



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 17 • HAZİRAN 2021

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Altı Ayda Bir Yayımlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi / Owner

Celal Mümtaz AKINCI
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör / Editor

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editor in Chief

Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu / Editorial Board

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dekanı

Çetin AKKAYA

Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi

Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

*

Yayın Yönetim Merkezi / Publication Management Center

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE

Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59

Web: dergi.uysmazlik.gov.tr - www.uysmazlik.gov.tr

*

Tasarım-Baskı / Design-Print

EPA-MAT

0312 394 48 63

www.epamat.com.tr

Basım yeri: Ankara

Basım tarihi: Haziran 2021

Yıl: 9 Sayı: 17

*

ISSN: 2147-8376

Amacı: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsamı: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir.

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

Yayın İlkeleri

1. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ICMJE (International Committee of Medical Journal Editors) tavsiyeleri ile COPE (Committee on Publication Ethics)'un Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate alır.
2. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ULAKBİM, Asos ve Ebscohost tarafından taranan ve "Hakemli Dergi" statüsünde altı ayda bir yayımlanan, çift-kör hakem değerlendirmesinin uygulandığı bir dergidir.
3. Daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
4. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
5. Makalenin hangi sayıda yayınlanacağı Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir.
6. Makale, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yayın Kurulu'nun izni olmadan geri çekilemez.
7. Hakemlere ve yazarlara "*Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik*" çerçevesinde telif ücreti ödenir.
8. Gönderilen eserin yazım açısından son kontrollerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazar/yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün/yayın kurulunun görüşü alınmak şartı ile yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak değişiklikler yapılabilir.
9. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemler yazıların yayımlanmasına, yayımlanmasının uygun olmadığına veya düzeltilerek yayımlanması hususunda görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde ilgili yazı üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

10. Eserde yazım hatalarının olağanın dışında olması, yayın ilkelerine ve kurallarına uyulmaması eserin Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir eserin yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu şekilde sonuçlanmış olması yazara makalenin yayımlanma hakkını vermez.

Yazım Kuralları

1. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
2. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto “Palatino Linotype” karakteriyle, dipnotlar 8 punto “Palatino Linotype” karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
3. Yayımlanması talep edilen makalelerin www.uyusmazlik.gov.tr veya www.dergi.uyusmazlik.gov.tr adresi üzerinden gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca derginin elektronik versiyonuna da bu adreslerden erişilebilir.
4. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında şu bilgiler bulunmalıdır: Ad-soyad, unvan, çalışılan kurum, e-posta ve ORCID ID bilgileri.
5. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadeli olmalıdır.
6. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller Chicago stili kullanılarak düzenlenmelidir. Chicago hakkında daha fazla bilgi için lütfen https://owl.purdue.edu/owl/research_and_citation/chicago_manual_17th_edition/cmso_formatting_and_style_guide/chicago_manual_of_style_17th_edition.html internet sitesini ziyaret ediniz.
7. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmamalıdır.
8. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
9. Eserlerin sonunda Chicago referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Bingöl Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK
Atatürk Üniversitesi Tıp Fakóltesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuku Fakóltesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. Atila ÖZER

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Cemil KAYA
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Hakimler ve Savcılar Kurulu Üyesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ
Ankara Üniversitesi
Sağlık Bilimleri Fakóltesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

Prof. Dr. Faruk AŐICIOĐLU
İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Gürcan ALTUN
Trakya Üniversitesi Tıp Fakóltesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT
İstanbul Üniversitesi, Türk Alman
Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU
İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakóltesi Dekanı

Prof. Dr. İsmail KIRCA
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi
Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU
Türk - Alman Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakóltesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müslüm AKINCI

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasi ASLAN

Çukurova Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR

Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ

İstanbul Rumeli Üniversitesi Sağlık
Hizmetleri Meslek Yüksekokulu

Prof. Dr. Selami KURAN

Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekanı

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

İstanbul Gedik Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

TED Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER

İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay 13. Daire Üyesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İftar CENGİZ

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sinan BAYINDIR

Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Taylan BARIN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK

Kırkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk
Fakültesi



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Araştırma Makaleleri

Şahin ALTUĞ

Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması

(Misuse of Bank or Credit Cards)..... 1-44

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Avrupa Birliği Yol Ayrımında mı?

(Is the European Union at a Crossroads?) 45-68

Mustafa ARTUÇ

Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının

İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar

(Regional Court of Appeal Decisions by Chief Public Prosecutor's Office

Within the Scope of its Authority to Challenge)..... 69-92

Prof. Dr. Ebru CEYLAN

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında

Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel

Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler

(Evaluations on Personal Guarantees in Consumer Loans and Credit Cards

Contracts within the scope of Consumer Protection Act No 6502)..... 93-131

Dr. Mehpare ÇAPTUĞ

Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi

(Conceptual Development of the Legal Security Principle)..... 133-160

Serdar ÇELİKEL

Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk

Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'la Karşılaştırmalı

Olarak İncelenmesi

(In the Processing of Personal Data, the Reason of Compliance

with the Law of Explicit Consent in a Comparative with the Directive

No. 95/46 and GDPR)..... 161-190



Dr. Recep DOĞAN

Hakaret Suçu ve AIHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırları
(Defamation and Case Law of the European Court of Human Rights on the
Limitations of the Freedom of Expression) 191-239

Mümin GÜNGÖR

Türk Ceza Kanunu Kapsamında İnsan Ticareti Suçunun İncelenmesi
(An Review of Human Trafficking Crime in the Turkish
Criminal Code) 241-270

Doç. Dr. Şeref İBA

Doç. Dr. Fahri BAKIRCI

Türk Hukukunda “Geçici Kanun” ve “Geçici Madde”
Kavramları Üzerine

(On the Concepts of “Provisional Law” and “Provisional Article” in
Turkish Law)..... 271-302

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

Dr. Öğr. Üyesi Asuman İNCE TUNÇER

Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama ve Adil Yargılanma Hakkı
(Simplified Trial in Criminal Procedure and Right to a Fair Trial) 303-354

Dr. Öğr. Üyesi Anıl KÖROĞLU

Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama
Giderlerinin Pay Sahibi ile Şirket Arasında Paylaştırılması
(Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme)

(Sharing of Judicial Costs Between Shareholder and Company in
Derivative Action Brought by the Shareholder -An Analysis Under
Civil Procedure Law-)..... 355-382

Arş. Gör. Sümeyra Sena KURT

Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma
Cezasına Etkisi

(The Effect of Criminal Court Decisions on the Penalty of Dismissal
from Civil Servant Position)..... 383-428



İsmail ŞAHİN

***Suçun Nitelikli Hallerine Dair Ceza Artırım veya İndirimlerinin
Basit Yargılama Usulünün Uygulanabilirliğine Etkisi***

*(The Effect Of Increases Or Reductions In Penalty As A Consequence
Of The Qualified Versions Of The Crime On The Applicability*

Of Simplified Criminal Procedure)..... 429-455

Dr. Öğr. Üyesi Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması

(Transfer of Criminal Proceedings) 457-498

Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL

Anayasa Yargısında Oyların Eşitliği

(Tie Votes in Constitutional Justice) 499-522

Dr. Öğr. Üyesi Harun YILMAZ

***Danıştay Kararları Işığında İdari İstikrar İlkesinin İdari Yargılama
Hukukuna Önemli Yansımaları***

*(Important Reflections of the Administrative Stability Principle on the
Administrative Jurisdiction Law in the Light of the Decisions of the*

Council of State)..... 523-546



BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI

(Misuse of Bank or Credit Cards)

Şahin ALTUĞ¹

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesi ile "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması"nın suç tipi olarak kabul edilmesi hukuk sistemimiz açısından oldukça önemlidir Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde birbirinden bağımsız üç farklı suç tipine yer verilmiştir. Bu suçlardan birincisi olan gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu ilk fıkrada düzenlenmiş; banka veya kredi kartlarının sahte olarak üretilmesi, satılması, satın alınması, devredilmesi veya kabul edilmesi suçu maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmış; sahte oluşturulan veya sahtecilik yapılan banka veya kredi kartı ile yarar sağlanması suçu ise üçüncü fıkrada düzenlenmiştir. Şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleri yasal koşullar oluştuğunda yalnızca gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu açısından uygulanabilir. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, özgü suç olmadığı için herkes tarafından işlenebilir. Banka veya kredi kartının hamili olan gerçek veya tüzel kişi de suçun mağdurudur. Bu suçun konusu banka veya kredi kartlarıdır. Bu suçla korunan hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır. Bu suç, kasten işlenebilir.

