilişkin kaynaklar şeklinde tespit etmek mümkündür (Eralp, s.11).

I. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmada, yurtdışında işlenen bir suç dolayısıyla Türkiye’den iade talebinde bulunulmasına dair konular değerlendirilecektir (6706 sayılı Kanun m.10-21). Bu kapsamda iadenin şartlarına ilişkin mevzuatımızda ve uluslararası belgelerde yer alan tüm şartlara dair genel bilgilerin aktarılması yoluna gidilmemiştir. Buna koşut olarak iade talebinin kabulü yahut reddine karar verilebilmesi adına yürütülecek yargılamanın usulü konusunda da sıralı ve detaylı bir anlatıma yer verilmemiştir. Çalışmanın amacı, iadenin usul ve esasına ilişkin bazı özellik arz eden konulara işaret ederek bunların tartışılmasına imkan sağlamaktır.

Bunun dışında, iade talebine ilgilinin rıza göstermesi durumunda, normal iade usulü uygulanmadan iade gerçekleştirilebilmektedir (6706 sayılı Kanun m.17). Çalışmada, rızaya dayalı iade usulü yönünden herhangi bir inceleme yapılmayacaktır.

II. İADE KURUMUNUN AMACI, HUKUKİ ANLAM VE ÖNEMİ

Bu kurumun tesis edilmesindeki amaç, uluslararası alanda adaletin sağlanmasıdır. İadenin, kriminolojik açıdan suçun önüne geçilmesine de hizmet ettiği söylenebilir. Nitekim iade kurumu olmasa, suç işleyen kişi, başka bir ülkeye giderek işlediği suçun yaptırımından kurtulabileceğini umacak ve bu da suçların önlenmesi açısından bir zafiyet oluşturabilecektir¹⁵. Bunun dışında iade olmasa da devletler, başka ülkede suç işleyip kendi ülkelerine kaçan suçluların barındırılması yerine bunları sınır dışı etme yoluna gideceklerdir¹⁶. Bu da suçluya bir başka ülkeye gitme imkanı tanıyabilir. Bu bakımdan son yıllarda, suçlunun, suç işlediği ve kamu düzenini ihlal ettiği yere getirilerek yargılama sürecinin tamamlanması veya hakkında verilmiş cezanın infazının temini için geri getirilmesi, adli yardımlaşma çerçevesinde giderek önem kazanmakta, uluslararası toplumu daha fazla meşgul etmektedir¹⁷.

Mutlakiyet döneminde iade, sadece hükümdarın (Monarch) takdirine terk edilmiş bir konu olup dönemin şartları itibarıyla iadenin, genellikle politik suçlular bakımından söz konusu olduğu söylenebilir. 18 inci yüzyılda Avrupa’daki birçok ülkeye ait sınırlarda görülen hareketlilik, özellikle bir ülkede suç işleyip diğer bir ülkeye kaçan kişiler bakımından etkili bir ceza adaletinin sağlanmasına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. 19 uncu yüzyılın

¹⁵ **SHEARER, Ivan Anthony**, Extradition in International Law, Manchester University Press, 1971, s.1.

¹⁶ **Shearer**, s.3.

¹⁷ **ULUTAŞ, Ahmet**, “Türk Geri Verme Hukukunda Terminoloji Birliği İhtiyacı ve Bu Açından Türkiye-Tunus Sözleşmesi’nin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, S.3, s.268.

ikinci yarısında, yani 1834 yılında Fransa ve Belçika arasında imzalanan iade anlaşmasından sonraki dönemde, devletler arasında iade hususunda ikili anlaşmalar akdedilmiş olmakla birlikte, uluslararası alanda artan iş birliği ve suçla mücadele konusundaki hassasiyet, iadenin çok taraflı anlaşmalar ile düzenlenmesi fikrinin gelişmesine imkan sağlamıştır¹⁸.

İkinci Dünya Savaşından sonraki dönemde uluslararası alanda kabul edilen belgeler, iade kurumunun yapısını da etkilemiştir. 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İHAS), 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MvSHS), 1984 tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezalara Karşı Sözleşme gibi uluslararası sözleşmeler bunlardan bazılarıdır¹⁹. Bu belgelerde ortak mahiyette, suçlulukla mücadele sırasında, evrensel olarak kabul edilmiş temel insan haklarının gözetilmesi gerektiği, bu süreçte uygulanan tedbirler bakımından yeterli güvencelerin verilmesinin önemine işaret edilmiştir²⁰.

İadesi istenen kişinin, özellikle fiziki bütünlüğünün korunması için iadeye ilişkin gerek ulusal gerekse de uluslararası mevzuatta çeşitli hükümler sevk edilmiştir. Bu hükümlerde yer alan düzenlemelere dayanarak Talep Edilen Devlet, ülkesinde bulunan ve iadesi istenen kişiyi, Talep Eden Devlete iade etmeyebilecektir. Örneğin, SİDAS m.3’e göre; *“kendisinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasi kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısıyla ağırlaşabileceğine dair ciddî sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kaide tatbik edilecektir.”* 6706 sayılı Kanunda da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *“iadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleyle maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması”* halinde iade talebi kabul edilmez (m.11).

Bu düzenlemelerden çıkan sonuca göre iade, ülkesinde suç işlenen devletçe yargılama yapılması veya hükmedilmiş cezanın infaz edilebilmesi, böylece suç işleyen kişinin cezasız kalmasını önlemek amacıyla uygulanmalıdır. Bunun dışında başkaca saiklerle veya insanlık dışı muameleyle tabi tutulmak üzere yahut öldürülmek üzere kişinin iade edilmesi mümkün değildir.

¹⁸ Dahm, s.153.

¹⁹ SAVAŞ, Coşkun Necmi, “İnsan Hakları Bağlamında Suçların Geri Verilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013 S. 1, s.253.

²⁰ Savaş, s. 253.

III. İADE İÇİN ARANAN ŞARTLAR

Bu çalışmada, iade için aranan ve üzerinde durulması tercih edilen şartlar; *iade talebine, fiile ve iadesi talep olunan kişiye* ilişkin olmak üzere üç başlık altında incelenecektir²¹. Söz konusu şartlar yönünden ortaya çıkabilecek farklı olasılıkların değerlendirilebilmesi adına, konunun örnek bir olaydan faydalanılarak izah edilmesi tercih edilmiştir. Bu kapsamda olayın genel hatları aşağıda ortaya konularak, çalışmanın ilgili yerlerinde vakıa gelişimine ilişkin diğer detaylara yer verilecektir.

Örnek olay ²²

2011 yılında Rusya'da bir bar işletmesinde işlenen kasten yaralama fiili ile ilgili olarak Rusya Federasyonu adli makamlarınca yapılan soruşturma kapsamında, mağdurun ve bar işletmesinde bulunan personelin beyanları alındıktan sonra, mağdurda oluşan yaranın niteliğinin tespiti için dosya Adli Tıp Kurumuna gönderilir. Alınan rapora göre, failin silahıyla yere doğru ateş ettiği sırada mağdurun bacağında oluşan yaralanmaların hayat ve sağlık açısından tehlike arz etmediği, yaralanmanın sağlığını kısa süreli bozulması kapsamında kaldığı tespit edilir. Dolayısıyla şüphelinin işlemiş olduğu yaralama fiilinin Rusya Federasyonu Ceza Kanunu m. 115/1'e göre sağlığa hafif zarar verme kapsamında kaldığı ve uzlaştırmaya tabi olduğu kabulüyle dosya uzlaşma sağlanarak sonuçlandırılır. Aradan 2 yıl geçtikten sonra soruşturma yeniden açılır ve Rusya Federasyonu C.Savcısı tarafından atanan araştırmacı eliyle yürütülen uzlaştırma işlemleri sonucunda verilen, ceza kovuşturmasının sonlandırılmasına dair karar kaldırılarak, iadenin sağlanabilmesi için atılı suç, silahla holiganizm olarak değiştirilir. Bu kapsamda alınan ikinci Adli Tıp Kurumu raporunda da mağdurda oluşan yaraların, ilk raporda belirtildiği gibi sağlığın bir süre bozulmasına neden olacak mahiyette olduğu kabul edilir. İnterpolün bu suça (holiganizm) dayalı arama kararı çıkarmayı kabul etmemesi nedeniyle bu defa isnat, kasten öldürmeye teşebbüse çevrilir ve arama kararı çıkarılması da sağlanarak Türkiye'den iade talebinde bulunulur.

1. İade Talebine (Usule) İlişkin Şartlar

A. Genel Bilgiler

Türkiye'nin de tarafı olduğu SİDAS, iade talebine ilişkin birtakım şartlar öngörmüştür. Sözleşmede bu şartlar şu şekilde tespit edilmektedir (m.11):

1) İade talebi yazılı olarak ve diplomatik yoldan yapılacaktır. İki veya daha fazla taraflar arasında doğrudan doğruya anlaşma suretiyle diğer bir talep şekli tespit edilebilir.

²¹ İade koşullarının, genel olarak fiil ve fail yönünden ikili bir ayrım çerçevesinde incelenmesi mümkündür. Bkz. **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.158 vd.; **Akbulut**, s.207 vd.

²² Yargıtay 1.CD.'nin, 25.9.2019 tarih ve 3174/3947 no'lu ilamına konu olaydan alıntılanmıştır.

2) İade talepnamesine aşağıdaki vesai eklenecektir.

a) İade talep eden tarafın kanunlarına uygun surette ısdar edilmiş ve infaz kabiliyetini haiz bir mahkumiyet kararının veya tevkif müzekkeresinin yahut aynı tesiri haiz diğer herhangi bir kararın aslı veya tasdikli sureti;

b) İade talebine sebep olan fillerin işarı. İka edildikleri yer ve zaman hukukî tavsipleri ve bunlara tatbik olunacak kanunî hükümler mümkün olduğu kadar sarih bir şekilde gösterilecektir; ve

c) Tatbik edilecek kanunî metinlerin bir sureti veya bu mümkün değilse, tatbik olunacak hukukun izahı ve ayrıca talep olunan şahsın mümkün olduğu kadar sarih eşkâli ile milliyetini ve hüviyetini tespiti yarayacak diğer bütün malûmat.

Bunun dışında, ikili anlaşmalar çerçevesinde iade usulüne ilişkin daha detaylı şartlar tespit edilebilir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Cezai Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma ve Suçluların İadesi Anlaşması'nın²³ “Talep ve Destekleyici Belgeler” başlıklı maddesine göre (m.25):

- 1) Bir iade talebi, taraflardan birinin Merkezi Makamından bir diğerine yazılı olarak gönderilir. Talepte, Talep Eden Tarafın yetkili makamının tam adı, iadesi istenen kişinin tam adı, uyruğu, mümkün olduğunca fiziksel olarak tarih, ikamet adresi bilgileri ve eğer mümkünse bu kişinin fotoğrafı ve parmak izi yer alır.
- 2) Herhangi bir ceza takibatı amacıyla yapılan bir iade talebinde suça sebep olan eylemi tanımlayan bir açıklamanın yer aldığı onaylanmış tutuklama müzekkeresi nüshası ve bu suça yönelik uygulanabilir ilgili kanun maddelerinin tam metni ile zamanaşımı bilgileri yer alır. Suçun maddi hasara sebep olması halinde, zarar miktarı mümkün olduğunca tam olarak belirtilir.
- 3) Herhangi bir cezanın infaz edilmesi amacıyla sunulan bir talepte, nihai kararın onaylanmış bir nüshası, bu suça yönelik uygulanabilir ilgili kanun maddelerinin tam metni, zamanaşımı bilgileri ile ceza infaz süresinin açıklaması yer alır.
- 4) İade talebi, faks, elektronik posta ve bu türde iletişim araçlarıyla yapılan iletişimin hemen ardından Talep Edilen Tarafa gönderilir. Daha sonra ise talebin aslı Talep Eden Tarafça derhal sunulur.

²³ 6.6.2017 tarih ve 30088 sayılı Resmi Gazetede (mükerrer) yayımlanmıştır. Tam metin için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/06/20170606M1-25.pdf>

Anlaşmanın “Ek Bilgi” başlıklı maddesine göre (m.26);

- 1) *İade talebinin gerekli tüm bilgileri içermemesi halinde, Talep Edilen Taraf ek bilgi talep edebilir. Bunu yapabilmek için, Talep Edilen Taraf 30 günü aşmamak üzere bir süre sınırlaması koyabilir. Bazı durumlar istisna olmak üzere, belirtilen süre sınırlaması, 30 günlük bir süreyi aşmamak üzere tarafların Merkezi Makamlarının mutabakatıyla uzatılabilir.*
- 2) *İadesi istenen kişinin gözaltına alınmış olması ve sağlanan ek bilgilerin yetersiz olması yahut işbu maddenin 1. Paragrafında belirtilen süre içerisinde ulaşmamış olması halinde, kişi gözaltındayken serbest bırakılabilir. Ancak bu durum, Talep Eden Tarafı, kişinin iadesi için yeni bir talepte bulunmasına veya bu kişinin gözaltına alınmasına engel teşkil etmez.*
- 3) *Kişinin işbu maddenin 2. Paragrafına uygun olarak gözaltındayken serbest bırakılması halinde, Talep Edilen Taraf bu durumla ilgili olarak Talep Eden Tarafı derhal bilgilendirir.*

6706 sayılı *Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu* m.13’e göre de Adalet Bakanlığı, “*iade taleplerini inceleyerek, lüzum görmesi hâlinde ek bilgi ve belge talebinde bulunabilir ve gerekli şartları taşımayan talepleri reddeder.*” Bu hüküm dışında Kanunda, iade talebinin usulüne ilişkin bir düzenleme olmaması dikkat çekicidir. Hemen ifade edelim ki bu durum, Kanunun uygulanmasına ilişkin çıkarılması gereken yönetmelik(ler)²⁴ ile ilgili çalışmaların henüz Adalet Bakanlığı tarafından tamamlanamamış olmasından kaynaklanmaktadır. İadeye ilişkin kurallar, genellikle devletler arasındaki ikili yahut çok taraflı anlaşmalarla öngörülmekteyse de bu türden anlaşmaların tarafı olmayan ülkelerden gelecek iade taleplerinde nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin detaylı düzenlemelerin mevzuatımızda bulunmasının önemli olduğuna işaret etmek gerekir. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğüne yayımlanan genelgelerle söz konusu boşluğun doldurulmaya çalışıldığını ifade etmek gerekir²⁵.

B. İade Talebi (Usulü) Yönünden Önemli Konular

Yukarıda bahsi geçen uluslararası anlaşmalarda yer verilen düzenlemeler incelendiğinde, iade talebinin usulüne uygun yapılması ve iade amacına uygun olarak bir takım bilgi ve belgelerle donatılması gerektiği anlaşılmaktadır.

²⁴ Kanunun 35 inci maddesinde; “Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler Adalet Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulur” denilmektedir.

²⁵ <http://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/genelgeler>

Bu kapsamda, iade usulü yönünden dikkat edilmesi gereken bazı konular mevcuttur. Bunları aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmek mümkündür.

a. İade Talebinin Yapılış Usulü

SİDAS m.12’de, iade talebinin diplomatik yoldan, yani merkezi makamlar aracılığıyla yapılacağı ifade edilmiştir. Bu noktada iki şekilde düşünmek gerekir:

İlk olarak SİDAS m.12’de belirtildiği üzere, talep eden devlet ile talep edilen devlet arasında ikili bir anlaşmada bu hususta bir hüküm varsa talebin buna uygun yapılması lazım gelir. Örneğin 2014 tarihli, Türkiye-Rusya Federasyonu Arasında Cezai Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma ve Suçluların İadesi Anlaşması uyarınca merkezi makam, Türkiye yönünden Adalet Bakanlığı, Rusya Federasyonu yönünden ise Başsavcılık makamıdır (m.1/3). Dolayısıyla Rusya Federasyonu ve Türkiye arasında gerçekleşecek muhtemel bir iade talebinin bu makamlar aracılığıyla yapılması gerekir. Bunun dışındaki müracaatlar dikkate alınmamalıdır. Söz gelimi iade talebinin faks yoluyla İnterpol Daire Başkanlığına gönderildiği varsayımında, yapılan iade talebi usulsüz olacaktır.

İkinci ihtimal, talep eden ve talep edilen devletler arasında ikili bir anlaşma bulunmamasıdır. Bu durumda, 6706 sayılı Kanuna göre, adli yardımlaşma yönünden genel hüküm olarak merkezi makamın Adalet Bakanlığı olarak tespit edildiği dikkate alınarak, Türkiye’den iade talebinde bulunan anlaşma dışı devletin de bu talebi Adalet Bakanlığı aracılığıyla yapacağı söylenebilir (m.2/1-b). Nitekim Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne yayımlanan, “Suçluların İadesi ve Hükümlü Nakli Konularında Adli Makamlarımızca Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar” başlıklı Genelgeye²⁶ göre; “*Yabancı devlet yetkili adli makamınca merkezî makam olarak Bakanlığımıza iletilen iade talepname ve eki evrak, gerekli kontrol yapıldıktan sonra kanunî gereğinin takdiri yönünden geri verilmesi talep edilen kişinin bulunduğu yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (m.7)*”

b. İade Talebinin Sıhhatli Tercüme Edilmiş Olması

İade talebi açısından belki de en önemli konu, talepname ve ekinde yer alan evrakların doğru bir şekilde tercüme edilmiş olmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki talepnamenin hiçbir şekilde tercüme tabi tutulmamış olması durumunda, talep yönünden herhangi bir karar vermek mümkün değildir. Bunun dışında uygulamada bazı örneklerde, evrakların tercümesi yapılmış olmakla birlikte, tercüme metnindeki cümlelerin birbirinden ayrıştırılmasının dahi zor olduğu görülmekte, tercüme metinler, birtakım çeviri programları aracılığıyla yapılmış izlenimi uyandırmaktadır. Bu noktada, evrakların usulüne uygun tercüme edilerek gönderilmesinin sağlanması yahut iade yargılamasını yürüten ağır ceza mahkemesi eliyle tercüme ettirilerek olayın gelişiminin anlaşılmasına olanak sağlayacak bir metne dönüştürülmesi

²⁶ <http://www.diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/genelgeler/69-4%20Nolu%20Genelge.pdf>

gerektiği söylenebilir. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında²⁷; “..... *Federasyonu Başsavcılığının 28/12/2018 tarihli yazısı ekindeki soruşturma sürecine ilişkin aslı ve tercümesi bulunan evraklardaki tercümenin yetersiz olup yeniden tercüme yaptırılmasında zorunluluk bulunması...*” nedeniyle iadeye ilişkin hükmün bozulmasına karar vermiştir.

c. Talepname ve Ekinde Yer Alan Evrakların Açıklayıcı Olması

Daha önce ifade edildiği üzere iade, talep eden devlet nezdinde, talep edilen kişi hakkında yürütülen bir adli tahkikatın sürdürülmesi yahut verilen kararın infaz edilmesi amacıyla gündeme gelebilir. Bu kapsamda taleptenim, iade talep edilen devletin, iade şartlarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde ve ikili anlaşmalarda öngörülen esaslar nazarında değerlendirmede bulunabilmesine imkan sağlayacak netlikte olması gerekir. Dolayısıyla iade talepteniminin, iade talebinin dayanağını oluşturan adli tahkikat yahut mahkumiyet hükmü hakkında detaylı bilgi içermesi zorunludur.

Bu kapsamda **örnek olay** yönünden, şüpheli hakkında yapılan suçlamanın, dosya uzlaşma ile neticelendikten sonra canlandırılması ve değiştirilmesine ilişkin izahat, uzlaşmacı tarafından tesis edilen kararın kaldırılma gerekçeleri ile süreç içerisinde suçlamanın ne şekilde basit yaralamadan öldürmeye teşebbüse çevrildiğinin açıklanması gerekir. Bu bakımdan söz gelimi; mevcut tanıklardan beyan değiştiren olup olmadığı, mağdurun beyanında değişiklik bulunup bulunmadığı, yeni bir delil ortaya çıkıp çıkmadığı gibi hususlara yer verilmesi zorunludur.

Bu çerçevede dosyada eksikler mevcutsa, bunlar, iade yargılaması yürüten mahkeme eliyle giderilmelidir²⁸. SİDAS m.13'e göre de; *“iade talep eden tarafça verilen malûmat, kendisinden iade talep edilen tarafın işbu Sözleşme gereğince bir karar vermesi için kâfi görülmediği takdirde bu taraf lüzumlu munzam malûmat talep edecek ve bu malûmatın tevdi için bir mühlet tespit edilebilecektir.”*

2. Fiile İlişkin Şartlar

A. Fiilin Her İki Devlet Açısından Suç Oluşturması (Çifte Suçluluk)

a. Genel Bilgiler

İadenin kabul edilebilirliği için işlenen fiilin (icrai yahut ihmali, kasıtlı veya taksirli²⁹) hem talep eden hem de talep edilen devlet hukukuna göre suç

²⁷ Yargıtay 1. CD., 25.9.2019, 3174/3947.

²⁸ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünce yayımlanan, “Suçluların İadesi ve Hükümlü Nakli Konularında Adli Makamlarımızca Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar” başlıklı Genelgede (No:69-4); *“Adli makamlarımız tarafından saptanan eksiklikler, ek bilgi talebi şeklinde iade talep eden yabancı devletten istenilmek üzere Bakanlığımıza iletilir”* denilerek (m.7/c.2) iade yargılaması yürüten ağır ceza mahkemesinin, dosyada herhangi bir eksiklik görmesi halinde, bu hususu Adalet Bakanlığına bildirmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

²⁹ Avusturya hukukunda, 4.12.1979 tarihli Suçluların Geri Verilmesi ve Adli Yardımlaşma

oluşturması gerekir. Bu bakımdan kabahatlerde iadenin mümkün olmadığı söylenebilir³⁰.

“Çifte suçluluk” ya da “karşılıklı cezayı gerektirme kuralı”³¹ adı verilen bu ilke, iadede yasallık prensibinin bir gereği olduğu kadar, egemenlik ve mütekabiliyet (karşılıklılık) ilkeleriyle de irtibatlıdır³². Her iki devlet kanununa göre de suç olma şartı, fiillerin işlendiği anda gerçekleşmiş olmalıdır.

Belirtmek gerekir ki bazı istisnai durumlarda, örneğin benzer hukuk düzenleri bulunan, birbirleriyle etnik ve bölgesel yakın ilişki içinde olan ülkeler arasında çifte suçluluk kuralı uygulanmamaktadır. Buna İskandinav ülkeleri örnek olarak gösterilebilir. Hukuk düzenlerinde iade hukuku bakımından aynı hukuk kuralları kabul eden İsveç, Norveç, Finlandiya ve Danimarka’da, vatandaşın iade edilmezliği ve siyasi suçlarda iade edilmezlik kuralları geçerli olmakla birlikte çifte suçluluk -sayılan ülkeler arasında- bir iade şartı olarak kabul edilmemiştir³³. Keza Avrupa Birliğine üye ülkeler bakımından da söz gelimi bazı suçlarda birlik çapında geçerli bir yakalama kararı çıkarılan kişi hakkında çifte suçluluk aranmaksızın iade işlemi gerçekleştirilmektedir³⁴.

Çifte Suçluluk kuralına, SİDAS m. 2’ de, “Gerek iadeyi talebeden tarafın ve gerek kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarında en aşağı bir sene müddetle hürriyeti selbedici mahiyette olan bir cezayı veya emniyet tedbirini veya daha ağır bir cezayı mucip filler suçunun iadesini istilzam eder (...)” denilerek yer verilmiştir. Benzer bir düzenleme 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu’nda da mevcuttur. Buna göre; “Talep eden devlet hukuku ile Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan dolayı iade talebi kabul edilebilir (m.10/2).”

b. Soyut ve Somut Çifte Suçluluk Kuralı

Çifte suçluluk, ülkeler arasında akdedilen iade anlaşmalarında çoğunlukla kabul edilen bir ilkedir³⁵. İlk bakışta çifte suçluluk, anlaşılması ve uygulanması

Kanunu’nun 11 inci maddesine göre, yalnızca kasten işlenen suçlarda geri verme mümkündür. (<https://www.jusline.at/gesetz/arhg>, erişim: 8.12.2019)

³⁰ Özgüç, s.1017.

³¹ ULUTAŞ, Ahmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, TBB Yayınları, Ekim 2012, s. 90.

³² CRYER, Robert-FRIMAN, Hakan-ROBINSON, Darryl-WILMSHURST, Elizabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, UK 2010, s.89.

³³ Cryer-Friman-Robinson-Wilmshurst, s.89.

³⁴ Avrupa Birliği Suçluların İadesi Sözleşmesi m.7/2 uyarınca talep edilen devlet, -1 inci fıkradaki haller dışında- iade talebini, suçun kendi ülkesinde kovuşturma imkânının bulunmaması yahut iade talebine konu suç yönünden kendi hukukuna göre iadenin mümkün olmaması halinde reddedebilir.

³⁵ GILBERT, Geoff, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 42, No. 2 (Apr., 1993), Cambridge University Press, s.443.

kolay bir ilke olarak gözükse de uygulamada, çifte suçluluğun yorumuna ilişkin sorunlarla karşılaşılması son derece olasıdır. Bu noktada en önemli konu, iade talebini değerlendiren mahkemenin, fiilin her iki ülkede suç oluşturup oluşturmadığı yönünden soyut mu yoksa somut bir yaklaşım mı tercih edeceğidir.

Şayet çifte suçluluktan anlaşılması gereken, genel olarak iade taleplerine konu “*fiilin*” her iki ülkenin kanunlarında suç olarak tanımlanmış ve karşılığında belli bir ceza öngörülmüş olmasının gerekli ve yeterli sayılması ise, bu durumda hakim, iade edilebilirlik değerlendirmesinde soyut ve objektif bir tavır takınmalıdır (*soyut çifte suçluluk kuralı= abstract double criminality*)³⁶. Buna karşılık hakim, çifte suçluluk kapsamında iade talebine konu “*kişinin*” işlediği fiil dolayısıyla cezalandırılabilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaksa, hakimin somut ve sübjektif bir yaklaşım geliştirmesinden bahsedilir (*somut çifte suçluluk kuralı=concrete double criminality*).

Soyut çifte suçluluk kuralına göre fiilin her iki devlet hukukuna göre suç olarak kabulü yönünden yapılacak değerlendirmede esas alınacak ölçüt, fiilin cezalandırılabilir olup olmadığıdır. Dolayısıyla bu kapsamda fiilin işlenişine ilişkin somut şartlar ile failin cezalandırılabilirliğine ilişkin sübjektif durumlar dikkate alınmaz. Bu bakımdan iade yargılamasını yapan mahkeme, somut olayda cezalandırmaya etki eden meşru savunma yahut zorunluluk hali, zorlayıcı cebir gibi durumları dikkate almaz³⁷. Örneğin *Collins v. Loisel* davasında³⁸ ABD’den iadesi talep edilen sanık, Birleşik Krallık’ın iade talebine esas teşkil eden fiilin “*aldatma*” olarak tanımlandığını, iade talebinin değerlendirildiği Louisiana eyaletinde ise bu fiilin “*yalan beyanla başkasına ait bir malvarlığını elde etme*” olarak nitelendirildiğini, somut olayda çifte suçluluk kuralının gerçekleşmemiş olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu savunma karşısında mahkeme, işlenen fiilin her iki devlette ceza sorumluluğu gerektirmesinin yeterli bulunduğunu, suçların isim olarak aynı olması gerekmediği gibi, ceza sorumluluğuna dair esasların da farklılık arz edebileceğini, bunun iadeye bir etkisi olmadığını belirtmiştir.

Soyut çifte suçluluk kuralının tatbikine örnek oluşturan *Factor v. Laubenheimer* davasında³⁹ ise Birleşik Krallık’ta işlenen hırsızlık eşyasını satın alma nedeniyle gündeme gelen iade talebine ilişkin yargılamada Illinois mahkemesi, fiil her ne kadar Illinois eyalet hukukuna göre suç olarak kabul

³⁶ Gilbert, s.444.

³⁷ VERMEULEN, Gert-DE BOND, Wendy-RYCKMAN, Charlotte, Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in The EU, IRCP 2012, s.108.

³⁸ Collins v. Loisel, 259 U.S. 309, 1922, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/259/309/> erişim: 21.01.2020.

³⁹ Factor v. Laubenheimer, 290 U.S. 276, 54 S.Ct. 191, 78 L.Ed. 315, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/290/276> erişim: 21.01.2020.

edilmese de ABD’nin birçok eyaletinde suç olarak tanımlandığını belirterek iadeye olanak tanımıştır.

Nitelikli çifte suçluluk olarak da anılan⁴⁰ *somut çifte suçluluk* kuralına göre, iade talebine ilişkin incelemenin iki ölçüsü bulunur. Bunlardan *ilki* suçun tanımsal ayniyetidir. İkincisi ise suçu oluşturan unsurların her iki devlet yönünden somut vakianın gelişimi ve cezalandırılabilirliğe etki eden diğer olgular nazarında yapılacak değerlendirilmedir⁴¹.

Bu kapsamda tanımsal ayniyetin mevcudiyeti yönünden örneğin, talep eden devlette suçun kanuni tanımında öngörülen unsurlar “a+b+c” şeklinde belirlenmiş ise talep edilen devlette de bunların en az ikisinin yahut tamamının varlığı suçun oluşmasına yeterli olmalıdır. Şayet talep edilen devlette suçun kanuni tanımından ek bir unsur daha aranıyorsa (örnekte a+b+c+d) bu durumda iade mümkün olmayacaktır⁴².

Suçun tanımsal ayniyetinin tespitinden sonra, cezalandırılabilirliğe ilişkin olgusal, şahsi ve hukuksal tüm şartlar talep edilen devlet hukukuna göre değerlendirilmelidir. Dolayısıyla söz konusu değerlendirmede, suçun şikayete tabi olup olmadığı, şikayete tabi ise şikayet şartının varlığı, failin kusur yeteneği (akıl hastalığı, yaş küçüklüğü), kusura etki eden nedenlerin (cebir, tehdit, haksız tahrik, zorunluluk hali, yaş küçüklüğü, amirin emri), cezaya etki eden başkaca nedenler (özellikle teşebbüs ve gönüllü vazgeçme), hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyeti, zamanaşımı dikkate alınmalıdır⁴³.

c. 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu Nazarında Soyut-Somut Çifte Suçluluk Kuralı

Daha önce belirttiğimiz üzere 6706 sayılı Kanun m.10/2’de; “*Talep eden devlet hukuku ile Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan dolayı iade talebi kabul edilebilir*” denilerek, iade hukukunda çifte suçluluk kuralının uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu hüküm lafzi olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun Türkiye’den yapılacak iade taleplerinde, belirtilen fiilin Türk kanunlarına göre suç oluşturmasını yeterli kabul ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak bu konuda nihai bir kanaat ortaya koyabilmek için 6706 sayılı Kanun’un iade hususunda sevk ettiği diğer hükümlerin de dikkate alınması lüzumludur.

Kanunda, “*merkezi makamın, iade taleplerini inceleyerek, lüzum görmesi hâlinde ek bilgi ve belge talebinde bulunabileceğine*” işaret edildiği

⁴⁰ Bkz. Vermeulen-De Bondt-Ryckman, s.108; BLAAS, Fey-Constanze, Double Criminality in International Extradition Law, University of Stellenbosch, s.36.

⁴¹ Blaas, s.36.

⁴² Gilbert, s.109.

⁴³ Blaas, s.37.

görülmektedir (m.13). "İade yargılaması" kenar başlıklı m.18'de de; "*Kişinin rızaya dayalı iade usulünü kabul etmemesi hâlinde mahkeme, iade şartlarını bu Kanun ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşma hükümlerine göre inceleyerek iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verir. (2) Talep eden devlet tarafından gönderilen belgelerin yeterli görülmemesi hâlinde mahkeme, uygun bir süre içinde ek bilgi ve belgelerin gönderilmesini isteyebilir*" denilmiştir. Bunun dışında, "*fille ilgili zamanaşımının gerçekleşmiş yahut suçun affa uğramış olması*", iade talebinin kabul edilemeyeceği haller olarak gösterilmiştir (m.11).

Yukarıda zikredilen düzenlemeler karşısında, 6706 sayılı Kanunun somut çifte suçluluk kuralına yaklaştığını söylemek mümkündür. Zira m.13 ve m.18 kapsamında, lüzumlu görülen bilgi ve belgelerin talep eden devletten istenebileceğine işaret edilmiş olması, Adalet Bakanlığınca yapılacak ilk inceleme ve iade yargılaması sırasında, somut olayın gelişimi ve sübutla ilgili olan hususların da dikkate alınacağı sonucuna ulaşmayı mümkün kılmaktadır. Ayrıca m.11 uyarınca kovuşturulabilirlik bakımından zamanaşımının da iadeye etki ediyor olması, iade değerlendirmesinde sadece, "*fii her iki ülke kanununa göre suç mudur?*" sorusuna cevap verilmekle yetinilemeyeceği, cezalandırılabilirliğe etki edecek diğer nedenlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ortaya koyar.

Bu kapsamda konuyu yukarıdaki *örnek olay* yönünden ve **somut çifte suçluluk kuralına** göre ele alacak olursak;

i. İade talebine konu olayın kasten öldürmeye teşebbüs olduğuna ilişkin talep eden devlet tarafından iade talebine esas oluşturacak bilgi ve belge sunulup sunulmadığı dikkate alınmalıdır.

Örnek olayda, sanığın ruhsatlı silahıyla yere doğru iki el ateş ettiği ve olaylar neticesinde mağdurun bacağından yaralandığını düşünürsek⁴⁴, bu yönüyle fiilin her iki devlet hukuku bakımından da cezayı müstelzim bir haksızlık olduğu hususunda şüphe yoktur. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, olayla ilgili talep eden devlette yapılan tahkikat bakımından, işlenen haksızlığın hukuki tavsifi süreç içerisinde farklılık arz etmektedir.

Uzlaştırma sürecinin yürütüldüğü ve ceza davasının sonlandırılması ile tamamlanan sürece ilişkin evraklarda, olayın tanığı olan kişilerin ve mağdurun beyanları belirleyicidir.

Bu kapsamda belirleyici olabilecek bir başka husus, adli tıp raporunda yaralanmanın mahiyetine ilişkin yer verilen açıklamalardır. **Örnek olay** yönünden yaralanmanın hayati tehlike oluşturmadığı ve mağdurun bacağında yaralanmaya neden olduğu açıklanmıştır. Buna karşılık iade talebinde,

⁴⁴ Talep eden devlet bakımından yaralama suçu, yaralanmanın derecesine göre silahla işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uzlaştırmaya tabidir.

dosyanın uzlaştırma sonrası yeniden açılmasından, iade talebine kadar geçen süreci açıklayan ve bu süreçte atılı suçlamanın değiştirilmesini gerekçelendiren herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Aksine, iade talebinde zikredilen ve dosyanın yeniden adli tıp birimine gönderilmesiyle aldırılan ikinci raporda da yaralanmanın öldürücü nitelikte olmadığı ve öldürücü bölgeye yönelik eylemle gerçekleşmediği hususu net bir şekilde tespit edilmiştir.

Bu noktada, iade yargılaması yürüten ağır ceza mahkemesinin olayın oluş biçimiyle alakalı yukarıda zikredilen sürece tamamen uzak kalmaması, meseleye yalnızca usuli açıdan yaklaşmaması, esasa ilişkin birtakım hususları dikkate alması gerekir.

Netice itibarıyla mahkemenin, sanığa yöneltilen suçlamanın değiştirilmesi yönünden, talep eden devlet makamlarınca herhangi bir izahta bulunulmamış olması nedeniyle, eksik belgeleri SİDAS m.13 uyarınca temin etmesi gerekir. Aksi takdirde mevcut dosya itibarıyla en detaylı bilgiyi havi bulunmasından ötürü talep eden devlette gerçekleştirilen soruşturmanın uzlaştırımacı tarafından yürütülen safahatında elde edilen bilgi ve beyanlar dikkate alınarak iade talebinin kabulü yahut reddi ile ilgili bir sonuca ulaşılmalıdır.

ii. İade talebinde ileri sürüldüğü şekliyle fiilin yaralama mı yoksa öldürmeye teşebbüs mü olduğuna ilişkin değerlendirmede, her iki devlet hukukuna ilişkin kurallar dikkate alınmalıdır.

İşlenen fiilin, iade talebindeki tespite göre kasten öldürmeye teşebbüs kapsamında mı kaldığı yoksa ilk tahkikatta değerlendirildiği üzere kasten yaralama suçunu mu oluşturduğu hususundaki değerlendirmede, somut olay nazarında yalnızca iade talebinde bulunan devlet değil aynı zamanda Türk hukuku da dikkate alınmalıdır⁴⁵. Nitekim olayın alıntıldığı Yargıtay 1.CD., 25.9.2019 tarih ve 3174/3947 sayılı kararında da; “...eylem 23/03/2011 tarihinde gerçekleştirilmiş olup aradan geçen zamana göre iadesi istenilen hakkında herhangi bir dava açılmamış olmasına, anlatılı biçimine göre eylemin Türk yargılamasında kasten yaralama olarak nitelendirilmesinin kuvvetle muhtemel bulunmasına göre...” iadesi istenilenin hukuki durumunun yeniden tayini gerektiğine karar verilmiştir.

Bu nedenle somut olayda teşebbüsün bulunup bulunmadığı TCK’nın “Suça Teşebbüs” başlıklı düzenlemesi dikkate alınarak tespit edilecektir. Buna göre; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur (m.35).”

Failin hangi kasıtle, yani yaralama mı yoksa öldürme kastıyla mı hareket ettiği, somut olayın özelliklerine göre belirlenir⁴⁶.

⁴⁵ Benzer şekilde bkz. **Ulutaş**, Geri verme (TBB yayını), s. 86.

⁴⁶ **TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel

Yargıtay’ın konuyla ilgili yerleşik içtihatlarına bakıldığında, failin suç kastının tespitinde birtakım hususları nazarı itibara aldığı görülmektedir. Bu kapsamda; mağdurun aldığı darbe sayısı ve niteliği, hayati tehlikenin varlığı⁴⁷, darbenin vurulduğu vücut nahiyesi⁴⁸, fiilin işleniş şekli⁴⁹, kullanılan araç ve kullanılış biçimi⁵⁰, silah söz konusuysa atış mesafesi, mermilerin tamamının tüketilip tüketilmediği⁵¹, fail ve mağdurun buldukları konum⁵², daha önce aralarında husumet olup olmadığı⁵³ gibi özellikler, kastın tespitinde dikkate alınır.

Şayet talep eden devletin ceza kanununda yer verilen teşebbüs düzenlemesi de benzer nitelikteyse⁵⁴, gerek Türk hukuku gerekse talep eden

Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018, s.179; **ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAĞSIZ, Pınar-TEPE, İlker**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s.147.

⁴⁷ “Sanığın, mağdurun ikisi öldürücü mahiyette olan dokuz bıçak darbesiyle yaralanmış olması karşısında kastının öldürmeye yönelik olduğu...” (Yargıtay 1. CD., 25.2.2004, 2003/3808 E., 2004/493 K.)

⁴⁸ “Mağdurun aldığı darbelerden bir tanesinin akciğerine isabet ettiği ve iki darbenin öldürücü olduğu...” (Yargıtay 1. CD., 13.7.2006, 578/3189); “Sanık ile katılan arasında öldürmeyi gerektirir nitelikte herhangi bir husumetin bulunmaması, olayın midye toplama meselesinden kaynaklı aniden gelişen bir olay olması, sanığın yaklaşık 5-6 metre mesafeden katılanın bacağına bir el ateş etmesi, sanığın başkaca ateş etme imkanı varken ateş etmemesi ve yakın mesafeden ateş eden sanığın hayati önem arz eden baş ve göğüs bölgesine ateş etme imkanı varken katılanın bacağına ateş etmesi karşısında... kastın yaralamaya yönelik olduğu kabul edilmelidir.” (Yargıtay, 3. CD., 25.1.2016, 2015/29472 E., 2016/1503 K.)

⁴⁹ “Sanığın, kalabalık olan kavga ortamında, hedef gözetmeksizin yere doğru yaptığı atışlar sırasında mağdurları yaralaması eyleminin, olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu” (Yargıtay 1. CD., 9.4.2013, 2010/2878 E., 2013/3026 K.)