Anahtar Kelimeler: Banka, banka veya kredi kartları, rıza, sahte, yarar sağlama, etkin pişmanlık.

ABSTRACT

Adopting "misuse of bank or credit cards" as a type of crime in Article 245 of the Turkish Penal Code (TCC) is crucial for our legal system. Three independent and different types of crimes are included in the 245th Article of the TCC. The offense of misuse of a real bank or credit card, which is the first of these crimes, is regulated in the first paragraph; the offense of producing, selling, purchasing, transferring or accepting counterfeit bank or credit cards is stipulated in the second paragraph of

1 Türkiye Adalet Akademisi Hâkimi, sahinalltug@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1004-0674

the article; the offense of benefiting from a fraudulent or forged bank or credit card is regulated in the third paragraph. Personal impunity reasons and effective repentance provisions, when legal conditions are met, can only be applied in terms of the offense of misuse of a real bank or credit card. Since this offence is not a special one, it can be committed by anyone. Natural persons or legal entities who are the holders of credit and bank cards are regarded as the victim of this crime. The material subject is bank and credit cards. The legal value protected by this offence holds a combined qualification. This offence can be committed with intention.

Keywords: Bank, bank or credit cards, consent, counterfeit, benefit, effective repentance.

GİRİŞ

Bilişim; bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli olarak rasyonel şekilde işlenmesidir². Fransız Akademisi tarafından 1967 yılında ortaya çıkan yeni bilim dalını tanımlamak amacıyla kabul edilen bilişim terimi Türkiye’de ilk kez bilgisayar bilimleri alanında 1968 yılında kullanılmıştır³. Günümüzde bilişim; gelişen teknolojinin etkisiyle oldukça popüler hale gelmiş bir alandır. Bilişim teknolojisi sayesinde yaşamımıza etki eden pek çok alanda önemli değişimler yaşanmış, bunun doğal bir sonucu olarak da bu gelişime paralel şekilde hukuki altyapının hazırlanması zarureti doğmuştur. Hukukun amaçlarından birisi olan “toplumsal ihtiyaçların karşılanması” noktasında hukuk kurallarının teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaması gerekmektedir ve gelişen teknolojiye uyumlu yasaların çıkarılması şarttır. Bilişim teknolojisinin sağladığı kolaylıktan faydalanılarak yasaların ihlalinin önlenmesi amacıyla yeni suç tipleri ortaya çıkmıştır⁴. Evrensel bir hukuk ilkesi olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince ülkeler yasal mevzuatlarında bilişim alanındaki suçlar açısından ayrıntılı şekilde düzenleme yapmak durumunda kalmışlardır⁵. Tarihsel olarak bakıldığında bilinen

- 2 SANKUR, Bülent/ISTEFANOPULOS, Yorgo, **Elektrik Elektronik Bilgisayar Mühendisliği Terimler Sözlüğü**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1997, s. 48.
- 3 PALLI, Hayati, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008, s. 34.
- 4 KETİZMEN, Muammer, **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, 2008, s. 36; AKBULUT, Berrin BOZDOĞAN, “Bilişim Suçları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2000, C. 8, S. 1-2, s. 547; AKARSLAN, Hüseyin, **Bilişim Suçları**, Seçkin, 2012, Ankara, s. 33.
- 5 AKINCI, Hatice/ALİÇ, A. Emre/ER, Cüneyd, **Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları İnternet ve Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, İstanbul, s. 158; DOĞAN, Ramazan, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1;

ilk bilişim suçu, 18.10.1966 senesinde Minneapolis Tribune isimli gazetede yayımlanan “bilgisayar uzmanı banka hesabında tahrifat yapmakla suçlanıyor” şeklinde haber ile kamuoyuna duyurulmuştur⁶. Bu kapsamda bilgisayarla ilgili eylemler açısından ilk hukuki düzenlemeler Amerika Birleşik Devletlerinde yapılmıştır⁷. Amerikan doktrininde bu tip suçlar için computer crime (bilgisayar suçu) terimi kullanılmıştır⁸. 1980’li yıllarda ATM (Automated Teller Machine)’lerin bankacılık işlemlerinde kullanılmaya başlanmasıyla birlikte banka ve kredi kartlarına karşı işlenen suçlar ortaya çıkmış ve özellikle bu yılların sonlarında banka ve kredi kartlarına ilişkin suç sayısında ciddi artış yaşanmıştır.

Bilişim suçları genellikle ülkelerin yasal mevzuatlarında tanımlanmayan suç kategorilerindedir. Uluslararası alandaki çalışmalar incelendiğinde de bilişim suçlarının tanımının yapılmadığı, suça konu hareketlerin heterojenliği sebebiyle bilişim suçlarını oluşturan fiillerin teker teker sayıldığı anlaşılmaktadır. Bilişim suçlarına ilişkin eylemlerin çeşitlilik taşıması nedeniyle bu yöntem tercih edilmiştir⁹.

Bilişim suçunu; bilişim sistemine yönelik olan ya da bilişim sistemi kullanılarak işlenen, herhangi bir biçimde suçun icrasında bilişim sistem veya araçlarının kullanıldığı suçlar olarak belirtmek mümkündür¹⁰. Bilişim suçlarını işleyen failler klasik suç faillerine göre daha bilinçli hareket etmektedirler. Bu nedenle, bu suç faillerinin yakalanma ihtimali daha azdır ve genelde bu tip suçlar bilinçsiz kullanıcılara ya da ekonomi veya finans sektörlerine karşı işlenir. Bilişim alanı kimlik ve cinsiyet değişiminin en kolay yapılabildiği alandır. Kişiler siber alanda kendilerini rahatlıkla karşı cinsten birisi olarak tanıtılabilmektedirler. Bilişim suçlarıyla mücadele eden birimlerde çalışan kişilerin, bilişim suç faillerinin kullandıkları teknolojiyi, suç işleme tekniklerini ve failerin özelliklerini bilerek hareket etmeleri şarttır. Bilişim suçlarını işleyenlerin

6 AYDIN, Emin D., **Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş**, Ankara, Doruk Yayınları, 1992, s. 13.

7 MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu”, İÜHFİM, İstanbul, Y. 2001, C. 60, S. 1-2, s. 41.

8 DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları**, Seçkin, Ankara, 2014, s. 73(Bilişim 2014).

9 CARLO Sarzana di S. Ippolito, “Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması, İtalya’daki Durum”, Çev.: Vesile SONAY Daragenli, İÜHFİM Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan Sayısı, Y. 1997, C. 55, S. 3, s. 393.