⁵⁰ “Arkası dönük ve savunmasız mağdura bıçakla birden fazla defa vurma imkanı varken yalnızca bir kez vuran ve tek darbe ile yetinen sanıkların eylemlerini yaralama olarak niteleyen yerel mahkeme hükmünde isabetsizlik yoktur.” (Yargıtay CGK., 6.11.1989, 1-273/330).

⁵¹ “...engel bir durum olmamasına rağmen ve birden fazla ateş etme imkanı varken tek atışla yetinerek, eylemine kendiliğinden son vermesi dikkate alınarak, sanığın, katılan D. U.’a karşı eyleminde kastının yaralamaya yönelik olduğu anlaşıldığı...” (Yargıtay 1. CD. 08.03.2011, 2010/5145 E., 2011/1342 K.); “engel bir durum olmamasına rağmen ve birden fazla ateş etme imkanı varken tek atışla yetinerek, eylemine kendiliğinden son vermesi dikkate alınarak, sanığın, katılan D. U.’a karşı eyleminde kastının yaralamaya yönelik olduğu anlaşıldığı, bu nedenle kastın silahla yaralamak suçundan 5237 sayılı TCK.nun 86/2,3-e, 29,62.maddeleriyle cezalandırılması gerekirken, suç vasfında hataya düşülerek kastın öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması...” (Yargıtay 1. CD., 08.03.2011, 2010/5145 E., 2011/1342 K.)

⁵² “Sanık ile mağdur arasındaki mesafe, hayati bölgelerin hedef alınmaması... nedeniyle kastının yaralamaya yönelik olduğu...” (Yargıtay 1. CD., 16.3.2009, 7608/1327)

⁵³ “Sanık ile katılan arasında önceye dayalı bir husumet bulunmaması... dikkate alındığında, olayın adam öldürmeye teşebbüs değil, silahla kastın organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde nitelikli yaralanma suçu olduğu...” (Yargıtay 3. CD., 26.2.2018, 2017/17590 E., 2018/3197 K.)

⁵⁴ Rusya Federal Ceza Kanunu’nun, “Suça hazırlık ve suça teşebbüs” başlıklı 30 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; “3) Suçun işlenmesine direkt olarak kişi tarafından yönlendirilmiş olan kasıtlı (taksirli) fiil, eğer bu durumda kişinin kontrolü dışında olan koşullardan dolayı suç tamamlanmamış ise, suça teşebbüs olarak

devlet hukuku yönünden, somut olayda kasten öldürmeye teşebbüsten söz edilmesi mümkün değildir.

iii. Şikayete tabi suçlarda şikayet şartının varlığı incelenmelidir

Takibi şikayete bağlı suçlar bakımından dava şartlarından biri, kanuni süresi içerisinde usulüne uygun bir şikayetin yapılmış olmasıdır (TCK m.73, CMK m.158). Suçluların iadesi kapsamında, iade konusu suçun iade talep eden devlet hukukunda şikayete tabi tutulmuş olması halinde, şikayet şartının yerine getirilmiş olması aranmalıdır⁵⁵. Buna karşılık iade talep eden devlette re’sen takibatı yapılan bir suçun, iade talep edilen devlette şikayete tabi olması kural olarak iadeye engel oluşturmaz. Zira iadenin en önemli araçlarından bir tanesi adaletin yerine getirilmesidir. İade talep edilen devlet, iade şartlarına uyarak bu konuda aracılık görevi görmektedir. İade yargılamasına katılmanın mümkün olmaması da (6706 sayılı Kanun m.18/3) buna işaret etmektedir. Dolayısıyla kendi ülke sınırları içerisinde suç işlenmeyen ve dolayısıyla kamu düzeni ihlal edilmeyen devletin, suçun kendi ülkesinde şikayete tabi olduğu gerekçesiyle iadeyi reddetmesi makul gözükmemektedir.

Şikayet şartı bakımından örnek olay değerlendirildiğinde;

Sanığın, mağduru bacağından yaralaması fiili hakkında verilen soruşturmayı sona erdirme kararında söz konusu fiil, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu m.115/1’e göre **sağlığa kasten hafif zarar verme** şeklinde nitelendirilmiştir. Karardan, söz konusu suçun şikayete bağlı olduğu, mağdurun şikayetçi olmadığına ilişkin beyanı bulunduğu ve tarafların sulh olmaları nedeniyle soruşturmanın sonlandırılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra mağdur, sanığın zararını tazmin ettiğini, sanıkla herhangi bir husumeti olmadığını belirtmiş ve olay sonrasında sağlık durumunun kötüleşmediğini, herhangi bir sakatlığı bulunmadığını beyan etmiştir. Bu beyanın aksini ortaya koyan ve dosyanın kasten öldürme kapsamında ele alınmasını gerektirecek bir sebebin varlığı Rus adli makamlarınca açıklanmamıştır. Dolayısıyla, iadesi talep edilen suçun, iade talep eden Rusya Federasyonu hukukunda şikayete tabi olması sebebiyle, iade talebi değerlendirilirken bu şartın gerçekleşmiş olması aranmalı, gerçekleşmemişse iade talebinin reddedilmesi yönünde bir yol izlenmelidir. Zira soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi olan suça ilişkin şikayet şartı gerçekleşmeksizin iade talep edilmesinde ya da talep neticesinde iadeye karar verilmesinde hukuki bir yarar olmayacaktır.

tanımlanır.” Görüldüğü gibi burada da Türk hukukundakine koşut olarak suça teşebbüsten söz edebilmek için icra hareketlerine başlanmış olması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamamış olması gerekir. https://www.legislationline.org/download/id/4247/file/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf, erişim: 12.1.2020.

⁵⁵ Özgenç, s.1020.

iv. Kovuşturulabilirlik yönünden fiilin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı incelenmelidir

Zamanaşımı, gerçekleştiği takdirde fiile ilişkin soruşturma veya kovuşturmayı olanaksız hale getiren ya da hükmedilen cezanın infazını engelleyen bir müessesedir. Zamanaşımı, suçun işlenmesinden veya işlenen suça ilişkin cezanın verilmesinden sonra geçen belirli süre sonunda, devletin bu fiile ilişkin cezalandırma yetkisini düşüren bir sebep olarak tanımlanmaktadır⁵⁶.

Zamanaşımı, dava ve ceza zamanaşımı olarak ikili ayrıma tabi tutulmuştur. Dava zamanaşımı bir suçla ilgili kovuşturma yapılmasına engel olurken, ceza zamanaşımı kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün yerine getirilmesini yani infazını engeller. Dava zamanaşımı kanunda aksi belirtilmedikçe tüm suçlar açısından geçerlidir. Şayet iade talebi, iade talep eden devlette devam eden bir yargılamaya ilişkinse dava zamanaşımının, verilen bir hükmün infazına ilişkin ise ceza zamanaşımının dikkate alınması gerekir.

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında farklı sistemler bulunmakla birlikte Türk mevzuatında kabul edilen sisteme göre dava zamanaşımı TCK'da belirlenmiş suçların ağırlığına göre beş grup olarak belirlenmiştir. Ayrıca bu gruplar failin fiil işlendiği esnadaki yaşına göre belli oranlarda indirim tabi tutulmuştur. Tam ceza ehliyetine sahip kişiler açısından dava zamanaşımı süreleri TCK m. 66/1'de fiili işlediği sırada 18 yaşından büyük olanlar için düzenlenmiştir. Buna göre temel dava zamanaşımı süreleri; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 30 yıl, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 25 yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda 20 yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda 15 yıl, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda 8 yıldır. TCK m. 66/5' e göre aynı fiilden yeniden yargılamayı gerektiren hallerde mahkeme bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlayacaktır. Bu noktada Türkiye'ye yönelik iade taleplerinde, Türk hukukundaki düzenlemeler dışında talep eden devlet mevzuatında konuya ilişkin yer verilmiş düzenlemelerin de dikkate alınmasıyla bir sonuca ulaşmak gerekir. Zira SİDAS m.10 ve 6706 sayılı Kanun m.11'e göre, -çifte suçluluk kuralı kapsamında- fiilin her iki devlet kanununa göre de zamanaşımına uğramamış olması lazımdır⁵⁷.

Dava zamanaşımı kural olarak suçun tamamlanmasıyla başlar. Kanuni tanımında ayrıca bir neticeye yer verilmemiş olan suçlarda, tipik hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır ve zamanaşımı işlemeye başlar. Kanuni tanımda netice öngörülmuş suçlar açısından ise zamanaşımı

⁵⁶ Koca-Üzülmez, s.710.

⁵⁷ Özgenç, s.1020.

neticenin gerçekleşmesiyle başlar. Teşebbüs halinde kalan suçlarda, suçun tamamlanmasına yönelik son icra hareketinin yapılmasıyla zamanaşımı işlemeye başlar. (TCK m. 66/6) Zamanaşımı süreleri re’sen dikkate alınır ve zamanaşımının dolduğunun belirlenmesi halinde mahkeme düşme dışında bir karar veremez. İade talep edilen devlet olarak Türkiye’de yapılacak iade yargılamasında, talep eden devletin zamanaşımına ilişkin kurallarının değerlendirilebilmesi için suçun ne zaman tamamlandığının iade taleplerinde açıklanmış olması gerekir. Şayet bu konuda netlik yoksa, 6706 sayılı Kanun m.18 uyarınca mahkemece talep eden devletten ek bilgi ve belgelerin talep edilmesi yoluna gidilmelidir.

Zamanaşımı süresi hesaplanırken, zamanaşımını kesen ve durduran sebepler göz önüne alınır. Zamanaşımını durduran sebepler; izin, karar, bekletici meselenin çözümü, fail hakkında kaçaklık kararının verilmiş olması. (TCK m.67) Zamanaşımını kesen sebepler; sanık veya şüphelinin ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, sanık veya şüpheli hakkında tutuklama kararı verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan biri hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi. Dava zamanaşımının bu sebeplerden herhangi biri ile kesilmesi halinde dava zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar (TCK m.67/3). Kesilen zamanaşımı süresi ilgili suç ilişkin olarak kanunda belirlenmiş sürenin en fazla yarısına kadar uzar (TCK m. 67/4).

Bu anlatımlar kapsamında **örnek olay** değerlendirilirse;

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu m. 78’de zamanaşımı müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre, zamanaşımı suç işleme tarihinde başlamaktadır. Zamanaşımı süreleri suç işleme tarihinden itibaren; hafif ağırlıkta suç işlenmesinden sonra 2 yıl, orta ağırlıkta suç işlenmesinden sonra 6 yıl, ağır suç işlenmesinden sonra 10 yıl, özellikli ağır suç işlenmesinden sonra 15 yıldır. Bu sürelerin sonunda kişinin ceza sorumluluğu kalmamaktadır. Zamanaşımı süreleri suç işleme tarihinden mahkeme hükmünün yürürlüğe girmesine kadar hesaplanır. Zamanaşımını durduran sebepler; soruşturmadan, mahkemedен ya da m.76.2’ye göre öngörülen adli para cezasının ödemesinden kaçınma (Rusya Fed. Ceza Kanunu m. 78) şeklinde düzenlenmiştir.

Geri vermeye ilişkin işlemler, adli makamlar tarafından gerçekleştirilmiş olsa da bunların zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, ilgili kişinin iadeye konu fiiline ilişkin olarak iade talep edilen devletin adli makamları tarafından sorgusu veya iadesi amacıyla tutuklanması, zamanaşımını kesmiş sayılmamaktadır⁵⁸.

İade konusu suç, iade talep eden devletin hukukuna göre zamanaşımına uğramışsa artık o devlet açısından söz konusu suçu takip etmekte hukuken korunan bir yarar söz konusu olmayacaktır. Yine aynı gerekçelerle, eylemin

⁵⁸ **Ulutaş**, Geri Verme (TBB Yayını), s.93 vd.

iade talep edilen devlet hukukuna göre zamanaşımına uğraması halinde de hukuken korunan bir yarar söz konusu olmayacaktır. Suçluların iadesi açısından zamanaşımı incelendiğinde, talep eden ve talep edilen devletlerden birinin hukukuna göre dava veya ceza zamanaşımı gerçekleşmiş olması halinde iadesi talep edilen kişi iade edilemeyeceği sonucuna varılır. Nitekim SİDAS m. 10’da “*Dava veya cezanın, kendisinden iade talep edilen taraf veya iade talebinde bulunan taraf mevzuatına göre müruruzamana uğramış olması halinde iadeye cevaz yoktur.*” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer şekilde 6706 sayılı Kanun m.11/(1)-c, 5’te de, iade konusu fiilin; “*zamanaşımı veya affa uğramış olması*” iadenin kabul edilemeyeceği haller arasında sayılmıştır.

Olayda iadenin kabul edilebilirliği tartışılırken zamanaşımı konusunda da değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda zamanaşımına ilişkin tespitlerde bulunurken de fiilin nitelendirmesine ilişkin değerlendirmeler yapılmalıdır. Olayda gerçekleşen fiilin, iade taleplerinde belirtildiği üzere “**kasten öldürmeye teşebbüs**” olup olmadığı noktasında şüphe bulunmaktadır. Yargıtay’ın haklı olarak işaret ettiği üzere, olaya ilişkin bilgilerden, iade talebine konu olan fiilin kasten yaralama olabileceği anlaşılmaktadır. Zira mağdur ile ilgili 2011 ve 2014 tarihli adli tıp raporlarına göre, mağdur hafif derecede yaralanmıştır. 2014 yılında dosyanın kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğundan bahisle yeniden açılması hususunda ise dosyada herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Dolayısıyla 2011 yılında işlenen fiil açısından Rusya Federasyonu Ceza Kanunu m.78’de düzenlenen zamanaşımı süresi dolmuş olup bu durum, iadeye engel olacaktır.

B. Suçun Belli Bir Ağırılıkta Olması

Suçun belirli bir ağırlıkta olması, geri vermenin fiile ilişkin şartlarından bir diğeri olarak karşımıza çıkar. Burada ya sayma sistemi benimsenerek iadenin mümkün olduğu suçlar tek tek belirtilmekte yahut cezaların ağırlığı esas alınarak ayırma sistemi tercih edilmektedir⁵⁹.

SİDAS m.2/1’de ve 6706 sayılı Kanun m.10/2’de ayırma yönteminin tercih edildiği söylenebilir. Nitekim söz konusu düzenlemelerde, bir yıl ve dört aylık cezalar esas alınmıştır. Bu süreler, iadenin amacına matuf olmak üzere tespit edilmiştir. Bu kapsamda iadesi istenen kişi, iade talebinde bulunan devlette yargılanmış ve hakkında mahkumiyet kararı verilmişse, hükmedilen cezanın 4 aydan az olmaması gerekir. Şayet iade talebi, talep edilen kişinin yargılanması amacına yönelikse, diğer bir deyişle iade talep eden devletteki yargılama devam ediyorsa⁶⁰ eylem, talep eden devlet ve Türk hukukuna göre üst sınırı bir yıl yahut daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaı gerektirmelidir.

⁵⁹ Akbulut, s.207.

⁶⁰ İadesi talep edilen kişinin şüpheli yahut sanık statüsünde bulunması mümkündür.

Bu noktada altını çizmek gerekir ki yukarıda da değindiğimiz üzere **iade taleplerinde eylemin anlatılış biçimine göre** Türk hukuku bakımından hangi suça karşılık geldiği tespit edilmeli, her iki devlet hukukuna göre varsa teşebbüsün şartları (ve mevcutsa talep edilenin şeriklik konumu) değerlendirilmeli, suçun SİDAS m.2 ve 6706 sayılı Kanun m.10’da tarif edildiği biçimiyle belirli bir ağırlıkta olmadığı da buna göre tespit edilmelidir.

Bunun dışında SİDAS’a göre eylem hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülüyorsa, bunların icrası için de iade söz konusu olabilir (m.2/1). Güvenlik tedbirlerinden ne anlaşılması gerektiği, m.25’te açıklanmıştır. Buna göre ceza mahkemesince verilen ve hürriyeti sınırlandıran yahut bir cezanın yerine uygulanan her türlü tedbir iade kapsamındadır. 6706 sayılı Kanun’da ise güvenlik tedbirlerinin, iade talebine esas olabileceğine dair bir hüküm yoktur.

Bu çerçevede hukukumuz yönünden, TCK’da ve ceza normu içeren sair kanunlarda suç olarak kabul edilen bir fiil karşılığında, eylem ve failin özelliklerinden bağımsız doğrudan bir yaptırım olarak öngörülen hürriyeti sınırlandırıcı tedbir bulunmadığından, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenlik tedbirinin infazına matuf bir talepte bulunması ihtimali düşüktür. Ancak yine de örneğin etkin pişmanlığa bağlı (TCK m.221/5) veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına bağlı olarak (TCK m.191/5) uygulanan denetimli serbestlik tedbirinin infazı için iade talebinde bulunulması gündeme gelebilir. Ayrıca SİDAS’a üye devletlerden birinden ülkemize yönelik yapılan bir iade talebinin dayanağı olarak hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirinin infazı gösterilebilir. Bu durumda nasıl hareket edilecektir? Türkiye, 18.11.1959 tarih ve 7376 sayılı Kanun ile⁶¹ SİDAS’ı, m.11’e ölüm cezasının müebbet hapse teviline dair ileri sürülen ihtirazi kayıt dışında bir çekince ileri sürmeksizin tasdik etmiştir. Ancak SİDAS, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayıp Anayasa m.90/5, c.1 uyarınca kanun hükmündedir. Dolayısıyla kanun koyucunun sonraki bir kanunla (6706 sayılı kanun) öngördüğü düzenleme geçerli olacak ve Türkiye’den başka devlete güvenlik tedbirinin infazı içerikli bir iade talebinde bulunulamayacaktır. Aynı şekilde Türkiye’den iade talep edilmesi durumunda da iade yargılaması yürüten ağır ceza mahkemesi, 6706 sayılı Kanun uyarınca bir değerlendirme yapacaktır. Belirtmek gerekir ki benzer durum, sadece adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da söz konusudur⁶².

⁶¹ 26.11.1959 tarih ve 10365 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶² 6706 sayılı Kanun m.10’da sadece adli para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı iade kabul edilmemiştir. Buna karşılık SİDAS’a ek ikinci protokol m.1’e göre; “Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. Paragrafına, “Bu hak sadece nakdi müeyyideleri müstelzim suçlara da teşmil edilecektir” şeklinde bir hüküm ilave edilerek, yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlar da iade kapsamına alınmıştır. Söz konusu protokol de 21.1.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 3732 sayılı Kanun ile tasdik edilmiştir. 3732 sayılı Kanun’da SİDAS ek ikinci protokole ilişkin olarak ileri sürülen tek çekincenin, iade taleplerinin niteliği,

C. Talep Eden Ülkede Filin Ölüm Cezasını Gerektirmemesi

Talep eden ülke hukukunda, talebe esas olan suçun karşılığında ölüm cezası öngörülmüş olmasının iadeye etkisi bakımından SİDAS m.11’de; *“Talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan filin ölüm cezasını müstelzim olmasına mukabil, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu memlekette işler cezasının umumiyetle tatbik edilmemesi halinde ancak talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen tarafa kâfi teminat verdiği takdirde iade yapılabilir”* denilmiştir.

Görüldüğü üzere SİDAS, talep eden devlette suç karşılığında ölüm cezası öngörülmüş olmasını mutlak bir iade engeli olarak kabul etmemiş, talep eden devletin infaz etmeme teminatı vermesi durumunda iadenin mümkün olabileceğini hüküm altına almıştır. 6706 sayılı Kanun m.11’de de benzer şekilde kanun koyucu, iade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir cezayı gerektiren suçlara ilişkin olmasını, iade engeli olarak kabul etmiş, üçüncü fıkra itibarıyla infaz etmeme teminatı verilmesi halinde, talep edilenin iade edilebileceğini öngörmüştür. Türkiye, ölüm cezasını her koşulda yasaklayan İHAS’a Ek 13 üncü protokolü, 6.10.2005 tarih ve 5409 sayılı Kanunla uygun bulmuş ve buna koşut olarak Anayasa m.38’de gerekli değişikliği yaparak, kanunlarda yer alan çeşitli suçlar karşılığında öngörülen ölüm cezalarını 5218 sayılı Kanun ile müebbet hapse dönüştürmüştür. Dolayısıyla Türkiye’nin, sözleşmecî başka bir devletten iade talep etmesi durumunda herhangi bir sorun ile karşılaşılması olası değildir.