10 DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onaltıncı Bası, İstanbul, 2001, s. 616.; AKBULUT, Berrin, **Bilişim Alanında Suçlar**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 69-70 (Bilişim Alanında Suçlar)., KARAGÜLMEZ, Ali, **Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri**, Seçkin, 2013, s. 271; DÜLGER, **Bilişim 2014**, s. 46.; ERDOĞAN, Yavuz, **Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları**, Legal, 2012, s. 52.



sayısı dünyanın pek çok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de giderek artmaktadır.

Bilişim sistemlerinin kullanımının ceza hukukuna etkisi yalnızca ulusal ölçekteki düzenlemelerle sınırlı kalmamış, bu kapsamda Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan uzmanlar komitesi tarafından hazırlanan “*Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi*” 23.11.2001 tarihinde Macaristan’ın başkenti Budapeşte’de imzaya açılmış 01.07.2004 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesini 10.11.2010 tarihinde imzalamıştır¹¹. Bu sözleşmenin onaylanması 2.5.2014 tarihli ve 28988 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6533 sayılı kanun ile gerçekleşmiş ve ülkemiz açısından sözleşme 01.01.2015 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi’nde bilişim suçlarının tanımı yapılmayarak, ulusal düzeyde alınacak tedbirler başlığı altında ülkelere yükümlülük olarak getirilen hususların neler olduğu belirtilmiştir¹². Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’ne göre bilişim alanında ceza sorumluluğunun düzenlenmesinde dikkat edilmesi gereken ana ilkeleri:

- Siber suçlarla ilgili ceza sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde başta düşünce ve söz özgürlüğü ile iletişim özgürlüğü olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerin gereklerine uyulması,
- Bilgisayarla işlenen veya bilgisayarla ilişkili suçların belirlenip düzenlenmesinde ortak bir minimum standarda uyulması,
- Eylemin hukuka aykırı olması,
- Eylemin kasten işlenmesi olarak belirtebiliriz¹³.

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi ceza hukukumuzu da etkilemiş ve bu sözleşmenin gereği olarak Türk Ceza Kanunu’nun 245/A maddesi ile “*yasak cihaz veya programlar*” başlıklı yeni bir suç tipi öngörülmüştür. Bu suç bilişim suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Bilişim suçlarına konu eylemler herhangi bir cihaz, program, şifre ya da koda ihtiyaç duyulmadan da gerçekleştirilebilir ancak genellikle failer suç işlerken bu tür cihaz, veri, güvenlik kodları veya programlardan yararlanmaktadır. TCK’nun 245/A maddesindeki yasal düzenleme ile bilişim suçları ve bilişim araçları

11 KARAGÜLMEZ, s. 90; DÜLGER, **Bilişim 2014**, s. 194; ÜNVER, Yener, İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternetteki Takibi, Seçkin, 2014, s. 95; AKARSLAN, s. 150.

12 AKBULUT, **Bilişim Suçları**, s. 55.

13 ERDOĞAN, s. 68.

kullanılarak işlenen başka suçların hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller bağımsız bir suç olarak öngörülmüştür¹⁴. Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle genel olarak uyumluluk gösteren TCK'nın 245/A maddesi uyarınca, bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin ya da başkaca güvenlik kodunun imal edilmesi, ithal edilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, kabul edilmesi, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başka kişilere verilmesi ya da bulundurulması suç haline getirilmiştir. Seçimlik hareketli bir suç olduğu için, fail sayılan bu eylemlerin herhangi birisini yaparsa suç tamamlanmış olur. Bu suçu oluşturan fiillerden bazıları kesintisiz şekilde (örneğin cihazların depolanması veya bulundurulması) gerçekleştirilebilir ve böyle bir halde fail cihazları elde bulundurduğu sürece suç işlemeye devam edecektir¹⁵. TCK'nın 245/A maddesinde belirtilen suç soyut tehlike suçu niteliği taşıdığı için herhangi bir zararın oluşmasına gerek yoktur¹⁶.

Bilişim alanındaki suçlar hakkında mukayeseli hukuk incelendiğinde genel itibarıyla iki ana sistemin uygulandığını görmek mümkündür. Bilişim ile ilgili suçlar bazı ülkelerin (Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi) kanun koyucuları tarafından ayrı özel bir kanun çıkarılarak düzenlenmekteyken, bazı devletlerde (Fransa ve İtalya gibi) ise kanun koyucular bu nitelikteki suçları ayrı özel bir yasa yapmadan mevcut ceza kanunları içerisinde düzenlemektedir¹⁷. Ülkemizde ise bilişim suçları ayrı bir özel kanun ile düzenlenmemiş olup; Türk Ceza Yasası'nda yer almıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda bu nitelikteki suçlar "özel hükümler" başlıklı ikinci kitabın "topluma karşı suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "bilişim alanında suçlar" başlığı altında ayrı şekilde düzenlendiği gibi, hırsızlık, dolandırıcılık gibi çeşitli suç tipleri içerisinde de hüküm altına alınmıştır. Bilişim suçları hukuk sistemimize ilk defa 1991 yılında 14.06.1991 tarih ve 3765 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile yapılan değişiklikler sonucunda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 525. maddeden sonra gelen 11. babın eklenmesiyle girmiştir¹⁸. 5237 sayılı Türk Ceza

14 AKBULUT, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 348.

15 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı*, Adalet, Ankara, 2017, s. 873.

16 AKBULUT, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 355.

17 ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 505; YAZICIOĞLU, R. YILMAZ, "Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2005, C. 2, S. 2, s. 396; EKER, Ö. Umut, "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları", *TBB Dergisi*, Y. 2006, S. 62, s. 108.

18 TAŞKIN, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, Beta, Bursa, 2008, s. 6; ERGÜN, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 75;



Kanunu'nda¹⁹ "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması" suçu 245. madde de özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 525/b-2 maddesinde²⁰ yer alan "bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak suçu" içerisinde değerlendirilen banka veya kredi kartlarının yetkisiz kullanımı eylemi ile 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesindeki düzenleme benzerlik göstermektedir²¹. 765 sayılı TCK döneminde banka veya kredi kartlarının kötüye kullanımı suretiyle hukuka aykırı yarar sağlanması eyleminin aynı kanunun 525/b-2 maddesinde öngörülen bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar elde edilmesi suçu içerisinde kalıp kalmadığı konusunda tartışma yaşanmaktaydı²². Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.04.2001 tarih ve 2001/76-30 E; 2001/757 K sayılı ilamı bu konuda yaşanan tartışmalar açısından yol gösterici olmuş, kararda açıkça bu tür eylemler için 765 sayılı TCK'nın 525/b-2 maddesinde hüküm altına alınan bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlama suçunun uygulanması yönünde görüş belirtilmiştir²³. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu karardan sonra bu sefer de suçun işlenmesi esnasında banka veya kredi kartının fail tarafından ele geçirilme yöntemine göre dolandırıcılık suçunun mu yoksa banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu yoluyla hukuka aykırı menfaat elde etme suçunun mu işlendiği konusunda anlaşmazlık oluşmuştur²⁴. 5237 sayılı TCK'nın 245.

ÖZDİLEK, Ali Osman, *Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları Ve Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 168.

19 Çalışmamızda TCK ile kastedilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur.

20 Madde 525/b – (Ek : 6/6/1991 - 3756/22 md.)

"Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ikimilyon liradan yirmimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir."