Buna karşılık, iç hukuk mevzuatında yaptırım olarak ölüm cezası öngördüğü bir suç için iade talebinde bulunan bir ülke söz konusu olduğunda Türkiye nasıl hareket edecektir? Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde, SİDAS ve 6706 sayılı Kanun m.11’e göre bu durumda iade talep eden devletten, ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair teminat istenmesinin zorunlu olduğu kolayca ifade edilebilir. Ancak burada önemli olan, iade kapsamında Türkiye’ye verilen teminatın esaslı olup olmadığı, söz konusu ülkenin geçmiş uygulamalarının ne doğrultuda olduğu hususundaki denetimin esaslı yapılmasıdır. Aksi takdirde, teminata rağmen iadeyi takiben ölüm cezası infaz edilir veya ölüm, işkence gibi gayri insani metotların sonucu olarak ortaya çıkarsa, Türkiye’nin İHAS kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilir⁶³.

dış temsilcilikler tarafından takibi ve iade taleplerinin iletilmesinde diplomatik yolların kullanımına ilişkin olduğu dikkate alındığında, yine Anayasa’nın 90/5, c.1 uyarınca ülkemize yapılacak ve ülkemize yönelen iade taleplerinde 6706 sayılı Kanuna göre hareket edilecektir.

⁶³ İade sonucunda kişinin öldürülmesi, İHAS m.2’de düzenlenen yaşama hakkı çerçevesinde iade eden devlete ekseriyetle bir sorumluluk yüklemesiz. İadeden kaynaklanan hak ihlalleri genellikle İHAS m.3 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak iade halinde, kişinin yaşama hakkının ihlal edilebileceğine dair ciddi ve ağır bir tehlike mevcutsa, istisnai de olsa, somut olayın şartları çerçevesinde iade eden devletin İHAS m.2 kapsamında sorumluluğu doğabilir

Bu bilgiler nazarında **örnek olay** değerlendirildiğinde;

İade talebine dayanak gösterilen Rusya Federasyonu Federal Ceza Kanunu m.105, hürriyeti bağlayıcı ceza yahut nitelikli haller yönünden ölüm cezasını gerektirmektedir. SİDAS m.11 uyarınca, talep eden devlet yasalarına göre iadeye neden olan suç hakkında öngörülen cezanın ölüm cezası olmasına karşılık, talep edilen devlet yasalarında ölüm cezasının bulunmaması veya bulunmasına rağmen genellikle uygulanmaması durumunda, bu cezanın uygulanmayacağına ilişkin talep edilen devlete güvence verilmesi gerekir.

Rusya Federasyonu, ölüm cezası hakkında bir Moratoryum ilan etmiştir. Bu kapsamda Moratoryumun hangi tarihte ilan edildiği, ne kadar süre ile geçerli olduğu, kapsadığı suçlar açısından bir sınırlama öngörülüp öngörülmediği iade talebini değerlendiren mahkemece incelenmelidir.

Burada önemli olan husus, Rusya’nın tarafı olduğu İHAS’ın uygulayıcısı konumunda bulunan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının dikkate alınması noktasında, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karardır. Buna göre 14 Temmuz 2015 tarih ve 21- П (21-P) sayılı kararında Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarının Rus hukukuna göre icra edilebilirliğini değerlendirmiştir. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarının Rus Anayasası ile çatışması halinde, Rusya Federasyonu’nun bu kararları ulusal düzeyde uygulamaya koymama serbestisine sahip olduğunu beyan etmiş, ayrıca kendisini, Rusya Federasyonu hakkında verilen İHAM kararlarının Rusya Anayasasına uygunluğunu belirlemek açısından yetkili makam olarak kabul etmiştir. Bu husus dikkate alındığında, İHAM’ın Rusya hakkında vereceği bir kararın Rusya Anayasası hükümleri ile uyum içerisinde olmaması halinde, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, bu İHAM kararını uygulamayacağını beyan edebilecektir. Ayrıca Rusya Federasyonu Federal Anayasasına, Anayasa Mahkemesi’ne, İHAM kararlarına ilişkin “uygulanabilirlik incelemesi” gerçekleştirmek için yetki veren hükümler eklenmiştir⁶⁴.

Buradan çıkarılabilecek sonuç, Rusya Federasyonu’nda insan hakları hukukuna aykırı uygulamaların söz konusu olması durumunda, Rusya’nın insan haklarına ilişkin temel güvenceleri, hatta İHAM kararlarını dikkate almama riskinin mevcut olduğudur. Dolayısıyla ölüm cezasının infaz edilmeyeceği yönünden bir teminat alınması durumunda dahi bu teminata uygun davranılıp davranılmayacağı belirsiz kabul edilebilir.

Nitekim benzer şekilde insan hakları ihlallerinin yoğun olarak yaşandığı Özbekistan ile ilgili bir olayda, devlet başkanı İslam Kerimov’a suikast

(GOLLWITZER, Walter, Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar, MRK Art. 2 -Recht auf Leben-, Walter de Gruyter, Berlin 2005, s.163, kn.16).

⁶⁴ ZİYADOV, Nazim, “Anayasal Yargıda Uluslararası Hukuk Hükümlerinin Tarafı Yorumu: Rusya Anayasa Mahkemesi’nin 21- П (2015) Sayılı Kararının İncelenmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.11, Haziran 2018, s.141-160.

girişiminde bulunduğu suçlamasıyla iadesi talep edilen ve Türkiye'nin diplomatik güvence olarak Özbekistan'a iade ettiği Askarov Zayniddin isimli kişinin işkence sonucunda Tasturma cezaevinde öldüğüne ilişkin bilgilere ulaşmak mümkündür⁶⁵.

Bu hususlar dikkate alındığında, mahkemece verilen iade kararının insan haklarına ilişkin AY. m.90 uyarınca ülkemiz yönünden bağlayıcı olan esaslara uygunluğu dikkatlice değerlendirilmelidir.

3. İadesi Talep Olunan Kişiyeye İlişkin Şartlar

A. İadesi Talep Edilenin Tabiiyeti ve İşkence-Kötü Muameleye Maruz Bırakılma İhtimali Kapsamında İade Edilebilirlik

Suçluların iadesi kurumunda iadesi talep edilen kişilere, salt iade işleminin konusu olarak değil aynı zamanda belirli haklara ve güvencelere sahip, iade işleminin öznesi olan bireyler olarak bakılmalıdır⁶⁶.

6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu m. 18' de yer alan düzenleme göre; kişinin rızaya dayalı iade usulünü kabul etmemesi hâlinde iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirecek olan ağır ceza mahkemesi, iade şartlarını bu Kanun ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerine göre inceleyerek iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verir. Buradaki anlaşma ifadesinin, sadece suçluların iadesine ilişkin anlaşmaları değil, aynı zamanda bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına alan uluslararası anlaşmaları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir⁶⁷. Bu noktada, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90 hükmü de dikkate alınmalıdır. Zira bu hükme göre, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan uluslararası anlaşmaların kanunlara kıyasla öncelikli olarak uygulanması gerekir⁶⁸.

Bu kapsamda iade taleplerinde dikkat edilmesi gereken uluslararası düzenlemeler aşağıdaki gibi sıralanabilir.

- İHAS m.3 İşkence Yasağı: *Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*
- **BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme m.3:** *“Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeple-*

⁶⁵ <https://www.ihh.org.tr/en/news/uzbek-extradited-by-turkey-dies-from-torture-in-jail-54>, erişim: 20.1.2020.

⁶⁶ **SAVAŞ, Coşkun Necmi**, “İnsan Hakları Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013 S.1, s. 280.

⁶⁷ **Savaş**, s.280-281.

⁶⁸ **Savaş**, s.281.

rin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir.

Bu gibi esaslı sebeplerin bulunup bulunmadığını tayin maksadıyla, yetkili merciler, söz konusu devlette mümkün olduğu kadar sistemli biçimde yaygın, açık seçik ve kütleli insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil tüm ilgili hususları göz önünde tutacaktır.”

- **SİDAS m.3/1, 2:** İade talebine sebep olan suç kendisinden iade talep edilen tarafça siyasî bir suç veya böyle bir suç ile murtabit fiil olarak telâkki edildiği takdirde suçlu iade edilmeyecek.

Kendisinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kaide tatbik edilecektir⁶⁹.

Söz konusu düzenlemeler, iadesi talep edilen kişinin, tabiiyeti nedeniyle soruşturmaya yahut kovuşturmaya tabi tutulacağı, iade talep eden devlet nezdinde işkence ve kötü muamele yasağına aykırı bir muameleye maruz kalacağı veyahut da öldürüleceği ihtimalinde, iadenin mümkün olmadığına işaret etmektedir. Esasen bir devletin, güven duymadığı başka bir devletle adli yardımlaşma kapsamında iade anlaşması yapmasının bir mantığı da yoktur⁷⁰. Şayet iki devlet arasındaki güven, iadeye engel oluşturacak şekilde ve sonradan zedelenmişse, ikili anlaşmanın iptal edilmesi dahi düşünülebilir.

Ulusal hukuk açısından ise konu, 6706 sayılı Kanun m.11/1-b’de düzenlenmiştir. Buna göre; “İadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” halinde iade talebi kabul edilmez.

⁶⁹ Maddeye ilişkin açıklayıcı raporda; “Paragraf 2’de yer verilen düzenleme, iade talebinin adi bir suçtan dolayı ve bir kişiyi ırkı, dini, milliyeti veya siyasi görüşü nedeni ile takibata uğratma ya da cezalandırma gayesi ile yapıldığı kanaatine varılması halinde, talep edilen devlete, bu talebi reddetme yetkisi tanımaktadır. Talep edilen taraf devlet, siyasi nedenlerle talep edilen kişinin konumunda önyargılı davranılacağı kanaatinde olduğu takdirde aynı tutumu takınabilir” denilmektedir. (Bkz. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c92bc> -sayfa 6-)

⁷⁰ Rinio, s.384.

İHAS yönünden konunun önem ve ayrıntısına bakıldığında, aşağıdaki hususlar ön plana çıkmaktadır⁷¹:

Sözleşmecı devletlerin, yerleşik uluslararası hukuk ilkeleri gereğince ve Sözleşme gibi, anlaşma hukukundan doğan yükümlülükleri çerçevesinde, yabancıların ülkeye girişini ve ülkesinde ikamet etmelerini kontrol etme ve onları sınır dışı etme yetkileri vardır. Sözleşmecı devlet, kural olarak bir yabancıyı ülkeye kabul etmeyebilir, hukuka aykırı olarak ülkeye girmiş veya ülkede kalmaya çalışan yabancıyı sınır dışı edebilir ya da başka bir ülkede suç işlemiş yabancıyı o ülkeye iade edebilir. Ne var ki devletin bu yetkileri, insan haklarını ihlal etme riskiyle sınırlıdır. 1984 tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, “bir kimsenin diğer bir devlette işkenceye maruz kalacağına ilişkin inandırıcı esaslı sebeplerin bulunması halinde Sözleşmecı devletin bu kişiyi sınır dışı etmesini, geri göndermesini veya geri verilmesini” yasaklamaktadır (m.3). Kişinin öldürülebileceği, işkenceye veya kötü muameleyle maruz kalabileceği bir ülkeye gönderilmesine karar verildiğinde, Sözleşmecı devletin söz konusu düzenleme kapsamında sorumluluğu doğabilir.

İHAM, 2012 tarihli bir kararında⁷² kötü muamelenin genelde fiili, bedensel yaralanma veya şiddetli fiziksel veya akli acı çekmeyi içerdiğini belirtmiştir. Bununla birlikte mahkemeye göre, sayılan durumların yokluğunda dahi, muamele bir kişiyi aşağılıyorsa veya itibarını düşürüyorsa, kişinin insanlık onuruna saygı gösterilmiyor veya manevi ve fiziksel direncini kırabilecek korku, endişe veya aşağılanma duygularına neden oluyorsa⁷³, bu muamelenin aşağılayıcı olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Mahkeme, Soering/Birleşik Krallık (1989) kararında⁷⁴, kötü muamelenin (işkence, insanlık dışı veya aşağılık muamele) yasaklanmasına hiçbir durumun istisna teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, Sözleşmecı devletin bir kişiyi iade kararı, bu kişinin gönderileceği ülkede kötü muameleyle maruz kalma riski taşıyorsa, bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilir. Kendisinden iade talep edilen Devlet, Sözleşmede öngörülen standartlara (İHAS m.3) uygun olarak, iade talep eden devletteki koşulların değerlendirmesini yapmalıdır (para. 88 ve 91) Ayrıca mahkeme, kendisinden iade talep edilen Devletin, iade talep eden Devlette ölüm cezasının uygulanmaması yönündeki

⁷¹ Çalışmanın devamında yer verilen İHAM kararlarına, mahkemenin resmi internet sitesi olan <https://hudoc.echr.coe.int/tur#> üzerinden ulaşılmıştır

⁷² Ananyev ve diğerleri/Rusya (2012), Başvuru No: 42525/07 ve 60800/08, prg. 140. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

⁷³ Bu kapsamda, özellikle kişinin iade edildiği ülkedeki cezaevi şartları dikkate alınmalıdır (Gollwitzer, MRK Art. 3 -Verbot der Folter-, s.172, kn.8)

⁷⁴ Soering/Birleşik Krallık (1989), Başvuru No: 14038/88. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

isteğinin ve buna ilişkin teminatın, ölüm cezasının infazına ilişkin riski ortadan kaldırmayacağını (para. 98) belirtmiştir⁷⁵.

Mahkeme, kişiyi kamu makamları elinde bir nesneye dönüştüren cezaların da kişi onuru ve bütünlüğüyle bağdaşmayacağına işaret etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, kişinin şahsiyetini bastırmayı, kişide küçük düşürücü, alçaltıcı korku, zayıflık ve kaygı hisleri yaratmayı, kişinin dayanıklılığını ve iradesini kırmayı amaçlayan ve kişiyi neredeyse “medeni ölüm” halinde kaçak yaşamaya mecbur eden hapis cezalarını da “aşağılayıcı ceza” olarak görmektedir⁷⁶. Hapis cezaları, belirli ölçüde utandırma ve ıstırap unsuru içerir ancak bu durumun Sözleşmede sağlanan güvenceler bakımından (m.3) kabul edilebilir sınırlar içerisinde olması gerekir⁷⁷.

İnsan hakları hukuku nazarında, geri gönderilecek kişinin, gönderileceği yerde Sözleşmede öngörülen güvencelere (m.3) aykırı bir muameleye maruz kalacağı hususunda risk altında olduğunu maddi sebeplerle göstermesi halinde, bu duruma rağmen kişiyi geri gönderen Sözleşmeci devletin, Sözleşme gereğince sorumluluğunun doğacağı, Mahkeme’nin yerleşik içtihatlarındandır. Bu durumda, Sözleşmenin, kendisinden iade talep edilen devlete, söz konusu kişiyi talep eden devlete göndermeme yükümlülüğü yüklediği anlaşılmaktadır (m.3)⁷⁸. Burada bahsedilen risk, kişinin gönderileceği ülkenin iç hukuku ve uygulamasından ya da kişinin gönderileceği ülkedeki fiili durumdan kaynaklanabilir. Devlet görevlileri, özel gruplar veya kişiler tarafından öldürülme veya işkenceye veya kötü muameleye tabi tutulma riski, bu kapsamda değerlendirilir⁷⁹ 80.

Mahkeme, riskin gerçekliğini üç kritere göre değerlendirir: 1) Başvurucunun özel koşulları, 2) Başvurucunun gönderileceği ülkenin genel durumu, 3) Geri gönderme kararının verilmesinde esas ve usule ilişkin yeterli güvenceler bulunup bulunmaması. Ayrıca mahkeme, riske ilişkin değerlendirmesinde, kişinin, Sözleşmede öngörülen güvencelere (m.3) aykırı muamelelere maruz

⁷⁵ **GOETH-FLEMMICH, Barbara-KUBÍČEK, Miroslav-DUPRAZ, Stéphane-VERBERT, Erik**, İHAM kararlarında “Cezai Konularda” Adli İşbirliği, Adli İşbirliği Serisi 1, Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Hakkındaki Avrupa Sözleşmelerinin Uygulanmasına Yönelik İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, s. 150, 151.

⁷⁶ Ülke/Türkiye (2006), Başvuru No:39437/98, prg. 62. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

⁷⁷ **DOĞRU, Osman-NALBANT, Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Avrupa Konseyi, Yargıtay Başkanlığı, 2012, s.141.

⁷⁸ Chahal/Birleşik Krallık (1996), Başvuru No: 22414/93, prg.74. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

⁷⁹ **Doğru-Nalbant**, s.150 vd.

⁸⁰ Devlet, kamu gücünü kullanarak işkence, kötü, aşağılayıcı muamele ve cezalandırma yaşağına aykırı davranamayacağı gibi, tolerans gösterdiği yahut şiddet içeren faaliyetlerine engel olmadığı lokal çeteler yahut diğer gruplar eliyle bu yaşağı ihlal edilmesine, dolaylı da olsa katkıda bulunamaz (**Gollwitzer**, MRK Art. 3 -Verbot der Folter-, s.175, kn.14)

kalmayacağına ilişkin, geri gönderilecek ülkenin vereceği güvenceleri de dikkate alır. Gönderilecek ülkenin vereceği bu güvencelerin yeterli olması, karşı delillerle inandırıcılığını kaybetmemesi gerekir.⁸¹

Başvurucunun sistematik olarak kötü muameleye maruz kalan bir gruba/topluluğa mensup olduğunu iddia ettiği olaylarda mahkeme, başvurucunun kendisine yönelik somut bir riski ispatlamasını beklememektedir. Başvurucunun, içerisinde bulunduğu gruba/topluluğa yönelik uygulanan, Sözleşmeye aykırı fiillerin varlığına dair ciddi sebepler bulunduğunu ve kendisinin bu gruba/topluluğa dahil olduğunu ortaya koyması, m.3'ün sağladığı korumadan faydalanması için yeterlidir. Başvurucunun anlatımı ve dahil olduğu grubun/topluluğun ülkedeki durumu hakkındaki bilgiler ışığında kararını verir⁸².

Mahkeme, Sözleşmeye (m.3) aykırı fiillere maruz kalma riskinin varlığını değerlendirirken şu üç esastan hareket eder: 1) Mahkeme, riskin varlığını ortaya koyan maddi sebepleri araştırırken mevcut ve gerekli görmesi halinde kendisinin re'sen toplayacağı tüm materyalden faydalanır, 2) Sözleşme Devletin sorumluluğu, bireyi kötü muamele riskine maruz bırakması ile ortaya çıkar, 3) Kötü muamelenin Sözleşmeye aykırılık oluşturması için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gereklidir. Ancak mahkemeye göre, bu ağırlık düzeyi, konunun doğası gereği göreceli olup somut olayın şartlarına göre değerlendirilir⁸³.

Mahkemenin zaman içerisinde oluşturmuş olduğu bu ilkelerden çıkan sonuca göre, kötü muamele riski, kişinin gönderileceği ülkedeki genel koşullar ile başvurucunun kişisel durumu, geri göndermenin öngörülebilir sonuçlarıyla birlikte değerlendirilerek tespit edilir (Vilvarajah ve diğerleri, prg. 108).

Örnek olayda iadesi talep edilen kişi, Kafkas kökenli Müslüman bir Rus vatandaşıdır. Özellikle Rusya'da olayın yaşandığı bölgede, kişilerin Slav-Kafkas şeklinde ayrımlara tabi tutulduğu bilinmektedir. Nitekim olay sonrası yürütülen tahkikatta ifadeleri alınan bar işletmesi çalışanları beyanlarında; "... *kargaşanın Slav görünüşlü kişiden kaynaklandığına emin olduğunu, çünkü Slav görünüşlü delikanlı ve arkadaşlarının Kafkas görünümü kişilerin masasına gittiğini ve kavga etmeye başladıklarını gördüğünü ...*" söylemişlerdir. Bu beyanlar, buradaki ayrımcılığı göz önüne sermektedir. Zira bu tarz ifadeler, o bölgede yaşayan kişilerin, bir yaşam olayını anlatırken dahi insanları slav-kafkas şeklinde dış görünüşleri itibarıyla ayırt ettiklerini göstermektedir.

⁸¹ Doğru-Nalbant, s.150 vd.