21 DÜLGER, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 251 (Bilişim 2004); TAŞKIN, s. 59; DÜLGER, *Bilişim 2014*, s. 447; KURT, Levent, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin, 2005, Ankara, s.176.

22 DÜLGER, *Bilişim 2004*, s. 250; KARAGÜLMEZ, s. 461; DEĞİRMENCİ, Olgun, "Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları", *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2003, S. 3, s. 605-606; NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002, s. 281; BAYRAKTAR, Köksal, *Banka ve Kredi Kartlarının Doğurduğu Ceza Hukuku Sorunları*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, 2000, İstanbul, s. 203.

23 DÜLGER, *Bilişim 2014*, s. 289-290; YILMAZ, Sacit, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", *TBB Dergisi*, Y. 2010, S. 87, s. 264.

24 DÜLGER, *Bilişim 2014*, s. 290.

maddesi ile uygulamada yaşanan tartışmalara son verecek bir düzenleme getirilmiştir. Nitekim bu husus 245. maddenin gerekçesinde; *“Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis’lerinin tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç hâline getirilmeleri uygun görülmüştür.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, TCK’nın 245. maddesine benzer düzenlemelere rastlanılmaktadır. ABD’de kredi kartlarının kötüye kullanılmasının önlenmesi için 1984 yılında *“Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi Kanunu”* (Credit Card Fraud Act) çıkarılmıştır²⁵. Ayrıca ABD’de kredi kartı dolandırıcılığı eylemleri, 1986 tarihli *“Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanma Kanunu’nun”* (Computer Fraud and Abuse Act) 1029. maddesiyle suç olarak düzenlenmiştir²⁶. Hollanda’da 01.03.1993 tarihinde ceza kanununda değişiklik yapılmış ve manyetik kartlar ile sahtecilik yapılması eylemi suç olarak öngörülmüştür²⁷. Fransa’da ise 01.03.1994 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Ceza Kanunu’nun 323-1 ile 323-7. maddeleri arasında bilişim sistemine karşı veya bilişim sistemi kullanılarak gerçekleştirilen fiilleri için ceza yaptırımları getirilmiştir²⁸. İsviçre’de ise 01.01.1995 tarihinde *“Federal Ceza Kanunu”*nda değişiklik yapan kanunun 148. maddesiyle banka veya kredi kartlarının kötüye kullanımına ilişkin fiiller suç haline getirilmiştir²⁹. Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) *“Çek kartı ve kredi kartının kötüye kullanılması”* başlıklı 266b maddesi ile, kişiye çek ya da kredi kartı verilerek sağlanan imkanın kötüye kullanılarak kartı çıkaran kurumun ödeme yapmasının sağlanması ve böylece kartı düzenleyen kurumun zarar görmesi suç olarak düzenlenmiştir³⁰.

I. GENEL OLARAK

Banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu, yukarıda da belirtildiği gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun *“Topluma Karşı Suçlar”* başlıklı üçüncü kısmının Bilişim Alanında Suçlara ayrılan onuncu bölümünde yer alan 245. maddesinde;

25 YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, **Bilgisayar Suçları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997, s. 188 (Bilgisayar Suçları).

26 YAZICIOĞLU, Bilgisayar Suçları, s. 188-189.

27 YILMAZ, s. 265.

28 YAZICIOĞLU, Bilgisayar Suçları, s. 196-197.

29 YILMAZ, s. 265.

30 YENİSEY, Feridun/Plagemann, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) Genişletilmiş 2. Baskı**, 2015, İstanbul, Beta, s. 391-392.



“1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(5) (Ek: 6/12/2006 – 5560/11 md.) Birinci fıkra kapsamına giren fillerle ilgili olarak bu Kanununun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nın 245. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkralarında üç farklı suç tipi öngörülmüştür. Bunlardan ilki birinci fıkrada hüküm altına alınan başkasına ait banka veya kredi kartını her ne surette olursa olsun ele geçiren ya da elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmadan kartı kullanması veya üçüncü bir kişiye kullandırması ve bu şekilde failin kendisine veyahut üçüncü bir kişiye hukuka aykırı olarak yarar sağlaması eylemidir. Maddede düzenlenen ikinci suç ise; ikinci fıkradaki başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartının üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması ya da kabul edilmesi eylemidir. İnceleme konumuz olan son suç tipi ise; maddenin üçüncü fıkrasında yer alan sahte olarak oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka ya da kredi kartının kullanılması yoluyla failin kendisine veya başka bir kimseye yarar sağlamasıdır³¹.

31 ERDOĞAN, s. 295; DÜLGER, *Bilişim* 2014, s. 446.

TCK'nun 245. maddesi incelendiğinde ilk fıkrada düzenlenen suçun gerçekleşebilmesi için öncelikle başkasına ait ve sahte olmayan banka veya kredi kartının olması; ikinci fıkrada belirtilen suçun işlenebilmesi için başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek üretilen, satılan, devredilen, satın alınan veya kabul edilen sahte banka veya kredi kartının varlığı ve üçüncü fıkrada öngörülen suçun gerçekleştiğinden söz edebilmek için ise sahte oluşturulmuş ya da üzerinde sahtecilik yapılmış banka veya kredi kartının fail tarafından kullanılması gerekmektedir³². Banka veya kredi kartı dışındaki kartlar kullanılarak, örneğin telefon kartı, mağaza kartı, doğalgaz kartı, su kartı gibi kartlar aracılığıyla TCK'nun 245. maddesinde öngörülen suç işlenemez³³. Bu tür kartlarla hırsızlık veya güveni kötüye kullanma gibi başka suçlar işlenebilir ancak inceleme konumuz olan suçlar gerçekleştirilemez. TCK'nun 245. maddesinde belirtilen suçların incelenmesine geçilmeden önce banka ve kredi kartının tanımlanması gerekmektedir.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde bu kartlar ile ilgili olarak;

"Banka kartı: Mevduat hesabı veya özel carî hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kartı;

Kredi kartı: Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarasını, ifade eder" şeklinde hüküm bulunmaktadır. Banka kartı, bankanın müşterilerinin kullanımına açtığı sisteme yalnızca kart hamili kişi tarafından bilinen bir şifre sayesinde girilerek banka görevlilerine ihtiyaç duymadan o kişinin kendi hesabı üzerinde tasarrufta bulunabilmesine imkân sağlayan bir araçtır. Banka kartları, bankaların bir mevduat hesabına bağlı olarak çıkarttıkları, elektronik fon transferi yöntemiyle bu hesaptan ödeme yapılmasını, ATM'ler aracılığıyla banka şubelerine gidilmeksizin yer ve zaman sınırlaması olmadan para transferi, havale, EFT, fatura ödenmesi gibi işlemlerin tamamlanabilmesini

32 Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 29.05.2013 tarihli 2012/16388-2013/16480 sayılı kararında; "...Suça konu kredi kartının banka tarafından düzenlenmiş gerçek bir kredi kartı olması halinde eylemin TCK. nun 245/1., kopyalanmış sahte bir kart olması halinde TCK. nun 245/2-3. maddelerinde düzenlenen suçu oluşturacağı cihetle kartın niteliği ait olduğu bankaya sorulup belirlendikten sonra sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi." bu husus açıkça vurgulanmıştır. Karar Uyap ortamından elde edilmiştir.

33 YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUĞ, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı**, Adalet Yayınevi, 2014, Ankara, s. 7342.



sağlayan kartlardır³⁴. Banka kartına; kartlı ödemeler sistemi içerisinde, *debit* kart ya da ATM kartı gibi isimler de verilmektedir³⁵.