⁸² Salah Sheekh/Hollanda (2007), Başvuru No: 1948/04, prg.148. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

⁸³ Vilvarajah ve diğerleri/İngiltere (1991), Başvuru No:13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, prg.108. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

Ayrıca sanığın yargılama safahatındaki beyanlarında, babasının 2003 yılında mafya tarafından öldürüldüğü, Rusya’daki ticari işletmelerinin bu kişilerce ele geçirilmeye çalışıldığını söylemiş olması da önemlidir.

İade kurumunun amacı, bir ülkede suç işledikten sonra yabancı bir ülkeye kaçan suçluların, ülkesinde suç işlediği devletçe yargılanmaları veya haklarında hükmedilmiş cezanın infaz edilebilmesi, böylece cezasız kalmalarını önlemekten ibarettir. Dolayısıyla **örnek olayda** olduğu gibi, iade talebiyle güdülen amacın tereddütlü olduğu durumlarda, iade kararı verilmeden evvel, iade talebini değerlendiren mahkemece, insan yaşamı ve bütünlüğüne yönelik tehdit ve tehlikeler dikkate alınarak, yine İHAM kararları doğrultusunda bunları şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat etmesi aranmaksızın meselenin ayrıntılı bir şekilde tahkik edilmesi ve bu suretle bir sonuca varılması gerekir.

B. Özel Haller Kapsamında İade Edilebilirlik

6706 sayılı Kanun m.11/4’e göre; “İadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye’de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir.” Kanun koyucu bu hükümlerle, iadede orantılılık ilkesine işaret etmiş⁸⁴, iadesi talep edilen kişinin şahsi durumunun dikkate alınmasını, özellikle adi suçlar nedeniyle iade edilerek aile birliğinin bozulmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır⁸⁵. Bu kapsamda iadesi talep edilen kişinin, iade talep edilen ülke konumundaki Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde kurduğu sosyal ve ekonomik tüm bağlar dikkate alınacaktır. Söz gelimi, talep edilenin kendisi ve/veya ailesinin Türk vatandaşlığına başvuru yapmış olması durumunda, bu sürecin sonlanmasına kadar kişi hakkında iade kararı verilmesinden kaçınılmalıdır.

Örnek olayda da iadesi talep edilen sanık, eşi ve çocuklarından oluşan çekirdek ailesi ile birlikte yaklaşık 6 yıldır Türkiye’de yaşamaktadır. Söz konusu kişinin Türkiye’ye geliş tarihi olan 2014’te, Rusya’da hiçbir ceza tehdidi ile karşı karşıya olmaması, hukuka uygun yollardan Türkiye’ye gelmiş olması, eşi ve çocuklarının istisnai yoldan Türk vatandaşlığına başvuru yaptığı, 6706 sayılı Kanun’un yukarıda zikredilen m.11/4 hükmü çerçevesinde değerlendirilebilecek bilgilerdir.

⁸⁴ Akbulut, s.213.

⁸⁵ Nitekim Adalet Alt Komisyonu raporunda bu hükümlerle ilgili olarak; “Dördüncü fıkrada, Türkiye’de ikamet eden veya evlenmek suretiyle Türkiye’ye yerleşen ya da talep tarihinde onsekiz yaşından küçük olan iade talebine konu kişilerin, sosyal ve ekonomik bağları da dikkate alınarak, telafisi imkânsız bir zarar görmeleri veya aile birlikteliklerinin bozulması ya da yaşı küçük olan ilgilinin yabancı devlete intibakta zorlanması gibi durumlar dikkate alınarak, iade talebinin reddedilebilmesi imkânı getirilmektedir” denilmiştir. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss278.pdf> Erişim:12.12.2019)

SONUÇ

Suç işleyen kişinin, başka bir ülkeye giderek işlediği suçun yaptırımından kurtulabilmesi, suçların önlenmesi açısından bir zafiyet oluşturacağı gibi, ulusal ve uluslararası alanda adaletin tesis edilmesini de engeller. Bu bakımdan suçlunun suç işlediği ve kamu düzenini ihlal ettiği yere getirilerek yargılama sürecinin tamamlanması veya hakkında verilmiş cezanın infazının temini için geri getirilmesi son derece önemlidir. Ülkeler arası adli yardımlaşma çerçevesinde ortaya çıkan bir kurum olan suçluların iadesi, bu amaca hizmet etmektedir.

İadenin uluslararası boyutu, bu konuda yapılacak bir mutabakat ile bu kurumun hangi şartlara tabi olacağını tespitini zorunlu kılar. Söz konusu mutabakat çok taraflı olabileceği gibi, ikili anlaşmalar şeklinde de ortaya çıkabilir. İade hususunda Türkiye Cumhuriyeti ile birçok ülke arasında ikili anlaşmalar bulunmakla birlikte, ülkemiz, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin de tarafıdır. Mevzuatımızda, tüm bu anlaşmalar çerçevesinde iadenin hangi usule göre yapılacağını tespit etmek amacıyla 6706 sayılı Kanun ihdas edilmiştir.

İade kurumunun şartlarını belirleyen uluslararası ve ulusal normlar çerçevesinde iade usulü bakımından en önemli husus, talebin yetkili makam aracılığıyla yapılması ve iade talepnameşi ile ekinde yer verilen, iadenin hangi amaca yönelik olduğuna işaret eden evrakların açıklayıcı olmasıdır. Bunun için de evvel emirde bu evrakların, talep edilen devletin resmi diline tercüme edilmiş olması gerekir. Elbette tercümenin anlaşılır olması lüzumludur. Esasa ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesini teminen, şayet evraklarda usuli açıdan eksiklikler mevcutsa, bunların talep edilen devlet tarafından belirtilerek talep eden devlete iletilmesi son derece önemlidir.

Çifte suçluluk kuralına göre iadenin kabul edilebilirliği için işlenen fiilin, hem talep eden hem de talep edilen devlet bakımından suç oluşturması gerekir (SİDAS m.2, 6706 sayılı Kanun m.10/2). Buna ilişkin değerlendirme, fiilin işlendiği an dikkate alınarak yapılır. Uygulamada, çifte suçluluk yönünden en önemli konu, iade talebini değerlendiren mahkemenin, fiilin her iki ülkede suç oluşturup oluşturmadığı yönünden soyut mu yoksa somut bir yaklaşım mı tercih edeceğidir. Bu noktada iki şekilde hareket edilebilir. İlk olarak iade talepnameşine konu fiilin her iki ülkenin kanunlarında suç olarak tanımlanmış ve karşılığında belli bir ceza öngörülmüş olmasının gerekli ve yeterli sayılabilir (*soyut çifte suçluluk kuralı*). Bu kapsamda fiilin işlenişine ilişkin somut şartlar ile failin cezalandırılabilirliğine ilişkin meşru savunma, zorunluluk hali, zorlayıcı cebir gibi subjektif durumlar dikkate alınmaz. Buna karşılık nitelikli çifte suçluluk olarak da anılan *somut çifte suçluluk* kuralına göre, iade talebine ilişkin incelemenin iki ölçüsü bulunur. Bunlardan *ilki* suçun tanımsal ayniyetidir. *İkincisi* ise suç oluşturana unsurların her iki devlet yönünden somut

vakianın gelişimi ve cezalandırılabilirliğe etki eden diğer olgular nazarında yapılacak değerlendirmedir. 6706 sayılı Kanun m.13 ve m.18 kapsamında, lüzumlu görülen bilgi ve belgelerin talep eden devletten istenebileceğine işaret edilmiş olması, Adalet Bakanlığınca yapılacak ilk inceleme ve iade yargılaması sırasında, somut olayın gelişimi ve sübutla ilgili olan hususların da dikkate alınacağı sonucuna ulaşmayı mümkün kılmaktadır. Ayrıca m.11’e göre zamanaşımı sürelerinin iade etkisi kabul edilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun hukukumuz yönünden somut çifte suçluluk kuralına yakınlaştığını söylemek mümkündür.

İadenin fiile ilişkin şartlarından bir diğeri, suçun belli bir ağırlıkta olmasıdır. SİDAS m.2 ve 6706 sayılı Kanun m.10/2’de öngörülen düzenlemeler, bu şart bakımından sayma değil, ayırma sisteminin tercih edildiğini göstermektedir. Buna göre iadesi istenen kişi, iade talebinde bulunan devlette yargılanmış ve hakkında mahkumiyet kararı verilmişse, hükmedilen cezanın 4 aydan az olmaması gerekir. Şayet iade talebi, talep edilen kişinin yargılanması amacına yönelikse eylem, talep eden devlet ve Türk hukukuna göre üst sınırı bir yıl yahut daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmelidir. İade taleplerinde eylemin anlatılış biçimine göre Türk hukuku bakımından hangi suça karşılık geldiği tespit edilmeli, her iki devlet hukukuna göre varsa teşebbüsün şartları (ve mevcutsa talep edilenin şeriklik konumu) değerlendirilmeli, suçun SİDAS m.2 ve 6706 sayılı Kanun m.10’da tarif edildiği biçimiyle belirli bir ağırlıkta olmadığı da buna göre tespit edilmelidir. Bunun dışında SİDAS’a göre eylem hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülüyorsa, bunların icrası için de iade söz konusu olabilir (m.2/1). Güvenlik tedbirlerinden ne anlaşılması gerektiği, Sözleşmede açıklanmıştır (m.25). Buna göre, ceza mahkemesince verilen ve hürriyeti sınırlandıran yahut bir cezanın yerine uygulanan her türlü tedbir iade kapsamındadır. 6706 sayılı Kanunda ise güvenlik tedbirlerinin, iade talebine esas olabileceğine dair bir hüküm yoktur. Hukukumuz yönünden, TCK’da ve ceza normu içeren sair kanunlarda suç olarak kabul edilen bir fiil karşılığında, eylem ve failin özelliklerinden bağımsız doğrudan bir yaptırım olarak öngörülen hürriyeti sınırlandırıcı tedbir bulunmadığından, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenlik tedbirinin infazına matuf bir talepte bulunması ihtimali düşüktür. Ancak yine de örneğin etkin pişmanlığa bağlı (TCK m.221/5) veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına bağlı olarak (TCK m.191/5) uygulanan denetimli serbestlik tedbirinin infazı için iade talebinde bulunulması gündeme gelebilir. Ayrıca SİDAS’a üye devletlerden birinden ülkemize yönelik yapılan bir iade talebinin dayanağı olarak hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirinin infazı gösterilebilir. Bu durumda nasıl hareket edilecektir? Türkiye, 18.11.1959 tarih ve 7376 sayılı Kanun ile SİDAS’ı, m.11 için öngörülen ve ölüm cezasının müebbet hapse teviline dair ileri sürülen ihtirazi kayıt dışında bir çekince ileri sürmeksizin tasdik etmiştir. Ancak SİDAS,

temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayıp Anayasa m.90/5, c.1 uyarınca kanun hükmündedir. Dolayısıyla kanun koyucunun sonraki bir kanunla (6706 sayılı kanun) öngördüğü düzenleme geçerli olacak ve Türkiye’den başka devlete güvenlik tedbirinin infazı içerikli bir iade talebinde bulunulamayacaktır. Aynı şekilde Türkiye’den iade talep edilmesi durumunda da iade yargılaması yürüten ağır ceza mahkemesi, 6706 sayılı Kanun uyarınca bir değerlendirme yapacaktır. Belirtmek gerekir ki benzer durum, sadece adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da söz konusudur.

Fiile ilişkin bir diğer şart, talep eden ülkede işlenen suç karşılığında ölüm cezası öngörülmemiş olmasıdır. Ölüm cezasının mevcudiyeti, SİDAS m.11 ve aynı şekilde 6706 sayılı Kanun m.11’de bir iade engeli olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bunun mutlak mahiyette olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair teminat verilmesi durumunda iade talebinin yerine getirilmesi mümkündür. Ancak Türkiye’den talep edilen iadeler yönünden burada önemli olan, iade kapsamında Türkiye’ye verilen teminatın güvenilir olup olmadığı, söz konusu ülkenin geçmiş uygulamalarının ne doğrultuda olduğu hususundaki denetimin esaslı yapılmasıdır. Aksi takdirde, teminata rağmen iadeyi takiben ölüm cezası infaz edilir veya ölüm, bir ceza infazı olarak değil de işkence gibi gayri insani metotların sonucu olarak ortaya çıkarsa, *Türkiye’nin İHAS kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilir.*

Suçluların iadesinin şartları, iadesi talep edilen kişi bakımından ele alındığında, öncelikle iadesi talep edilenin tabiiyeti ve işkence-kötü muameleyle maruz bırakılma ihtimali değerlendirilmelidir. 6706 sayılı Kanun m. 18’ de yer alan düzenleme göre, kişinin rızaya dayalı iade usulünü kabul etmemesi hâlinde, iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirecek olan ağır ceza mahkemesi, iade şartlarını bu Kanun ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerine göre inceleyerek iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verir. Buradaki “anlaşma” ifadesinin, sadece suçluların iadesine ilişkin anlaşmaları değil, aynı zamanda bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına alan uluslararası anlaşmaları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir. SİDAS dahil olmak üzere (m.3/1,2) bu kapsamda gündeme gelebilecek anlaşmalar (İHAS ve İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi) iadesi talep edilen kişinin, tabiiyeti nedeniyle soruşturmaya yahut kovuşturmaya tabi tutulacağı, iade talep eden devlet nezdinde işkence ve kötü muamele yasağına aykırı bir muameleyle maruz kalacağı veyahut da öldürüleceği ihtimalinde, iadenin mümkün olmadığına işaret etmektedir. Ulusal hukuk açısından ise konu, 6706 sayılı Kanun m.11/1-b hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; *“İadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleyle maruz kalacağına*

dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” halinde iade talebi kabul edilmez. Aksi durumda, İHAS m.3’e aykırılık dolayısıyla iade eden ülke olarak Türkiye’nin sorumluluğu söz konusu olabilir. Bundan kaçınmak ve en önemlisi insan haklarına uygun bir tatbikat geliştirmek için bu hususta İHAM kararları nazarı itibara alınmalıdır. İHAM’a göre iade halinde kişinin gayri insani muamele göreceği yahut ayrımcılığa tabi tutulacağı riskinin gerçekliği üç kriterine göre değerlendirilmelidir: 1) Başvurucunun özel koşulları, 2) Başvurucunun gönderileceği ülkenin genel durumu, 3) Geri gönderme kararının verilmesinde esas ve usule ilişkin yeterli güvenceler bulunup bulunmaması. Ayrıca mahkeme, riske ilişkin değerlendirmesinde, kişinin Sözleşmede öngörülen güvencelere aykırı muamelelere maruz kalmayacağına ilişkin geri gönderilecek ülkenin vereceği güvenceleri de dikkate almaktadır.

Kişiye ilişkin şartlar kapsamında ifade etmek gerekir ki kanun koyucu, iadede orantılılık ilkesine işaret etmek ve iadesi talep edilen kişinin şahsi durumunun dikkate alınmasını temin ederek özellikle adi suçlar nedeniyle iade edilerek aile birliğinin bozulmasının önüne geçmek amacıyla 6706 sayılı Kanun m.11/4’te; *“İadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye’de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir”* şeklinde bir hükme yer vermiştir. Bu kapsamda iadesi talep edilen kişinin, iade talep edilen ülke konumundaki Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde kurduğu sosyal ve ekonomik tüm bağlar dikkate alınacaktır. Söz gelimi talep edilenin kendisi ve/veya ailesinin Türk vatandaşlığına başvuru yapmış olması durumunda, bu sürecin sonlanmasına kadar kişi hakkında iade kararı verilmesinden kaçınılmalıdır.

KAYNAKÇA

- **AKBULUT, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- **BLAAS, Fey-Constanze**, Double Criminality in International Extradition Law, University of Stellenbosch (<https://core.ac.uk/download/pdf/37376692.pdf>)
- **CRYER, Robert-FRIMAN, Hakan-ROBINSON, Darryl-WILMSHURST, Elizabeth**, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, UK 2010.
- **DAHM, George**, Völkerrecht, Band I/2, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 2002.
- **DOĞRU, Osman-NALBANT, Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Avrupa Konseyi, Yargıtay Başkanlığı, 2012.

- **ERALP, Özgen**, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.167, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1962
- **ERGÜL, Ergin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.
- **GILBERT, Geoff**, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 42, No. 2 (Apr., 1993), Cambridge University Press (s.442-448).
- **GOETH-FLEMMICH, Barbara-KUBÍČEK, Miroslav-DUPRAZ, Stéphane-VERBERT, Erik**, İHAM kararlarında "Cezai Konularda" Adli İşbirliği, Adli İşbirliği Serisi 1, Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Hakkındaki Avrupa Sözleşmelerinin Uygulanmasına Yönelik İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (http://www.diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/aihm_kararlarinda_uluslararası_adli_isbirligi.pdf).
- **GOLLWITZER, Walter**, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR Kommentar, Walter de Gruyter, Berlin 2005.
- **İÇEL, Kayıhan**, Suçluların Geri Verilmesi Üzerinde Bir İnceleme, İÜHFİM, Y.1964, C.30, S. 46 (s.692-728)
- **KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Adalet, Ankara 2018.
- **MAAßEN, Hans-Georg**, GG Art 16 Auslieferung, in: Epping/Hillgruber BECK Grundgesetz Kommentar, C.H Beck München 2019 (kn.1-70)
- **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, Suçluların Geri Verilmesi, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), İstanbul 1998 (s.53-66).
- **ÖNDER, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Beta, İstanbul 1991.
- **ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- **ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9-Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2018.
- **ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, M.Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin, Eylül 2019.
- **RINIO, Carsten**, Die Auslieferung eigener Staatsangehöriger -Historische Entwicklung und neuere Tendenzen-, ZStW 108 (1996), Heft 2 (s.354-393).

- **SAVAŞ, Coşkun Necmi**, “İnsan Hakları Bağlamında Suçların Geri Verilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013 S. 1 (s.249-284).
- **SHEARER, Ivan Anthony**, Extradition in International Law, Manchester University Press, 1971.
- **TEZCAN, Durmuş**, Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu, Ankara Ü. SBF Dergisi, C.38, 1983 (s.159-180).
- **TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- **ULUTAŞ, Ahmet**, “Türk Geri Verme Hukukunda Terminoloji Birliği İhtiyacı ve Bu Açından Türkiye-Tunus Sözleşmesi’nin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, S.3 (s.267-296).
- **ULUTAŞ, Ahmet**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, TBB Yayınları, Ankara, Ekim 2012.
- **VERMEULEN, Gert-DE BONDT, Wendy-RYCKMAN, Charlotte**, Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in The EU, IRCP (Institute for International Research of Criminal Policy), Maklu, Portland 2012.
- **ZİYADOV, Nazim**, “Anayasal Yargıda Uluslararası Hukuk Hükümlerinin Tarafı Yorumu: Rusya Anayasa Mahkemesi’nin 21- П (2015) Sayılı Kararının İncelenmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.11, Haziran 2018 (s.141-160).