Kredi kartı ise, kullanıcıya banka ile arasında yapılmış bir sözleşmeye istinaden bankanın kendisine sunduğu kredi olanaklarından yararlanma imkânı sağlamaktadır³⁶. Kredi kartı ile kart çıkaran bankanın veya finans kuruluşunun müşterisi olan hamil; belirlenmiş bir limit içerisinde yurt içinde ve yurt dışında üye işyerlerinden nakit para kullanmadan mal veya hizmet alımı yapabilir, nakit ihtiyacı olduğunda kart limitini aşmamak kaydıyla ATM cihazı aracılığıyla kredi kullanabilir³⁷. Kredi kartı hamilleri, anlaşmalı olan işyerlerinde yaptıkları her çeşit mal veya hizmet alımlarında nakit para ödemek yerine kredi kartlarını ibraz ederek kendilerine tanımlanan şifrelerini girmek kaydıyla harcamalarının karşılığını ödemiş olurlar³⁸. Kredi kartının “*ödeme aracı*” ve “*kredi aracı*” olması şeklinde iki temel fonksiyonu vardır³⁹. Banka ve kredi kartının maliki kartın kullanıcısı değil, bu kartı çıkaran bankadır. Banka müşterisi olan kişinin sadece kartı kullanım hakkı bulunmaktadır.

Banka kartları; kredi kartları, POS makineleri ve ATM cihazlarının gelişimi sürecinin sonrasında 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra üretilmeye başlanan kartlardır⁴⁰. Günümüzde başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere tüm dünyada faaliyet gösteren belirli kartlı sistem kuruluşları vardır. Bunlar *Diners Club*, *Amerikan Express Card*, *Visa Card*, *Japan Credit Bureau (JCB)* ve *Master Card* isimli kurumlardır⁴¹. Almanya başta olmak üzere Avrupa’da ise “*eurocard*” sistemi oluşturulmuştur⁴².

34 SUNGUR, İlhan, *Türkiye’de Banka ve Kredi Kartları Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi*, Bankalar arası Kart Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 81.

35 YILMAZ, Eyüp, *Türkiye’de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2000, s. 12.

36 AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 385.; ERDOĞAN, s. 297-298.

37 YILMAZ, Eyüp, s. 10.

38 BUHUR, Oğuzhan, *Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 26.

39 EKİNCİ, Mustafa, *Açıklamalı-Gerekçeli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu*, Adalet Yayınevi, 2006, Ankara, s.2; ÇİMAT, Ali/DEĞİRMENÇİ, Mehmet Ali, “*Türkiye’de Banka ve Kredi Kartları Uygulamalarının Değerlendirilmesi*”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 64, Y. 2003, s. 1. <https://www.ismmmo.org.tr/Yayinlar/Mali-Cozum-Dergisi/sayi-64/--2081> (E.T: 05.03.2020).

40 BAŞ, Eylem, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 91.

41 TEOMAN, Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması 2. Bası*, İstanbul, 1996, s. 17.; YILDIZ, Mehmet Emre, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu*, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara, s. 31-33.

42 YETİM, Sedat, *Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri*, SPK Yayınları, 1997, s. 55.

2016 tarihinde ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)'dan faaliyet izni alınması süreci tamamlandıktan sonra yerli ödeme sistemimiz olan "TROY", Bankalararası Kart Merkezi tarafından kurulmuştur. Bankalararası Kart Merkezi'nin verilerine göre 2018 yılında ülkemizde kullanılan kredi kartı sayısı 66.304.603 iken banka kartı sayısı ise 146.375.337'tür. 2019 yılında ise kullanılan toplam kredi kartı sayısı 69.825.826, banka kartı sayısı ise 166.211.057 sayısına ulaşmıştır⁴³.

Birçok ülkede banka ve kredi kartlarıyla ilgili suçların işlenme sayısı ve bu suçlar sonucunda oluşan ekonomik zarar hızla artmaktadır. Kredi kartlarıyla ilgili suçlar açısından failer tarafından kullanılan yöntemlerden birisi olan "skimming method" ismiyle anılan bir yöntem yaygın olarak kullanılır hale gelmiş olup, bu yöntem sayesinde İngiltere'de günlük ortalama 400.000 sterlin haksız şekilde gelir elde edilmektedir. *Skimming*, yasal bir kredi veya banka kartı bilgilerinin, çoğunlukla elektronik araçlarla yasadışı şekilde ele geçirilmesi ya da bir kopyasının üretilmesidir⁴⁴. Türkiye'de de kredi kartı kullanımı her geçen gün giderek artmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da kredi kartı sayısındaki artışla orantılı şekilde bunlarla işlenen suç sayısı ve ekonomik açıdan oluşan risk yükselmektedir.

II. BAŞKASINA AİT (GERÇEK) BİR BANKA VEYA KREDİ KARTIYLA HUKUKA AYKIRI YARAR SAĞLAMA SUÇU

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ilk fıkrasında, her ne surette elde edilmiş olursa olsun, başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartını elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası bulunmadan, o kartı kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması eylemi düzenlenmiştir⁴⁵. Banka veya kredi kartlarının hukuka ayrı şekilde kullanılması sonucunda bankaların veya kart sahiplerinin zarara sokularak bu sayede yarar sağlanmasının önlenmesi amaçlandığından birinci fıkradaki eylem ayrı bir suç olarak öngörülmüştür. Burada yasal yollardan hazırlanmış, gerçek ve sahte olmayan bir banka veya kredi kartı söz konusudur⁴⁶.

43 <https://bkm.com.tr/pos-atm-kart-sayilari/>

44 KARAGÜLMEZ, s. 264.

45 DOĞAN, s. 161.

46 ERDOĞAN, s. 300.

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesi ile birden fazla hukuki değer koruma altına alınmıştır. Bu madde de öngörülen suçlar gerçekleştiğinde, bilişim sistemlerinin düzgün işletilmesine ilişkin toplum menfaati, kişilerin malvarlığı menfaati, kamuya duyulan güven gibi çeşitli değerler ihlal edilmiş olur. Bu şekilde birden fazla hukuki koruma altına alınan menfaatin ihlal edildiği suçlarda, bunlardan sadece birisi suçun hukuki konusunu oluşturur ve suçun hukuki konusu üstünlük kriterine göre belirlenir⁴⁷. Bu belirlemeyi ise kanun koyucu yapacaktır.

TCK'nın 245/1. maddesinde öngörülen "*kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi*" ibaresiyle inceleme konumuz olan suçun ekonomik niteliği ön plana çıkarılmıştır. Madde gerekçesinde de açıklandığı gibi burada hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının kredi kartları kullanılarak işlenmiş biçimi yasal düzenleme altına alınmak istenmiştir⁴⁸. Burada korunmak istenilen hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır. Bu maddede; hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma suçlarıyla korunan hukuki değerler korunmak istenmiştir ancak, bu karma niteliğe rağmen suçla korunan hukuki değerler arasında en baskın olanını kişinin malvarlığı şeklinde belirtmek mümkündür⁴⁹. Kanun koyucunun malvarlığına karşı olan suçlarda olduğu gibi belirli akrabalık ilişkisini gözeterek şahsi cezasızlık sebebi ile etkin pişmanlık hallerini kabul etmesi, suçun kanuni tanımında kart sahibinin rızasının olmasının fiili hukuka uygun hale getireceğinin öngörülmesi korunan hukuki değer açısından malvarlığı kavramını ön plana çıkarmaktadır⁵⁰. Doktrinde inceleme konumuz olan suç tipiyle korunan hukuksal değer yalnızca malvarlığı değil bankacılık sistemi, ticari yaşam, kamu güveni, bilişim alanı ile bu alanın güvenliği ve bilişim sistemlerinin düzgün işlemesindeki topluma ait olan menfaat, kartlı ödemeler sisteminin güvenilirliği olduğu görüşleri de belirtilmiştir⁵¹.

47 OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "*Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1067, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000641> Erişim Tarihi: 25.12.2019.

48 TAŞDEMİR, Kubilay, *Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, 2009, s. 317.

49 YILMAZ, s. 266.; DÜLGER, *Bilişim 2014*, s. 448.

50 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 846.; ŞAHBAZ, İbrahim, *Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 2762.

51 ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 997.; ERDOĞAN, s. 300-301; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Güncellenmiş 17. Baskı*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 1072.; OKUYUCU ERGÜN, s. 1067; SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Güncelleştirilmiş 11. Baskı*,

Kanaatimizce de başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu ile korunan hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır. Burada banka ya da kredi kartı hamillerinin malvarlığı değerleri korunan en temel değer olmakla birlikte ayrıca kartlı ödemeler sisteminin güvenilirliği, ticari yaşam ve bankacılık sistemine olan güven de koruma altına alınmıştır.

B. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

Kanun metninde “kimse” ibaresi kullanıldığı için herkes bu suçun faili olabilecektir. Fail açısından bu suç yönünden bir özellik bulunmamaktadır. Başkasına ait olan banka veya kredi kartını eline geçirerek rıza dışı kullanmak suretiyle yarar sağlayan kimse, bu suçun failidir⁵². TCK’nın 245. maddesinin ilk fıkrasında hüküm altına alınan suçun faili, başkasına ait bir banka veya kredi kartını haksız şekilde ele geçirip, onun rızası olmaksızın bunu kullanarak ya da kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlayan kimsedir. Fail tarafından farklı kart hamillerine karşı gerçekleştirilen eylemlerin her biri ayrı suç oluşturacaktır. Fail, değişik zaman dilimlerinde mağdurun birden fazla kredi kartını kullanarak bu suçu işlediğinde ise tek suç işlemiş kabul edilecek ancak cezasında zincirleme suç hükümleri uygulanarak artırım yapılacaktır. Yargıtay’ın uygulaması da bu şekildedir⁵³. TCK’nın 245/1. maddesinde yer alan “*bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa*” ibaresi gereğince hukuka uygun olmayan şekilde yarar sağlanması için banka veya kredi kartının kullanılması fiilinin failin bizzat kendisi tarafından ya da fail tarafından görevlendirilen başka bir kişi tarafından yapılması arasında fark olmayacaktır⁵⁴.

Yetkin Yayınları, 2016, Ankara, s. 656 (Özel Hükümler); GÜL, Ahmet, **Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 119.; YILDIZ, s. 108.; DOĞAN, s. 162.; GÜNARSLAN, Yüksel, **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Seçkin, 2017, Ankara, s. 64.

52 DOĞAN, s. 165; GÜL, s. 120-121.; ERDOĞAN, s. 306; DÜLGER, s. 450.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1000., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 847.

53 Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 09.02.2017 tarih ve 11537/1140 sayılı Kararında; “*Katılana ait birden fazla kredi kartı ile farklı ATM’lerden para çekmeye çalışan ancak şifrelerini bilmemesi nedeniyle çekemeyen sanığın eyleminin zincirleme suç oluşturduğu gözetilerek, hakkında TCK. nun 245/1. ve 35. maddeleri uyarınca hükmedilen cezadan TCK.nun 43. maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi; tekerrüre esas sabıkası bulunan sanık hakkında TCK.nun 58. maddesinin uygulanmaması, karşı temiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.*” bu konuya ilişkin uygulama belirtilmiştir. Karar Uyap ortamından elde edilmiştir

54 ERDOĞAN, s. 307.

b. Mağdur

Herkesin bu suçun mağduru olabilmesi mümkündür çünkü. Zira madde metninde mağdur açısından farklı bir özellik aranmamıştır. Suçun mağduru öncelikle malvarlığında azalma olan kimsedir⁵⁵. TCK'nun 245/1 maddesinde *"kart sahibinden veya kartın kendisine verilmesi gereken kişiden"* bahsedildiği için mağdur kavramı genişletilerek kendisine kart verilmesi gereken kimse de korunmuştur⁵⁶. Suçun mağduru kredi veya banka kartı hamilidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.10.2011 gün ve 2011/166-213 sayılı kararında da TCK'nun 245/1. maddesi açısından suçun mağdurunun kart hamili olduğu açıkça belirtilmiştir⁵⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesindeki suçun işlenmesinde banka ve kredi kurumunun bilişim sistemi araç olarak kullanılmakta ise de; bu sistemlerin kullanılması banka veya ilgili kurumun bu suçun mağduru olduğu anlamına gelmez. Bu suç yönünden banka ya da kredi kurumları suçtan zarar gören konumundadırlar.

Doktrinde suçun mağdurunun, korunan hukuki değerden hareket ederek toplum olması gerektiğini, kart sahibinin ya da bankanın sadece suçtan zarar gören olabileceğini belirten görüş de bulunmaktadır⁵⁸. Fakat kanaatimizce bu görüşü savunmak suçun niteliğine aykırıdır. TCK'nun 245/1. maddesinde öngörülen suçun mağduru, öncelikle adına çıkarılan kartın kötüye kullanılması nedeniyle sağlanan haksız yarar sonucu malvarlığı azalan kişidir. Mağdur olarak belirli kişi ya da kişiler yerine toplumu oluşturan herkesi kabul etmek suçun niteliğiyle bağdaşmayacaktır. Bu suça ilişkin yasal düzenleme yapılırken kanun koyucu, öncelikli olarak kişilerin malvarlıklarının korunmasını esas almıştır.

c. Suçun Konusu

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suçun maddi konusu banka veya kredi kartlarıdır; ancak bu kartların başka bir kişiye ait olması ve sahte olmayıp gerçek olması gerekmektedir⁵⁹. Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlar. Bu

55 YILMAZ, s. 267.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 847.

56 TAŞDEMİR, s. 319; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7339.

57 DOĞAN, s. 165-166; İLHAN, Abdulkadir/EREL, Kemalettin/FAZLA, Yüksel/ÖRER, Fatma Betül/ÇAKIL, Dursun/KÖSE, Mehmet/HALİTOĞLU, Coşkun/BOZOĞLU, Süleyman/KURŞUN, Ömer Faruk/KIR, Oğuzhan, *Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları (2005-2015)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1228.

58 OKUYUCU ERGÜN, s. 1068., KATOĞLU, Tuğrul, *"Banka ve Kredi Kartlarının Kullanımı İle İlgili Suçlar"*, *Hukuki Açından Banka Kartı ve Kredi Kartı Sempozyumu*, 23-25 Ekim 2009, Bankalara arası Kart Merkezi (BKM) Yayını, s. 37

59 ERDOĞAN, s. 309;

kart ile kart sahibi kendisi tarafından bilinen bir şifre sayesinde banka görevlisinden yardım almadan kendi hesabından para çekebilir ya da diğer işlemleri yapabilir. Kredi kartı ise, banka ile kendisine kart verilen kimse arasında yapılmış olan bir sözleşme uyarınca, kişinin banka tarafından sağlanan belirli koşullarda kredi olanağından yararlanmasını temin eder. Bu sayede kredi kartı hamili hesabında nakit para olmasa bile alışveriş yapılabilir⁶⁰.