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KAMU DÜZENİNE VE GENEL AHLAKA AYKIRI AVRUPA BİRLİĞİ MARKALARI

*European Union Trademarks that are Contrary to Public Policy
or to Accepted Principles of Morality in Light of Case Laws*

Dr. Özge ÖZSOY*

Geliş Tarihi: 01.04.2020 Kabul Tarihi: 04.06.2020

ÖZET

Avrupa Birliği (AB) Marka Direktifi ve AB Markası Tüzüğü, kamu düzenine veya genel kabul gören ahlak ilkelerine aykırı markaların tescilini yasaklamaktadır. Çocukların cinsel içerikli işaretlere maruz kalma riskini vurgulayan, “ScrewYou” işareti ile ilgili AB Fikri Mülkiyet Ofisi kararında teyit edildiği üzere, söz konusu yasak ile özellikle 18 yaşından küçükler korunmaktadır. Bu kararda, çeşitli olağan mallar ile bağlantılı olarak AB Marka başvurusu reddedilirken, seks mağazalarında satılan belirli ürünlere ilişkin olarak tescil başvurusu kabul edilmiştir. “Dick & Fanny” işareti ise bir görüş bildirmedeği, kışkırtma içermediği ve hakaret olarak algılanmadığı için tescil edilebilir bulunmuştur. AB Adalet Divanı’nın ilk derece mahkemesi olan Genel Mahkeme’nin kararında belirtildiği üzere, Pakistanlıları hatırlatan “Paki” işareti gibi ırkçı ve ayrımcı kelimelerden veya simgelerden oluşan markaların da tescil edilmesine izin verilmemektedir. AB Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu ve Genel Mahkeme, tüketicilere terör örgütlerini veya komünist ülkeler gibi otoriter rejimleri hatırlatan markaları kamu düzenine aykırılık halinde, markaların tescilinin reddedilmesi yanında tescil edilmiş markaların AB Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi tarafından sonradan hükümsüz kılınması da

ABSTRACT

The European Union (EU) Trademark Directive and the EU Trademark Regulation prohibits the registration of trademarks that are contrary to public policy and accepted principles of morality. As confirmed in the decision of the EU Intellectual Property Office with respect to the “Screw You” sign, which emphasized the children’s risk of exposure to sexually explicit signs, in particular the minors are protected with the said prohibition. In this decision, while the EU Trademark application was refused in connection with the various ordinary goods, the application for registration was accepted in respect of the certain products sold in sex shops. However, “Dick & Fanny” sign was deemed registrable as it did not proclaim any opinion, did not include incitement and was not perceived as insult. As stated in the judgement of the General Court, the trademarks comprised of racist and discriminatory words or symbols such as the sign of “Paki” which reminds of people from Pakistan are also not allowed to be registered. The EU Intellectual Property Office and the General Court, which is the first instance court of the European Court of Justice, held those trademarks, which remind the consumers of the terrorist organisations or the authoritarian regimes such as communist countries, as contrary to public policy.

* e-posta: ozgeakin@yahoo.com.tr, ORCID ID: 0000-0003-0740-8933.

mümkündür. Örneğin, “Mafia” ibareli bir marka, hükümsüz kılınmasının ardından, hükümsüzlük kararının iptali talebiyle Genel Mahkeme’de açılan davada kamu düzenine aykırı bulunmuştur. Kamu düzenine aykırı AB markaları ile ilgili en güncel karar olan Genel Mahkeme’nin 12 Aralık 2019 tarihli kararında ise, “Cannabis Store Amsterdam” ibareli marka başvurusu kamu düzenine aykırı bulunması nedeniyle reddedilmiştir. Böylece, yakın zamanda marihuananın etken maddesi olan THC’yi belirli miktarda içeren otların satışına izin veren çeşitli AB üyesi ülke düzenlemeleri karşısında, bu karar “marijuana” ve “cannabis” ibareli markaların tescilini zorlaştırmakta ve tartışmalara yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği Markası, Kamu Düzeni, Genel Ahlak, Tescilin Reddi, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi.

In case of being contrary to public policy, apart from refusal to register the trademarks, the EU Intellectual Property Office may later invalidate the registered trademarks. For example, a trademark with the word “Mafia” was held as contrary to public policy at a case filed before the General Court with the request of cancellation of an invalidity decision following its declaration of invalidity. In the General Court’s judgement dated December 12, 2019, which is the most recent judgement in respect of those EU trademarks contrary to public policy, the trademark application with an expression of “Cannabis Store Amsterdam” was refused due to being held as contrary to public policy. Thus, in view of various EU Member States’ recent legislation allowing sale of weeds containing certain amount of THC, which is the active element of marijuana, this judgement complicates the registration of trademarks with the words “marijuana” and “cannabis” and gives rise to some debates.

Keywords: European Union Trademark, Public Policy, Morality, Refusal of Registration, European Union Intellectual Property Office

GİRİŞ

AB Markası, tek dil kullanılarak, tek merkezden (EUIPO¹) yapılan tek başvuru ile AB Üye Devletlerinin tümünde geçerli olan bir hakkın elde edilmesine olanak sağlamaktadır. Söz konusu kavram, üniter etkisiyle dikkat çekmektedir. Buna göre, AB için tek ve yeknesak bir marka yaratan AB Markası Tüzüğü,² tek bölünmez bölge olarak Birliğin bütününe kapsayan tescile ilişkin tek bir başvuru yapılmasını öngörmektedir. Bu nedenle, AB Markası bölünmez bir özelliğe ve Birliğin her tarafında eşit etkiye sahiptir. Bir başka deyişle; tüm Birliği kapsamadıkça, tescil edilemez, devredilemez veya bundan vazgeçilemez yahut sahibinin haklarını iptal eden ya da kendisini hükümsüz kılan bir karara tabi olamaz veya kullanımı yasaklanamaz.³ AB Markası başvurusuna ilişkin bir kabul veya ret kararı da, doğal olarak, ülke ayrımı gözetilmeksizin tek bir karar olarak verilir. Sonuç olarak, bir AB Markası Birliğin her tarafında etkilidir ve tüm Birlik’le ilgili olmadıkça herhangi bir şekilde işleme tabi tutulamaz.⁴

EUIPO inceleme görevlileri, bir AB Markası başvurusunu öncelikle AB Markası Tüzüğü’nün 7 nci maddesi birinci fıkrası uyarınca mutlak ret nedenlerine göre incelerler. İnceleme sonucunda; başvurunun kapsadığı mal veya hizmetlerin tamamı bakımından kabul, tamamı bakımından ret veya bir kısmı bakımından ret (bir başka deyişle, bir kısmı bakımından kabul) şeklinde

¹ “European Intellectual Property Office”in kısaltması. Ofisin eski adı OHIM’dir. Çalışmamızda “**AB Fikri Mülkiyet Ofisi**” veya “**EUIPO**” olarak anılacaktır.

² 14.06.2017 tarih, 2017/1001/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Union**, L 154, 16.06.2017) (“*Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark*”). Bu Tüzük, kendisinden önceki 20.12.1993 tarih, 40/94/EC sayılı Konsey Tüzüğü’nü (**OJ of the European Communities**, L 11, 14.1.1994) ve bunu değiştiren 22.12.1994 tarih, 3288/94/EC sayılı Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Communities**, L 349, 31.12.1994); 14.04.2003 tarih, 807/2003/EC sayılı Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Union**, L 122, 16.5.2003); “Documents concerning the accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic to the European Union-Annex II, Part 4 (C)(I)” (**OJ of the European Union**, L 236, 23.9.2003); 18.6.2003 tarih, 1653/2003/EC sayılı Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Union**, L 245, 29.9.2003); 27.10.2003 tarih, 1992/2003/EC sayılı Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Union**, L 296, 14.11.2003); 19.02.2004 tarih, 422/2004/EC sayılı Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Union**, L 70, 9.3.2004); “Documents concerning the accession of the Republic of Bulgaria and Romania to the European Union-Annex III, Point 1.I” (**OJ of the European Union**, L 157, 21.6.2005); 18.12.2006 tarih, 1891/2006/EC sayılı Konsey Tüzüğü’nü (**OJ of the European Union**, L 386, 29.12.2006) ve 26.2.2009 tarih, 207/2009/EC sayılı Konsey Tüzüğü’nü (**OJ of the European Union**, L 78, 24.3.2009) ilga etmiştir. Çalışmamızda söz konusu Tüzük kısaca “**AB Markası Tüzüğü**” olarak anılacaktır.

³ AB Markası Tüzüğü m. 1/2.

⁴ AKIN, Özge: “Avrupa Birliği, Topluluk Markalarına Reform Getirebildi mi?”, Legal Hukuk Dergisi, 14(162), 2016, s. 40.

karar alırlar. Kısmen veya tamamen ret kararı, coğrafi kapsam bakımından değildir. Bu nedenle, Üye Devletlerin birkaçını kapsayacak kısmî bir ret kararı verilemez. Bu ilke, AB Markası'nın yukarıda bahsettiğimiz bölünmez özelliğinden kaynaklanmaktadır.

AB Markası'nın bölünmez özelliği ilkesinin açıkça uygulandığı diğer bir hüküm, AB Markası Tüzüğü m. 7/2'dir. Buna göre, ret nedenlerinin Birliğin sadece bir kısmı için geçerli olması, bir AB Markası başvurusunu reddetmek için yeterli olacaktır. Zira, bir AB Markası AB'nin 27 Üye Devleti'nde uygulanabilir bir hak tesis etmektedir. Dolayısıyla, AB Markası mevzuatının içerdiği tescil şartları her bir Üye Devlet'te yerine getirilmelidir. Bu husus, hizmet ve mali işler markasına ilişkin *Companyline*⁵ ve *Option*⁶ kararıyla Genel Mahkeme⁷ (eski adıyla "Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi"⁸) tarafından teyit edilmiştir.

AB Üye Devletlerinin marka mevzuatını uyumlaştıran AB Marka Direktifi,⁹ m. 4/1/f ile ve AB Markası Tüzüğü m. 7/1/f, kamu düzenine veya genel kabul gören ahlak ilkelerine aykırı markaların tescilini kabul etmemektedir. Bunun yanında, bir AB markası AB Markası Tüzüğü m. 7/1/f'ye aykırı olarak tescil edilmişse, AB Fikri Mülkiyet Ofisi'ne başvuru üzerine veya ihlal davasında bir karşı davaya dayanarak hükümsüz kılınacaktır.¹⁰ Dolayısıyla, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık, AB Markası Tüzüğü'ne göre, hem mutlak ret nedeni ve hem de hükümsüzlük nedenidir. Bir başka deyişle, bu neden, hem AB Fikri Mülkiyet Ofisi hem de mahkemeler tarafından kendiliğinden dikkate alınmaktadır.

Dikkat edileceği üzere, AB'de kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların sadece tescili yasaklanmıştır. Oysa, bunların tescilsiz olarak kullanımı konusunda bir yasak söz konusu değildir.¹¹

⁵ T-19/99, *DKV Deutsche Krankenversicherungs AG v. OHIM* ("Companyline") [2000] ECR II-1. Bu kararda, "Companyline" kelimesinin İngilizce konuşan ülkelerde korunmaya uygun olmadığı, bu nedenle de söz konusu kelimeyi içeren markaya ilişkin OHIM Temyiz Kurulu'nun ret kararının yerinde olduğu vurgulanmıştır.

⁶ T-91/99, *Ford Motor Company v. OHIM* [2000] ECR II-1925. Bu davada, bir Üye Devlet'in (bu durumda Fransa) dilinde tanımlayıcı bir anlama sahip olan bir markanın reddedileceğine hükmedilmiştir.

⁷ "General Court."

⁸ "Court of First Instance of the European Communities."

⁹ 16.12.2015 tarih, 2015/2436/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (**OJ of the European Union**, L 336, 23.12.2015) ("*Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*"). Bu Direktif, kendisinden önceki 22.10.2008 tarih, 2008/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'ni (**OJ of the European Union**, L 299, 8.11.2008); 21.12.1988 tarih, 89/104/EEC sayılı Konsey Direktifi'ni (**OJ of the European Communities**, L 40, 11.02.1989); ve bunu değiştiren 19.12.1991 tarih, 92/10/EEC sayılı Konsey Kararı'nı (**OJ of the European Communities**, L 6, 11.01.1992) ilga etmiştir.

¹⁰ AB Markası Tüzüğü m. 59/1/a.

¹¹ RANDAZZA, Marc J.: "Freedom of Expression and Morality-Based Impediments to the Enforcement of Intellectual Property Rights", *Nevada Law Journal*, 16(1), 2015, s. 113.

AB Markası Tüzüğü m. 7/3'e göre, marka, kullanım sonucunda tescil talep edilen mallar veya hizmetler bakımından ayırt edicilik kazanmışsa, 1. fıkranın b, c ve d bentleri uygulanmaz. Bir başka deyişle, ayırt edici olmayan, tanımlayıcı ve jenerik sözcükler kullanım sonucunda sonradan tescil edilebilmektedir. Buna karşın, söz konusu olanak kamu düzenine aykırı markalar için öngörülmemiştir; diğer bir deyişle, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık sonradan giderilemeyecek bir tescil engelidir.¹²

Çalışmamızda öncelikle kamu düzeni teriminin terim olarak kökenine değinilecek, daha sonra kamu düzeni ve ahlak kavramlarının doktrinde ve yargı kararlarında nasıl tanımlandığı açıklanacaktır. Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların tescilinin neden yasaklandığı konusuna, AB Fikri Mülkiyet Ofisi kararları doğrultusunda değinilecektir. Son olarak, AB Fikri Mülkiyet Ofisi kararlarında ve Genel Mahkeme kararlarında yer alan kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

I. TERMİNOLOJİ

Kamu düzeni kavramının çeşitli düzenlemelerde farklı terimlerle ifade edildiği göze çarpmaktadır. AB Markası Tüzüğü, kamu düzeni anlamındaki “*public policy*” tabirini kullanırken, AB üyesi devletlerinin marka düzenlemeleri yine kamu düzeni anlamındaki “*ordre public*”, “*public policy*”, “*public order*” ve hukuka aykırı anlamındaki “*contrary to law*” tabirlerini kullanmaktadır. Ancak, özgün terim, Fransızca tabir olan “*ordre public*” olup, 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi¹³ m. 6 mükerrer 4 B.3'te yer alan ahlaka veya kamu düzenine aykırı anlamındaki “*contrary to morality or public order*” ifadesinin doğru çevirisidir. Paris Sözleşmesi'ndeki bu Fransızca ifade, daha sonra AB Markası Tüzüğü m. 7/1/f'ye yansıtılmıştır.¹⁴

¹² SENFTLEBEN, Martin: “Free signs and free use: How to offer room for freedom of expression within the trademark system”, Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, Christophe Geiger (ed.), Edward Elgar, Cheltenham 2016, s. 359.

¹³ *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Sözleşme metni için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html, (25.02.2020). Sözleşme'nin kapsamına patentler, ticaret markaları, hizmet markaları, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, ticaret unvanları, kaynak işaretleri veya menşe adları ile haksız rekabet girmektedir (m. 1/2). Sözleşme; 1900'de Brüksel'de, 1911'de Washington'da, 1925'te Lahey'de, 1934'te Londra'da, 1958'de Lizbon'da ve 1967'de Stokholm'de yapılan toplantılarda gözden geçirilmiş ve son olarak Stokholm'de 1979'da değişikliğe uğramıştır. Türkiye, Paris Sözleşmesi'ne katılmayı Lozan Sözleşmesi'nin eki olan Ticaret Mukavelenamesi'nin 14 üncü maddesiyle kabul etmiş ve bu taahhüdünü 1925'te Ticaret Mukavelenamesi'ni 342 sayılı Kanun'la (Düstur 3. Tertip, C. 5) onaylayarak yerine getirmiştir. Ülkemiz daha sonra Paris Sözleşmesi'nin 1934 tarihli Londra metnini onaylamış, 1967 tarihli Stokholm metninin 1 ila 12 inci maddelerine çekince koyarak katılmış ve çekinceyi 1994'te kaldırmıştır (Bu hususta bkz. 29.07.1994 tarihli ve 94/5903 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı - RG. 23.9.1994, S. 22060).

¹⁴ SAELENS, Claire: “*Ordre Public*” and Morality as a Bar to Obtaining Intellectual Property Rights, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ghent Üniversitesi, 2018, s. 5-6 (<https://lib>).

II. KAMU DÜZENİ VE AHLAK KAVRAMLARI

AB Fikri Mülkiyet Ofisi'nin Marka Kılavuzu uyarınca, AB Markası Tüzüğü m. 7/1/f hükmünün amacı, "bir tekel bahşetmenin hukuk devletini ihlal edeceği veya ilgili halk tarafından toplumun temel ahlak kurallarına doğrudan ters düşecek şekilde algılanacağı hallerde markaların tescilini önlemektir."¹⁵

Kamu düzeni ve ahlak, doktrine göre, yazılı olmayan hukukun tartışmaya açık ve esnek özellikteki kavramları olup, hakim sosyal kurallar uyarınca bir hak tanınması halinde çok fazla nefret uyandıracak olan tüm markaları yasaklamak için kapsayıcı bir hüküm olarak kullanılan kavramlardır.¹⁶

Doktrinde, tescilin kamu düzeni ve ahlak nedeniyle reddine ilişkin kararlara dayanarak, hükümetlerin kabul edilemez göreceği mesajlar şu ayrıma tâbi tutulmuştur:

A) Cinsel içerikli mesajlar (müstehcen markalar),

B) Kaba dil,

C) Küfürler ve terbiyesiz kelimeler,

D) Şiddete teşvik,

E) Otoriter siyasi rejimlere veya terör örgütlerine destek ya da yasadışı uyuşturucu kullanımı gibi diğer hukuka aykırı davranışlara teşvik,

F) Dini inançlara ve kutsal simgelere saldıran mesajlar veya etnik grupları ve diğer azınlıkları ya da ihtilafli baskı gruplarının adlarını kötüleyen mesajlar.¹⁷

Kanımızca ise cinsel içerikli mesajlar, kaba dil, küfürler ve terbiyesiz kelimeler arasında ayırım yapmak güçtür. Bu nedenle cinsel içerikli mesajlar, kaba dil, küfürler ve terbiyesiz kelimeler aynı grupta yer almalıdır.

Kamu düzeni, çeşitli yargı kararlarında ve hukuk sözcüsü görüşlerinde tanımlanmıştır. Örneğin, *Paki Logistics GmbH v. OHIM* davasında hukuk sözcüsü, "kamu düzeni, demokratik bir toplumun aksamadan çalışması için

ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/279/RUG01-002479279_2018_0001_AC.pdf - Erişim tarihi: 25.02.2020).

¹⁵ EUIPO Trade mark Guidelines, Part B, Section 4, Chapter 7, 1, para 3 (<https://guidelines.euipo.europa.eu/1803422/1787908/trade-mark-guidelines/1-general-remarks> - Erişim tarihi:29.02.2020).

¹⁶ GEIGER, Christophe / PONTES, Leonardo: "Trademark registration, public policy, morality and fundamental rights", Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2017-01, 2017, s. 12 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009170 - Erişim tarihi: 20.02.2020).

¹⁷ CHAUDRI, A. / JOY, Daniel: "Morality tales", Intellectual Property Magazine, (17), 2013, s. 17-18; BAIRD, S: "Moral Intervention in the Trademark Arena: Banning the Registration of Scandalous and Immoral Trademarks", The Trademark Reporter, 1993, s. 704; MANNING, Collin Edward: Moral Bars on Trademark Registration, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University College Cork, 2016, s. 43 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875687 - Erişim tarihi: 20.02.2020).

gerekli olan, bir Üye Devlet'te tanınan etik ve hukuki ilkelere atıf yapar"¹⁸ demiştir. AB Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu kararlarına göre, kamu düzeni, medeni ve yasaya uygun bir toplumun minimum bir standardı olarak tanımlanır.¹⁹ Temyiz Kurulu'na göre, "Kurumlar ve Mahkemeler medeni toplumun belirli temel değerlerine saldıran markalar yoluyla ticari amaçlarını ilerletmek isteyen kişilere olumlu olarak yardımcı olmak zorunda değildir."²⁰ Dolayısıyla, kamu makamları, söz konusu işaretlerle ilgilenecek "değerli zamanlarını ve kaynaklarını boşa harcamamalıdır."²¹ Son olarak, Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) Divanı, marka redlerine ilişkin olarak kamu düzeni ve ahlak kavramlarını tanımlamıştır. Divan'a göre, kamu düzeni, nesnel ölçütlerin değerlendirmesine dayanmak zorunda iken, ahlaka dayanan itiraz öznel değerlerin değerlendirmesini de ilgilendirebilir. Bu tür öznel değerler, ilgili halkın işareti nasıl algıladığı ile belirlenir. Kamu düzeni kavramı, "Devlet ve tüm toplum için temel ilgi alanı sayılan ilke ve standartlara atıf yapar." Bu ilkeler, ulusal makamların takdir yetkisi altındadır, fakat bunlara sadece "toplumun temel bir menfaatine karşı gerçek ve yeterli bir tehdit varsa" dayanılabilir.²²

III. KAMU DÜZENİ VE GENEL AHLAKA AYKIRI MARKALARIN TESCİLİNİN YASAKLANMASININ NEDENLERİ

A. Kamu Düzeni ve Genel Ahlaka Aykırı Markaların Tescilinin Kamu Makamlarının Onayı Addedilmesi

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markaların tescilinin red nedenlerinden ilki, bunların tescilinin kabulünün, Devlet'in onayı addedilecek olmasıdır. 2010 tarihli bir red kararında, inceleme uzmanı, "MAFIA kelimesinin OHIM olarak bir kamu kurumu tarafından tescili, bu tür örgütler için doğrudan bir destek olarak algılanır"²³ demiştir. "MECHANICAL APARTHEID" ifadesinin tescilinin reddinde, AB Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu, "işaret, ırkçılık rejimini övme olarak algılanır"²⁴ demiştir.