Doktrinde bu konuda farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Soyaslan'a göre; başkasına ait banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçu ile suçtan zarar görenin malvarlığında bir azalma söz konusu olacağı için, bu suçun konusu üzerinde işlendiği malvarlığı olacaktır⁶¹. Şahbaz ise suçun konusunu, failin kendisine veya başkasına sağladığı maddi yarar olarak belirtmiştir⁶². Koca/Üzülmez'e göre ise Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suçun konusu başkasına ait olan banka veya kredi kartının kullanılması suretiyle elde edilen para ya da ekonomik değeri olan her şeydir⁶³. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu "banka kartları" veya "kredi kartları" oluşturmaktadır. Bu kartların, failden başka birisine ait olması ve gerçek olması gerekmektedir. Fail tarafından bu suçun işlenebilmesi için gerçekleştirilen eylemin "kullanmak veya kullandırılmak" suretiyle doğrudan yöneldiği "şey" banka veya kredi kartlarıdır

5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nda kredi kartının tanımı yapılırken fiziki varlığı bulunmayan kart numarasının da kredi kartı kapsamında olacağı açıkça belirtilmiştir fakat banka kartları ile ilgili olarak bu şekilde bir tanımlama yapılmamıştır. Bu suçun oluşabilmesi açısından suça konu olan kredi kartının fiziksel olarak kullanılmasına gerek yoktur. Fiziki varlığı olmayan kredi kartı numarasını kullanarak da failin bu suçu işlemesi mümkündür. Ancak fail tarafından banka kartının fiziki varlığı kullanılmadan sadece kartın bilgileri kullanılarak hukuka aykırı yarar sağlanması durumunda ise TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suç oluşmayacaktır. Failin bu eylemi gerçekleştirmesi halinde somut olayın özelliklerine göre TCK'nın 244/4, 142/2-e, 158/1-f ya da 158/1-l maddelerinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu durum ceza yargılaması sırasında adil bir sonuca ulaşılmasına engeldir ve failer arasında ceza adaleti açısından orantısızlık oluşturabilecektir. 5464

60 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUĞ, s. 7340.

61 SOYASLAN, Doğan, "Bilişim Alanında Suçlar", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, C. 2, Ankara, 2009, s. 1586., SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 657.

62 ŞAHBAZ, s. 2764.

63 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 849.



sayılı Yasa da yapılacak değişiklik ile banka kartları açısından da “fiziki varlığı bulunmayan kart numarası” şeklindeki bir ifade metne eklenerek bu husustaki eksiklik giderilebilir.

d. Fiil

Türk Ceza Kanunu’nun 245/1. maddesinde düzenlenen suçun işlenebilmesi için gerçekleşmesi gereken fiil; her ne şekilde olursa olsun ele geçirilen veya elde bulundurulmuş banka veya kredi kartının, kart sahibinin ya da kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın kullanılarak veya kullanılarak failin kendisine veyahut başka bir kimseye yarar sağlamasıdır.

aa. Başkasına Ait Banka veya Kredi Kartının Her Ne Şekilde Olursa Olsun Ele Geçirilmesi veya Elde Bulundurulması

Yukarıda da belirtildiği gibi bu suçun işlenebilmesi için öncelikle başkasına ait olan ve sahte olmayan gerçek bir banka veya kredi kartı bulunmalıdır. Kartın sahte olması halinde 245. maddenin birinci fıkrasındaki suç değil ikinci ya da üçüncü fıkrasındaki suçlar söz konusu olabilecektir. Failin suça konu olan banka ya da kredi kartını nasıl eline geçirdiğinin bir önemi yoktur. Kartın ele geçirilmesinin veya elde bulundurulmasının hukuka uygun veya aykırı olması hatta suç teşkil etmesi fark etmez. Fail tarafından gerçekleşen ele geçirme eylemi kart hamilinin rızası neticesinde olabileceği gibi rızası dışında da olabilir. Kartın, atılı suç yönünden mağdurdan çalınması veya hile ile ele geçirilmesi, herhangi bir yerde bulunması, zorla alınması, kartın makineye kurulan düzeneğe sıkıştırılması sonucunda elde edilmesi, kart sahibine ulaştırılmak amacıyla alınması ya da kart sahibinin aldatılması sonucunda alınması önem taşımaz⁶⁴.

Banka veya kredi kartının ele geçirilmesi ile elde bulundurulması arasındaki farka değinilecek olursak; ele geçirme durumunda genellikle mağdurun isteğine aykırı olarak kartın alınması eylemi söz konusuysen, elde bulundurma durumunda ise kartın genel olarak mağdurun isteğine uygun şekilde alınması söz konusudur. Banka veya kredi kartının şifresinin kart hamilinin rızası ile ele geçirilmesi halinde bu rızanın kapsamı belirleyici olacaktır. Fail bu rızanın kapsamı dışında hareket etmiş ise, TCK’nun 245/1. maddesindeki suç oluşabilecektir⁶⁵.

64 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7343-7344.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1001.

65 OKUYUCU ERGÜN, s. 1070.

Fail tarafından gerçekleştirilen banka veya kredi kartının ele geçirilmesi ya da elde bulundurulması fiilinin başka bir suçu (hırsızlık, yağma, dolandırıcılık gibi) da oluşturması halinde bileşik suç hükümleri uygulanmayacak, fail gerçek içtima kuralları gereğince hem oluşan suçtan hem de TCK m. 245/1'den dolayı cezalandırılacaktır⁶⁶. Failin, suça konu olan kredi kartını fiziken ele geçirilmiş veya elde bulundurulmuş olması şart değildir. Fail tarafından fiziken ele geçirilmeyen ya da elde bulundurulmayan kart ile de bu suçun işlenmesi mümkündür⁶⁷.

Yargıtay da bu görüşü savunmuş ve haksız şekilde ele geçirilmiş olan kredi kartı bilgileri kullanılarak fail tarafından internet aracılığıyla alışveriş yapılması durumunda TCK'nın 245/1. maddesinde öngörülen suçun oluşacağına hükmetmiştir⁶⁸. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Çünkü 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde kredi kartı tanımlanırken; yalnızca fiziken basılı kart değil aynı zamanda fiziki varlığı olmayan kart numarasının da kredi kartı olarak sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca 5464 sayılı Yasa'nın 15/1. maddesinde; kart kullanımından doğan sorumluluğun, fizikî varlığı bulunmayan kart numarasının öğrenildiği andan itibaren, kart hamiline ait olduğunun düzenlenmiş olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Buna karşılık doktrinde TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen bu suçun oluşması açısından kredi kartının fiziksel olarak mutlaka kullanılmasının gerektiği, sadece karta ilişkin bilgilerin kullanılması sonucunda gerçekleşen eylemin bu suçu oluşturmayacağı da savunulmuştur⁶⁹.

bb. Başkasına Ait Banka veya Kredi Kartının Mağdurun Rızası Olmaksızın Kullanılması ya da Kullandırılması

Başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunun oluşumunda, suça konu kartın kullanılması veya kullandırılması

66 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 859., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUĞ, s. 7344; OKUYUCU ERGÜN, s. 1070.; YILMAZ, Sacit, **Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar**, Adalet Yayınevi, 2016, Ankara, s.363 (Siber Suçlar).

67 GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu&Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Güncellenmiş 2. Baskı**, Seçkin, 2014, s.4755., AKBULUT, **Bilişim Alanında Suçlar**, s.294.