¹⁸ Hukuk Sözcüsü Görüşü, Case T-526/09, *Paki Logistics GmbH v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, ECLI:EU:T:2011:564, 05.11.2011.

¹⁹ Bkz. Case R1224/2011-4 EUIPO Temyiz Kurulu Kararı (MAFIA II), para. 8 ve 9.

²⁰ ibid.; Case R 495/2005-G EUIPO Temyiz Kurulu (SCREW YOU), para. 13

²¹ BONADIO, Enrico: "Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Controversial Trademarks", *Marquette Intellectual Property Law Review*, 19(1), 2015, s. 50.

²² Case E-5/16, *Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights v. Municipality of Oslo*, [2017] EFTA Ct. Rep. 52, 06.04.2017 (<https://eftacourt.int/download/5-16-judgment/?wpdmdl=1649> - Erişim tarihi: 27.02.2020)

²³ AB Markası Red No. W00994126 (MAFIA), para. 1.

²⁴ Case R 2804/2014-5 EUIPO Temyiz Kurulu (MECHANICAL APARTHEID), para. 4.

B. Birliğin, Hedeflerine Zarar Verenlere Yardım Etmemesi Gerekliği

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markaların tescilinin red nedenlerinden ikincisi, Devletin kendisine aykırı düşen hedefleri desteklemek için kaynak harcamaması gerektiğidir. *Kenneth's Application* başvurusunda, AB Fikri Mülkiyet Ofisi Büyük Kurulu, "hükümetin organları, medeni toplumun belirli temel değerlerine saldıran markalar yollarla ticari amaçlarını ilerletmek isteyen kişilere olumlu olarak yardımcı olmamalıdır ..." ²⁵ demiştir.

C. Birliğin Vatandaşları Suçtan ve Üzüntüden Koruma Görevi Olması

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markaların tescilinin red nedenlerinden üçüncüsü ise, Devletin vatandaşlarını suçtan ve üzüntüden koruma görevine sahip olmasıdır. AB Fikri Mülkiyet Ofisi Büyük Kurulu, "kamunun huzur bozucu, küfürlü, aşağılayıcı ve hatta tehdit edici markalar ile karşılaşmama hakkı" nı kabul etmiştir. ²⁶

D. Çocukların Korunması Gerekliliği

Çocuklar, ilgili malların ve hizmetlerin hedeflenen tüketicileri olmadıklarında dahi, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markalardan özel olarak korunması gereken tüketici ve kişi grubudur. ²⁷ AB Fikri Mülkiyet Ofisi Marka Kılavuzu'nun vurguladığı üzere, "*Çocuklar ve gençler, söz konusu malların ve hizmetlerin ilgili çevresi olmasalar dahi, bunların kamuya açık olan mağazalarda saldırgan kelimelerle karşılaşmamasını sağlama konusunda bir menfaat bulunmaktadır.*" ²⁸ "SCREW YOU" işaretine ilişkin AB Fikri Mülkiyet Ofisi kararında da bu hususa yer verilmiştir:

"Ayrıca, akılda tutulması gereklidir ki, geniş görüşlü yetişkinler belirli bir bağlamda müstehcen mizahtan hoşlanabilirlerken, çocuklarının yanında sokakta yürüdükleri veya televizyon izledikleri zaman açık cinsel içerikli malzemeye maruz kalmak istemeyebilirler.... İngiltere'deki ve İrlanda'daki sıradan vatandaşların önemli bir oranı, "SCREW YOU" kelimelerini, bunlarla özellikle çocukların girme imkanı olduğu sıradan mağazalarda marka olarak karşılaşılırsa ... veya ... bu kelimeler sokakta giyilen giysilerde belirgin bir şekilde gösterilirse ... saldırgan ve sakıncalı bulacaktır." ²⁹

²⁵ Case R 495/2005-G EUIPO Temyiz Kurulu (SCREW YOU), para. 13; *Kenneth's Community Trade Mark Application* [2007] E.T.M.R. 7.

²⁶ *ibid.*, para. 14.

²⁷ BONADIO, s. 51.

²⁸ EUIPO Trade mark Guidelines, Part B, Section 4, Chapter 7, 3, para 9 (<https://guidelines.euipo.europa.eu/1803422/1788542/trade-mark-guidelines/3-accepted-principles-of-morality> - Erişim tarihi:29.02.2020).

²⁹ Case R 495/2005-G EUIPO Temyiz Kurulu (SCREW YOU), para. 21, 26.

IV. KAMU DÜZENİ VE GENEL AHLAKA AYKIRI MARKALAR İLE İLGİLİ YARGI KARARLARI

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markalar ile ilgili yargı kararları, aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir.

A. Cinsel İçerikli Mesajlar (Müstehcen Markalar), Kaba Dil, Küfürler ve Terbiyesiz Kelimeler

Üreme organlarına ilişkin çeşitli kelimeleri içeren markalar AB Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından reddedilirken,³⁰ “DICK & FANNY”³¹ ifadesinin tesciline temyiz aşamasında izin verilmiştir. 2001’de, AB Fikri Mülkiyet Ofisi’ndeki İrlandalı bir inceleme uzmanı, İngilizce konuşanların önemli bir kısmının gerçekten markayı saldırgan bulacağı gerekçesiyle “DICK & FANNY”nin tescilini reddetmiştir.³² Başvuru sahibi, sadece Birleşik Krallık vatandaşlarının algılarının önemli olduğunu iddia etmiştir, fakat karar, bir markanın ilgili dilin anlaşıldığı tüm üye devletlerde itirazları gidermesi şartını vurgulamıştır. En önemlisi, karar, İngilizce konuşan Üye Devletlerin dışında ikamet eden, İngilizce konuşan kişilerin çok sayıda olduğunu kabul etmiştir. Kararı bozan Temyiz Kurulu, ihtilafli kelimelerin sadece bir şeyleri belirt, fakat bir görüş bildirmedikleri, herhangi bir kışkırtma içermedikleri, hakaret ve mesaj iletmedikleri sonucuna varmıştır.³³

AB Fikri Mülkiyet Ofisi’nin “FICKEN”i³⁴ ve “FICKEN LIQUORS”ü tescil etmeyi reddetmesi, *Efag Trade Mark Company v. OHIM*’de³⁵ Genel Mahkeme tarafından onaylanmıştır. “Fuck” kelimesini içeren diğer markalar³⁶ ve bunların diğer dillerdeki başka şekilleri³⁷ de reddedilmiştir. Ancak, 2010’da, Temyiz

³⁰ Bkz. AB Markası Red No. 000065839 (BALLE), 004252821 (CLITORIS ALLSORTS), 004722245 (COJONES), 010129708 (SULA), 011411717 (BIG BLACK DICK), 013071477 (CANDONGA).

³¹ Case R 0111/2002-4 EUIPO Temyiz Kurulu (DICK & FANNY)

³² AB Markası Red No. 001535947 (DICK & FANNY).

³³ Case R 0111/2002-4 EUIPO Temyiz Kurulu (DICK & FANNY), para. 9.

³⁴ Almanca’da cinsel ilişkiye girme anlamına gelen argo bir kelimedir.

³⁵ Case T-52/13 *Efag Trade Mark Company GmbH & Co. KG v. OHIM* (FICKEN), ECLI:EU:T:2013:593, 14.11.2013; Case T-54/13 *Efag Trade Mark Company GmbH & Co. KG v. OHIM* (FICKEN LIQUORS), OJ:JOC_2013_377_R_0015_02, 14.11.2013.

³⁶ AB Markası Red No. 000306399 (FUCK OF THE YEAR); 004901881 (ROCK’N FUCK); 004963591 (FL FUCKIN’ LIMITED); 005410469 (FUCKING UNCONVENTIONAL TLC TELECOM); 006950182 (FUCKOFF DER PROVODKANTE); 007497795 (FIT FUCKERS); 008123961 (JUST FUCKING); 008123812 (JUST A FUCKING); 008411787 (F_CKFACE); 008987943 (IBIZAFUCKINGISLAND); 009247289 (FUCK & FUN); 009648296 (IF YOU AIN’T TATTOOED YOU AIN’T WORTH A FUCK); 009938119 (MACHOFUCKER); 008809493 (FUCKING FREEZING! BY TÜRPIZ); 010951119 (FIFTY SHADES OF FUCKED UP); 011197531 (FUKYU); 012126033 (FUCKING ADVERTISING); 012083705 (PUSSY MOTHERFUCKERS); 012172722 (FUCK CANCER).

³⁷ AB Markası Red No. 010142289 (BUMSEN); 000065839 (BALLE); 003336989 (REVA); W00871170 (KALE); 005021481 (µCONAS); 008805277 (VAFANQULO); 011714516 (STRONZO); 004722245 (COJONES).

Kurulu, giysiler ve içecekler için “FUCKING HELL” markasının tescilinin red kararını bozmuştur. Başvuru sahipleri, markanın “Hell” olarak bilinen bir tür Alman birası için olduğunu ve Avusturya’nın “Fucking” köyünün isminin verildiğini iddia etmiştir. Temyiz Kurulu, markanın belirli bir kişi veya kişi grubuna hitap edebilecek anlamsal belirti içermediğini ve belirli bir eyleme sevk etmediğini belirtmiştir. Temyiz Kurulu şöyle devam etmiştir: “Okuyucunun cehenneme gitmesi gerektiğine dair bir talimat olarak dahi anlaşılabilir.... Bir karşı koymayı ifade etmek için kullanılmaktadır, fakat karşı koymanın kime yöneltildiğini belirtmemektedir.”³⁸

İspanyolca’da “o... çocuğu” anlamına gelen “Hijoputa” işaretinin tescili reddedilmiştir ve red kararı, bu tür ifade ile iletilen rencide edici mesaj nedeniyle, Genel Mahkeme tarafından onaylanmıştır.³⁹

“SCREW YOU”, bu marka grubundaki önemli bir davadır. “SCREW YOU” kelimeleri, cinsel içerikli anlama gelmektedir. Bu markadaki mesajın genel anlamda birine yönelik olması, reddedilmesinde bir etmen olmuştur. Büyük Kurul, eğer mallar sadece lisanslı seks mağazalarında satılan türden mallar ise, daha rahat bir tutumun uygun olabileceğine, seks mağazalarının müşterilerinin kaba ve cinsel içerikli dil içeren bir markadan rencide olmasının olası olmadığına işaret etmiştir.⁴⁰ Bu nedenle, tescil; giysiler, spor ekipmanları, güneş gözlükleri ve alkollü içkiler gibi sıradan mallar için reddedilirken, prezervatifler ve seks mağazalarında satılan mallar için kabul edilmiştir. Kararın başka önemli yanı da, markanın tescilinin reddini sağlayan uygun eşiği incelemesidir. İhtilafı marka İngilizce olduğu için, sadece AB’nin İngilizce konuşan ülkelerinin vatandaşlarının hassasiyetleri dikkate alınmıştır. Kararında, Büyük Kurul, “Ofis, normal seviyelerdeki hassasiyete ve hoşgörüyü sahip makul bir kişinin standartlarını uygulamak zorundadır”⁴¹ demiştir. İfadenin “fuck you” ifadesi kadar saldırgan olmadığını kabul etmiş, fakat hakaretin aşağılama ve tikslenme belirtmek için kullanıldığına, genel anlamda birine yönelik olduğuna ve alıcı tarafındaki herhangi birini inciteceğine işaret etmiştir.⁴²

Rastlantısal ifade, bu marka grubu için önemli bir sorundur, çünkü AB’de halihazırda bulunan 23 dilde⁴³ bu türde birçok kelime bulunmaktadır ve bunlar her zaman sözlüklerde yer almamaktadır.⁴⁴ Örneğin, 2015’te, İrlanda Sığır

³⁸ Case R 385/2008-4 EUIPO Temyiz Kurulu (FUCKING HELL), para. 10.

³⁹ Case T-417/10, López v. OHIM, OJ C 126, 28.04.2012, para. 23.

⁴⁰ ibid., para. 21.

⁴¹ ibid.

⁴² ibid., para. 26

⁴³ AB’de halihazırda 23 resmi dil bulunmaktadır: Bulgarca, Hırvatça, Çekçe, Danca, Hollandaca, Estonya, Fince, Fransızca, Almanca, Yunanca, Macarca, İrlandaca, İtalyanca, Letonca, Litvanyaca, Maltaca, Lehçe, Portekizce, Romence, Slovakça, Slovence, İspanyolca, İsveççe.

⁴⁴ MANNING, s. 43.

Yetiştirme Federasyonu, Avrupa Yetiştirme Endeksi'nin kısaltması olan "EBI"nin tescilini reddetmiştir,⁴⁵ çünkü "EBI", Bulgarca'da kaba bir kelimedir. 2014'te, Romence'de fahişeler anlamına gelen "CURVE" markasının tescilinin reddi, suç tamamıyla kasıtsız olsa da, Genel Mahkeme tarafından onaylanmıştır.⁴⁶

İfadenin rastlantısal olduğu barizse, itirazları gidermek mümkün olabilir ve rastlantısal ifadeye rağmen tescil elde edilebilir. 2006'da, "REVA THE ELECTRICITY CAR" markasının tescili reddedilmiştir, zira "reva" Fince'de kaba bir kelimedir. Temyiz üzerine, başvuru sahibi Finlandiya'daki halkın marka seçimini tuhaf bulabileceğini, fakat kelimenin ahlaka aykırı bir şekilde kullanılmadığını anlayacaklarını iddia etmiştir.⁴⁷ Temyiz Kurulu buna katılmış, ayrıca her ne kadar kelimenin cinsel bir çağrışım taşısa da hiçbir kaba veya saygısız mesaj iletmediği sonucuna varmıştır.⁴⁸ Temyiz Kurulu şöyle devam etmiştir: "*Zaman zaman, Topluluk'taki halk, ithal mallar ve hizmetler üzerinde, kendi dillerinde konuşma sırasında kullanılırsa şok edici bulunabilecek kelimelerle karşılaşılıyorlar. Yine de, bunlar oldukları gibi, yani anadilde talihsiz bir anlam taşıyan nötr yabancı kelimeler olarak anlaşılır.*" Görüldüğü üzere, Temyiz Kurulu bu hususta Genel Mahkeme'den daha hoşgörülü olabilmektedir. Bu karar, ilgili halkın marka sahibinin niyetini değerlendirmesinin bir markanın tescil edilebilirliğini belirlemede kilit unsur olduğunu ileri sürmesi açısından önemlidir. Tahmin edileceği üzere, niyetin değerlendirilmesi çok zordur. Her ne kadar niyetin anlaşılması zor olsa da, ilgili halkın marka sahibinin niyetini algılaması, değerlendirilebilir bir husustur. Her şeyden önce, halkın bir markayı algılaması, marka hukukunun birincil ilgi alanıdır.⁴⁹

"HEXABODY"nin⁵⁰ tescili reddedilmiştir, çünkü "hexa" kelimesi Maltaca'da "cinsel ilişkiye girmek" veya "zina yapmak" anlamında argo bir kelimedir. Bu karar, ilgili halkın küçük boyutu nedeniyle, önemli bir karardır. Maltaca konuşanlar, AB nüfusunun en fazla %0,1'ini teşkil etmektedir, yine de tescilin reddedilmesine yetecek bir orandır. Dolayısıyla, AB Fikri Mülkiyet Ofisi, genel olarak, AB'nin tüm nüfusunu *ilgili halk* olarak kullanarak bir markayı değerlendiremez. *İlgili halk* olarak her bir Üye Devlet'in nüfusunu ve *ayrık ilgili halk* olarak her bir özel dili konuşanlar grubunu dikkate almak zorundadır. Birçok ulusal marka ofislerinin aksine, birçok dille ilgilenmek zorundadır. Eğer marka, 23 dilden birinde veya daha fazlasında saldırgan niteliğe sahip ise, dilin kullanıldığı ülkelerdeki ilgili halka atf yaparak değerlendirilir. Bu nedenle, AB

⁴⁵ AB Markası Red No. 013588141 (EBI).

⁴⁶ Case T-266/13 *Brainlab v. OHIM* (CURVE), ECLI:EU:T:2014:836, 26.09.2014.

⁴⁷ Case R 0558/2006-2 EUIPO Temyiz Kurulu (REVA THE ELECTRICITY CAR), para. 7.

⁴⁸ *ibid.*, para. 11.

⁴⁹ MANNING, s. 39.

⁵⁰ Case R 875/2015-5 EUIPO Temyiz Kurulu (HEXABODY).

yargı kararlarının çoğu, birden çok hukuk sisteminin, kültürün ve dilin tek bir marka sicili ile bağdaştırılmasına yöneliktir.⁵¹

B. Şiddete Teşvik

Suç faaliyetini teşvik eden veya hoşgören markaların tesciline izin verilmemektedir, zira bunlar kamu düzenine aykırıdır. Örneğin, “CRIME PAYZ” markasının tescili reddedilmiştir.⁵²

Mafyaya ilişkin birkaç markanın tescili, suç faaliyeti ile bağlantıları nedeniyle reddedilmiştir,⁵³ fakat bazılarının kabul edilmesi, ilgili halkın algılarının önemini gösterir. Mafya temalı İspanyol restoranlar zinciri, 2008’de “LA MAFIA SE SIENTA A LA MESA”⁵⁴ markasını başarılı şekilde tescil ettirmiştir. Fakat bir yazılım şirketinin bir video oyunu için “MAFIA II” markasını tescil ettirme başvurusu reddedilmiştir.⁵⁵ Temyiz Kurulu, kararı bozmuş ve şöyle hükmetmiştir: “... İşaretler bazen o kadar saldırgan ve sakıncalı olur ki ... dünyadaki tüm mallar ve hizmetler için reddedilmek zorundadır, ancak markanın iddia edilen mallar veya hizmetler ile bağlantılı olarak değerlendirilmek zorunda olduğu yerleşmiş hukuk kuralıdır.”⁵⁶ Temyiz Kurulu, suçun bilgisayar oyunları, kitaplar ve eğlence hizmetleri için ortak bir konu olduğuna ve halkın “MAFIA” işaretini “söz konusu ürünlerin ambiyansı” ve unvanı anlamına gelecek şekilde anlayacağına işaret etmiştir.⁵⁷ Bu arada, La Mafia restoranlar zinciri başarılı olmuş ve 2016’ya kadar, İspanya çapında 30’dan fazla tesis kurmuştur.⁵⁸ Ancak, İtalyan milletvekillerinden gelen şikayetler sonrasında, İtalya, AB Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde iptal başvurusu yapmıştır.⁵⁹ Marka tescili, Mart 2016’da hükümsüz kılınmıştır. Hükümsüzlük kararına karşı itirazı değerlendiren Temyiz Kurulu, mafyanın olumlu bir şekilde resmedilmesinin “bir suç örgütünün şiddet eğilimli niteliğinin asgariye indirgenmesi” olduğunu belirtmiştir.⁶⁰ Bu durum, restoran zincirini, “MAFIA II” oyunundan ayırt etmektedir.⁶¹ Temyiz Kurulu’nun itirazı red kararı üzerine hükümsüzlük kararının iptali talebiyle başvuru Genel Mahkeme de, davanın reddine karar vererek marka sahibinin iddialarını kabul etmemiştir.⁶²

⁵¹ MANNING, s. 35.

⁵² AB Markası Red No. 010975217 (CRIME PAYZ).

⁵³ AB Markası Red No. 009450751 (COSTA NOSTRA - FUGI AUT CONCLUDI), 004137782 (MAFIA), W00994126 (MAFIA), 013052105 (LABELLAMAFIA).

⁵⁴ AB Markası No. 005510921 (LA MAFIA SE SIENTA A LA MESA).

⁵⁵ AB Markası Red No. 009234931 (MAFIA II).

⁵⁶ Case R 1224/2011-4 EUIPO Temyiz Kurulu (MAFIA II), s. 10.

⁵⁷ ibid., para. 12.

⁵⁸ La Mafia internet sitesi: <http://lamafia.es/carta>. (Erişim tarihi: 29.02.2020.)

⁵⁹ EUIPO İptal No. 11247C.

⁶⁰ ibid., para. 6.

⁶¹ MANNING, s. 45.

⁶² Case T1/17, *La Mafia Franchises, SL v. European Union Intellectual Property Office (EUIPO)*.

C. Otoriter Siyasi Rejimlere veya Terör Örgütlerine Destek ya da Yasadışı Uyuşturucu Kullanımı Gibi Diğer Hukuka Aykırı Davranışlara Teşvik

AB Fikri Mülkiyet Ofisi'nin, fikri mülkiyeti korumada oynadığı rol göz önüne alındığında, sahteciliği hoşgörmemesi de kendisinden beklenecek bir tutumdur. Dolayısıyla, korsan ürün anlamına gelen "KNOCKOFF"⁶³ ve taklitçi anlamına gelen "COPYCAT"⁶⁴ markaları tescil edilmemiştir.

Eski rejimlerle bağlantılı simgeler saldırgan olabilmektedir. Bu tür markaların tescilinin reddedilmesinin arkasında yatan ahlaki ilke, bu rejimlerin AB'nin değerleriyle uyumlu olmayan değerleri teşvik etmesidir.⁶⁵ Baskıcı komünist rejimler altında zarar gören Üye Devletlerde, örneğin Macaristan'da, komünist simgelerin dağıtılması, kamu tarafından kullanımı ve kamuya gösterilmesi suçtur. Bu tür simgeleri içeren bir markanın kullanılması o ülkelerde yasadışı olacaktır. Fakat *Couture Tech Ltd. v. OHIM*'de⁶⁶ karar verildiği üzere, "ulusal hukuktan kaynaklanan etmenler..., OHIM'in bağlı olduğu ... kurallar değildir",⁶⁷ yani yasadışılık tescili reddetme için gerekçe değildir. Yine de "bu etmenler ... işaretlerin o Üye Devlet'te ilgili halk tarafından nasıl algılandıklarının ... delilidir."⁶⁸ Dolayısıyla, belirli simgeleri yasaklayan kanunlar, "normatif değerleri nedeniyle değil",⁶⁹ fakat o üye devletin değerlerinin delili olarak konuyla ilgilidir. Uygulamada, bu durum, herhangi bir üye devlette kullanılması yasadışı olacak herhangi bir işaretin AB Markası olarak tescilinin reddedilebileceği anlamına gelir.⁷⁰ Nitekim, bu davada, Genel Mahkeme kırmızı bir yıldız, çekiç ve orak içeren bir şekil markasının tescilinin reddini onaylamıştır.

Terörizm⁷¹ ile bağlantılı markalar reddedilmiştir. Mayıs 2001'de, bir İsviçre şirketi mücevher ve giysiler dahil olmak üzere çeşitli mallar için kendi adı olan "BIN LADEN" işaretini tescil ettirmek için başvuruda bulunmuştur. Ocak 2004'te başvuru, Usame Bin Ladin'i hatırlattığı için reddedilmiştir. Başvuru

Bu kararlar ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNSAL, Önder Erol: "'La Mafia' Kelimesi Restoran İsmi Olarak Kamu Düzenine Aykırı mıdır? Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin Kararı – Siz Ne Düşünürsünüz? (2)", 2018 (<https://iprgezgini.org/2018/04/11/la-mafia-kelimesi-restoran-ismi-olarak-kamu-duzenine-aykiri-midir-adalet-divani-genel-mahkemesinin-karari-siz-ne-dusunursunuz-2/> - Erişim tarihi: 10.03.2020).

⁶³ AB Markası Red No. 010806602 (KNOCKOFF).

⁶⁴ AB Markası Red No. 011870763 (COPYCAT).

⁶⁵ MANNING, s. 50.

⁶⁶ Case T-232/10 *Couture Tech Ltd v. OHIM* (Coat of Arms of the Soviet Union), ECLI:EU:T:2011:498, 20.09.2011.

⁶⁷ ibid., para. 57.

⁶⁸ ibid., para. 58.

⁶⁹ ibid., para. 67.

⁷⁰ MANNING, s. 36.

⁷¹ AB Markası Red No. 003085073 (AL AQSA COLA), 003669074 (ETA), 002677565 (IPARRETARRAK REKORDS), Case R 0176/2004-2 EUIPO Temyiz Kurulu (BIN LADEN).

sahibi, kendi adını marka olarak kullanma hakkına ve başvurusunun ABD'deki 11 Eylül saldırılarından önce geldiği gerçeğine dayanarak kararı temyiz etmiştir. İlginç bir şekilde, marka, başvurudan sonra ve tescilden önce kamu düzenine aykırı hale gelmiştir. Temyiz Kurulu şöyle hükmetmiştir: Her ne kadar başvuru, Bin Ladin ismi "... küresel olarak kötü üne ... sahip olmadığında" yapılmışsa da, "... markanın değerlendirilmesi, inceleme sırasında ortaya çıkan hal ve şartları ... hesaba katmak zorundadır."⁷² Benzer bir davada, "ETA" şeklindeki büyük bir kısaltma altında "EARTH TO AIR SYSTEMS" kelimelerini içeren bir markanın tescili ilk aşamada reddedilmiştir.⁷³ ETA, bilindiği üzere İspanyol bir terör örgütüdür. Temyiz Kurulu, İspanyol tüketicilerin markayı kasten şok edici veya küfürlü saymasının olası olmadığı sonucuna varmıştır.⁷⁴

Marihuana⁷⁵ ile bağlantılı markalar reddedilmiştir. Bu konudaki en yeni karar, *Conte v. EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM)*'dur.⁷⁶ Aralık 2016'da, Santa Conte adlı bir İtalyan, "CANNABIS STORE AMSTERDAM" ifadesini içeren ve marihuana yapraklarını içeren bir şekil markasının *pişmiş gıdalar, pastacılık ürünleri, çikolata ve tatlılar; tuzlar, baharatlar, tatlandırıcılar ve soslar; buzlar, dondurmalar, donmuş yoğurtlar ve sorbeler; ara sıcak pastacılık ürünleri, alkolsüz içkiler; buralar ve biracılık ürünleri; içecek yapmak için hazırlıklar, yiyecek ve içecek sağlama hizmetleri için AB Markası olarak tescilini talep etmiştir.* 7 Eylül 2017'de, inceleme uzmanı "ayırt edicilikten yoksun olması" ve "ürünün geldiği coğrafi kaynağı göstermesi" nedenleri ile başvuruyu reddetmiştir. 9 Ekim 2017'de, başvuru sahibi inceleme uzmanının kararına AB Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde itiraz etmiştir. Temyiz Kurulu'nun inceleme uzmanının kararında ileri sürülmemiş bir mutlak red nedenini ileri sürebileceğini açıkladıktan sonra, Temyiz Kurulu, 31 Ağustos 2018 tarihli kararı ile, marka başvurusunun konusu olan işaretin kamu düzenine aykırı olması gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Bunun üzerine, başvuru sahibi Genel Mahkeme nezdinde dava açmıştır.

Conte v. EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM) davasında Genel Mahkeme, bir işaretin kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirmedeki temel ölçütün ilgili halkın markayı algılaması olduğunu ve davada ise ilgili kamunun algılamasına göre işarettaki yaprağın marihuana için bir medya sembolü

⁷² Case R 0176/2004-2 EUIPO Temyiz Kurulu (BIN LADEN), para. 4.

⁷³ AB Markası Red No. 005864641 (EARTH TO AIR SYSTEMS)

⁷⁴ Case R 0074/2009-2.

⁷⁵ AB Markası Red No. 012204293 (SMOKLOUD), 013063128 (MJARDIN PREMIUM CANNABIS), 012647251 (INDICA).

⁷⁶ Case T-683/18, *Conte v. EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM)*, ECLI:EU:T:2019:855, 12.12.2019.

haline geldiğini vurgulamıştır.⁷⁷ Bu bağlamda, ilgili halkın AB'nin tamamının halkından oluştuğunu, bu halkın genel olarak uyuşturuculara ve özellikle kenevirde elde edilen uyuşturucuya ilişkin tam bir bilimsel veya teknik bilgiye sahip olmadığını belirten Genel Mahkeme, bu durumun Üye Devletlere göre ve yeterince THC⁷⁸ içeriği olan ürünlerin tedavi edici veya eğlence amaçlı kullanımına izin veren veya bunu hoş gören mevzuatın veya kuralların kabulüne yol açabilecek tartışmalara göre değişebileceğinin altını çizmiştir.⁷⁹ Genel Mahkeme'ye göre, söz konusu işaretteki kenevir yaprağının görselinin, cannabis kelimesinin ve kenevirde elde edilen uyuşturucu için birçok satış noktası olan Amsterdam şehrine atıf yapan "amsterdam" kelimesinin bir arada bulunması, mevcut davadaki koşullarda tüketicinin çok büyük olasılıkla "cannabis" kelimesini AB'nin birçok ülkesinde yasadışı olan uyuşturucu maddesi olarak yorumlamasına yol açmıştır.⁸⁰

Mevcut davada, kenevirde elde edilen uyuşturucu maddenin tüketiminin ve kullanımının yasak olmaya devam ettiği Üye Devletlerde kenevirin yaygınlaşması ile mücadelenin özellikle hassas olduğuna, bu konunun bu uyuşturucu maddenin zararlı etkileriyle savaşmaya yönelik bir genel sağlık hedefini karşıladığına işaret edilmiştir. Dolayısıyla, bu yasak, söz konusu Üye Devletlerin kendi değerler sistemine göre temel değer olarak gördükleri bir menfaati korumaya çalışmaktadır. Sonuç olarak, bu uyuşturucu maddenin tüketimine ve kullanımına uygulanan kurallar AB Markası Tüzüğü m. 7/1/f anlamında bir "kamu düzeni" meselesidir.⁸¹

Yukarıdaki nedenlerle, Genel Mahkeme, ilgili halk tarafından marka başvurusunda zikredilen yiyecek ve içecek maddeler ile ilgili hizmetlerin birçok Üye Devlet'te yasadışı olan uyuşturucu maddeler içerdiğine dair bir gösterge olarak algılanacak söz konusu işaretin, AB Markası Tüzüğü m. 7/1/f çerçevesinde kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁸² Böylece, yakın zamanda THC'yi belirli miktarda içeren otların satışına izin veren çeşitli AB ülke düzenlemeleri karşısında, bu karar "marijuana" ve "cannabis" ibareli markaların tescilini zorlaştırmakta ve tartışmalara yol açmaktadır.⁸³

⁷⁷ ibid., para. 21.

⁷⁸ Kenevir içeren ürünlerin psikotropik olup olmadığını belirleyen etken madde, bir başka deyişle marihuana'ya uyuşturucu niteliğini veren madde. Bkz. ibid., para. 18; ALKAN, Gül Deniz Doğan, "Cannabis Store Amsterdam' Marka Başvurusu Kamu Düzenine Aykırı Bulundu", 2020 (<https://iprgezgini.org/2020/01/27/cannabis-store-amsterdam-marka-basvurusu-kamu-duzenine-aykiri-bulundu/> - Erişim tarihi: 20.02.2020)

⁷⁹ Case T-683/18, *Conte v. EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM)*, ECLI:EU:T:2019:855, 12.12.2019, para. 44.

⁸⁰ ibid., para. 64.

⁸¹ ibid., para 71.

⁸² ibid., para 76.

⁸³ ALKAN, <https://iprgezgini.org/2020/01/27/cannabis-store-amsterdam-marka-basvurusu->

D. Dini İnançlara ve Kutsal Simgelere Saldıran Mesajlar veya Etnik Grupları ve Diğer Azınlıkları ya da İhtilafı Baskı Gruplarının Adlarını Kötüleyen Mesajlar

Etnik grupları kötüleyen markalardan ilki, “MECHANICAL APARTHEID” ifadesi olup, AB Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından reddedilmiştir.⁸⁴ Bir lojistik şirketi tarafından başvurusu yapılan “PAKİ” işareti, ırkçı olması nedeniyle tescil edilemez bulunmuştur. Bu terim, İngilizce konuşan ülkelerde Pakistan’dan veya genel olarak Hint yarımadasından gelen kişilere hakaret etmek için kullanılmaktadır. Bu kararda, Genel Mahkeme, başvuru sahibinin tüketicileri şok etmeyi veya onlara saldırmayı istemesine dair delil getirmeye gerek olmadığını açıklığa kavuşturmuştur. Karara göre, işaretin bir şok veya suç olarak algılanabilmesine ilişkin nesnel olgu, tescili reddetmek için yeterlidir.⁸⁵

Kutsal simgelerin mutlaka dini kelimeler ve simgeler olması gerekmez. Laik simgeler dahil olmak üzere, toplum tarafından saygı gösterilen tüm simgeler kutsal simgeler kapsamındadır. Bu anlamda, kutsal simgeler, dini kelimelerden daha geniş bir kavramdır. Kutsal simgeler marka grubu için geçerli olan ahlak ilkesi, toplumdaki gruplar tarafından büyük saygı gösterilen simgelere saygısızlık edilmemesi gerektiğidir.⁸⁶ 2005’te, “ATATURK”⁸⁷ kelimesi çeşitli mallar için bir AB Markası olarak tescil edilmiştir. 2011’de, Türkiye Cumhuriyeti, devlet olarak, markanın kullanımının Türkler için saldırgan olduğu gerekçesiyle iptalini talep etmiştir. Temyiz Kurulu, markayı değerlendirmek için ilgili halkın “Türk kökenli Avrupa halkının ortalama tüketicisi” olduğunu tespit etmiş ve bunun AB’nin “göz ardı edilemez” bir parçası olduğuna işaret etmiştir. Bunun yanında, her ne kadar Türk hukuku AB’de bağlayıcı olmasa da, bu ismin Türkiye’de korunmasının ilgili Üye Devlet’teki ilgili halkın algılamasının delili olduğuna karar vermiştir.⁸⁸ Sonuç olarak, “oldukça olumlu” bir çağrışımı olan bazı işaretlerin bayağı kullanımının da saldırgan” olabileceğine işaret etmiş⁸⁹ ve markanın hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Atatürk, Türkler için kutsal simgeler arasında yer almaktadır ve o kadar önemli bir laik simgedir ki bu simgenin ticarileştirilmesine dahi izin verilmemektedir. 2015’te ise, bir Latin haç içeren bir şekil markasının tescili reddedilmiştir. Temyiz Kurulu, haçın “özellikle AB’dekiler olmak üzere tüm Hristiyan müminler için kültürel ve dini öneme sahip evrensel bir simge” olduğuna işaret etmiştir.⁹⁰

kamu-duzenine-aykiri-bulundu

⁸⁴ Case R 2804/2014-5 EUIPO Temyiz Kurulu (MECHANICAL APARTHEID).

⁸⁵ Case T-526/09, *PAKI Logistics GmbH v Office for Harmonisation in the Internal Market Trade Marks and Designs (OHIM)*. Ayrıca bkz. BONADIO, s. 46-47.

⁸⁶ MANNING, s. 47.

⁸⁷ EU004633434 (ATATURK).

⁸⁸ Case R 2613/2011-2 EUIPO Temyiz Kurulu (ATATURK), para 26.

⁸⁹ ibid., para. 31.

⁹⁰ Case R 510/2013-1 EUIPO Temyiz Kurulu (REPRESENTATION D’UNE CROIX), para. 38.

SONUÇ

AB Markası Tüzüğü, kamu düzenine ve genel kabul görmüş ahlak ilkelerine aykırı olan işaretlerin AB markası olarak tescilini hem yasaklamakta hem de hükümsüzlük nedeni saymaktadır. Ancak, bu işaretlerin tescil edilmeksizin kullanılması yasak değildir. Bunun yanında, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar, kullanım sonucunda sonradan dahi tescil edilemez; zira kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık, sonradan giderilemeyecek kadar ciddi bir tescil engeldir.

Fransızca “*ordre public*” ifadesinden gelen kamu düzeni, AB Fikri Mülkiyet Ofisi kararlarında medeni ve yasaya uygun bir toplumun minimum bir standardı olarak tanımlanır. Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık halleri ise müstehcen markalar, kaba dil, küfürler ve terbiyesiz kelimeler; şiddete teşvik; otoriter siyasi rejimlere veya terör örgütlerine destek ya da yasadışı uyuşturucu kullanımı gibi diğer hukuka aykırı davranışlara teşvik; dini inançlara ve kutsal simgelere saldıran mesajlar veya etnik grupları ve diğer azınlıkları ya da ihtilafli baskı gruplarının adlarını kötüleyen mesajlar olarak sayılabilir.

AB Fikri Mülkiyet Ofisi’nin “SCREW YOU” kararında belirtildiği üzere, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılığın mutlak ret ve hükümsüzlük nedeni olarak getirilmesinin en önemli nedeni çocukların korunmasıdır. Bu neden, özellikle müstehcen markalar grubu için geçerlidir.

Genel Mahkeme’nin kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar ile ilgili verdiği en önemli ve en yeni karar, *Conte v. EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM)*’dur. Bu karara göre kenevir yaprakları resmi ile cannabis ve Amsterdam kelimelerinden oluşan işaretteki üç unsur, AB’nin tamamından oluşan halkın işareti uyuşturucu maddesi ile ilişkilendirmesine yol açmıştır. Bu nedenle, cannabis kelimesi içeren bir işaret, kamu düzenine aykırı bulunarak tescili reddedilmiştir.

AB Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu, şimdiye kadar, kamu düzenine veya genel kabul görmüş ahlak ilkelerine aykırı marka başvurularının reddine ilişkin olarak, çok önemli ve esaslı bir kararlar grubu yaratmıştır. Geliştirdiği bu yaklaşım, Genel Mahkeme tarafından esasen teyit edilmiştir.⁹¹ AB Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu’nun verdiği ve Türkiye için en önemli olarak görülebilecek karar ise, “ATATURK” markasının iptaline ilişkindir. Türk hukuku AB Markaları için bağlayıcı olmamasına rağmen, ATATÜRK’e dair laik simge, bu kararda ilgili halk olan Türk kökenli Avrupa halkının algılamasının delili olarak görülmüştür.

⁹¹ GEIGER / PONTES, s. 3.

KAYNAKÇA

- Akın, Özge, “Avrupa Birliği, Topluluk Markalarına Reform Getirebildi mi?”, Legal Hukuk Dergisi, 14(162), 2016, s. 3033-3058.
- Alkan, Güldeniz Doğan, “‘Cannabis Store Amsterdam’ Marka Başvurusu Kamu Düzenine Aykırı Bulundu”, 2020 (<https://iprgezgini.org/2020/01/27/cannabis-store-amsterdam-marka-basvurusu-kamu-duzenine-aykiri-bulundu/>)
- Baird, S, “Moral Intervention in the Trademark Arena: Banning the Registration of Scandalous and Immoral Trademarks”, The Trademark Reporter, 1993, s. 661-700
- Bonadio, Enrico, “Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Cotroversial Trademarks”, Marquette Intellectual Property Law Review, 19(1), 2015, s. 39-62.
- Chaudri, A. / Joy, Daniel, “Morality tales”, Intellectual Property Magazine, (17), 2013, s. 17-18
- Geiger, Christophe / Pontes, Leonardo, “Trademark registration, public policy, morality and fundamental rights”, Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2017-01, 2017 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009170)
- Manning, Collin Edward, Moral Bars on Trademark Registration, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University College Cork, 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875687)
- Randazza, Marc J., “Freedom of Expression and Morality-Based Impediments to the Enforcement of Intellectual Property Rights”, Nevada Law Journal, 16(1), 2015, s. 107-142.
- Saelens, Claire, “*Ordre Public*” and Morality as a Bar to Obtaining Intellectual Property Rights, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ghent Üniversitesi, 2018 (https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/279/RUG01-002479279_2018_0001_AC.pdf)
- Senftleben, Martin, “Free signs and free use: How to offer room for freedom of expression within the trademark system”, Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, Christophe Geiger (ed.), Edward Elgar, Cheltenham 2016, s. 354-376.
- Ünsal, Önder Erol, “‘La Mafia’ Kelimesi Restoran İsmi Olarak Kamu Düzenine Aykırı mıdır? Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin Kararı – Siz Ne Düşünürsünüz? (2)”, 2018 (<https://iprgezgini.org/2018/04/11/la-mafia-kelimesi-restoran-ismi-olarak-kamu-duzenine-aykiri-midir-adalet-divani-genel-mahkemesinin-karari-siz-ne-dusunursunuz-2/>)