68 Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.09.2013 tarih ve 2012-31107/2013-21915 sayılı Kararında; "... Sanığın internet aracılığıyla katılana ait kredi kartı bilgilerini kullanarak cep telefonuna kontör yüklemesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5464 sayılı Yasa'nın 3/e maddesi gözetildiğinde TCK'nın 245/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." bu görüş açıkça vurgulanmıştır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 24/02/2016 tarih 2015/11830 E - 2016/2167 K sayılı Kararı da aynı kapsamdadır. Kararlar Uyar ortamından elde edilmiştir.

69 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1003.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 853.; TEZCAN/ERDEMÖNOK, s. 1074-1075.



açısından yasada herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Banka veya kredi kartının fail tarafından bizzat kullanılması ya da başka bir kişiye kullandırılmasına ilişkin fiiller, mağazalar, marketler, oteller veya benzin istasyonlarının pos cihazları aracılığıyla mal ya da hizmet alınması şeklinde olabileceği gibi; ATM'lerden para çekilerek, internet ortamında çeşitli sitelerden alışveriş yapılarak, bankaların internet siteleri üzerinden ya da internet bankacılığı uygulamaları sayesinde kart aracılığıyla yarar sağlanarak da gerçekleştirilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde hüküm altına alınan suçun oluşabilmesi açısından fail tarafından ele geçirilen veya elde bulundurulmuş banka ya da kredi kartının, mağdurun rızası dışında kullanılması gerekmektedir. Mağdurun rızasının fail tarafından sakatlanarak elde edilmesi durumunda rızanın olmadığı kabul edilmelidir. Fail tarafından suça konu kart mağdurun rızası dışında elde edilmiş olsa bile, eğer kartın kullanımı mağdurun rızası ile olmuş ise suç oluşmaz. Mağdurun rızası, banka veya kredi kartının kullanılmasından önce olmalıdır; fail tarafından kartın kullanılmasından sonra gerçekleşen mağdurun harcamaya ilişkin onayının suçun oluşumu açısından etkisi yoktur⁷⁰. TCK'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suç, fail ya da başka bir kişi lehine olarak yarar sağlandığı anda işlenmiş kabul edilecektir. Kart sahibinin kartını faile maaşını çekmesi için rızası ile verdiği ancak daha sonra ölmesi halinde Yargıtay ölümle rızanın ortadan kalktığını ve para çekimi işleminin rıza dışı olduğuna karar vermiştir⁷¹. Kart hamili olan mağdur, kartını kendi rızasıyla belirli bir miktar paranın çekilmesi ve daha sonra kartın kendisine iade edilmesi için faile vermiş ise; failin kartı kullanarak belirlenen miktarın üzerinde para çekmek suretiyle haksız yarar sağlaması sonucunda da suç oluşacaktır.

Failin başkasına ait banka veya kredi kartını, mağdurun rızasına aykırı olarak bizzat kendisinin kullanması ya da başka bir kişiye kullandırması arasında fark yoktur. Ancak başka kişi tarafından kartın kullanılması olayında, bu kimsenin cezai sorumluluğu açısından kartın kullanım işlemine kart sahibinin rıza göstermediğini bilmesi gerekir.

70 ŞAHBAZ, s. 2766., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7345; TAŞDEMİR, s. 326.

71 Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 07.03.2013 tarih ve 2012/26144-2013/7664 sayılı kararı ile Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 06.05.2013 tarih ve 2013/2336- 2013/7268 sayılı kararı. Kararlara UYAP ortamından ulaşılmıştır.

cc. Başkasına Ait Banka veya Kredi Kartının Kullanılması ile Kişinin Kendisine ya da Başkasına Yarar Sağlaması

TCK'nın 245/1. maddesinde öngörülen suçun tamamlanabilmesi için maddi yararın sağlanması gerekmektedir. Burada kastedilen haksız yararın mutlaka faile ait olması gerekmeyp, fail dışında üçüncü bir kişi lehine yarar elde edildiği takdirde de suç işlenmiş olacaktır⁷². Burada düzenlenen suç bakımından önemli olan maddi, ekonomik yararın teminidir⁷³. Mesela kişi arkadaşlarının harcama limiti yüksek olan kredi kartlarını alarak, gösteriş yapmak amacıyla bu kartları başka bir kişiye gösterirse bu durumda ekonomik yarar gerçekleşmiş olmayacaktır.

Fail tarafından başkasına ait olan kart kullanılmış veya kullandırılmış fakat yarar sağlanmamış olursa, TCK m. 245/1 de düzenlenen suç teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilir⁷⁴. Suçun tamamlanması için kartın kullanılması neticesinde yararın sağlanması şarttır.

e. Netice

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde belirtilen eylem sonucunda meydana gelmesi gereken netice failin kendisine ya da başkasına yarar temin etmesidir. Burada önemli olan kartı kullanan kişinin hukuka aykırı olarak yarar sağlamasıdır. Fail tarafından başkasına ait banka ya da kredi kartı kullanılarak elde edilen yarar, maddi nitelikte ekonomik bir yarar olmalıdır. Failin suça konu olan eylemi neticesinde temin ettiği yararın mutlaka fail nezdinde somut ve fiziki olarak elde edilmesine gerek yoktur. Bu kapsamda paranın hesaba havale edilmiş olması suçun tamamlanması bakımından yeterli olup failin hesabına aktarılan parayı çekip çekmemesinin önemi yoktur⁷⁵. TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçun tamamlanabilmesi açısından önemli olan husus; failin kendisi ya da başkası için yarar elde etmesidir. Fail başkasının banka veya kredi kartını ele geçirdikten sonra, mağdurun zararına olarak kendi hesabına ya da üçüncü şahsa ait hesaba para havalesi yaptığı anda artık bu parayla ilgili olarak tasarruf imkânı doğacağı için suç tamamlanmış kabul edilecektir.

72 OKUYUCU ERGÜN, s. 1072; ERDOĞAN, s. 306.; DONAY, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta, İstanbul, 2007, s. 355., MALKOÇ, İsmail, *Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. 2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s.2093.

73 TAŞDEMİR, s. 328.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 854.

74 KOÇ, Ziya, *TCK'nın 245. Maddesinde Düzenlenen Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 94.

75 ÖZBEK, Veli Özer, *"Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu"*, 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, s. 105.; Koca/Üzülmez, s. 854.



2. Suçun Manevi Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde öngörülen suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Fail ele geçirdiği veya elinde bulundurduğu başkasına ait banka veya kredi kartını kullanırken, bu kartın başkasına ait olduğunu, mağdurun bu kartın kullanımında rızasının olmadığını bilmeli ve bu kartı yarar sağlamak için kullanmayı istemelidir. Failin bütün bu hususlardaki yanılması suçun unsurlarında yanılma olarak değerlendirilir ve Türk Ceza Kanunu'nun 30/1. maddesi uyarınca failin kastını ortadan kaldırır. Bu suç doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilir⁷⁶. TCK 245/1. madde de belirtilen eylem açısından failin özel bir amaçla hareket etmesi aranmamıştır. Failin bu suç açısından fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olduğu belirlendiği takdirde cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuk uygunluk sebeplerini şu şekilde sayabiliriz:

- Kanun Hükmünü Yerine Getirme (TCK m. 24/1)
- Hukuka Uygun Emrin İfası (TCK m. 24/1)
- Meşru Savunma (TCK m. 25/1)
- Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)
- İlgilinin Rızası (TCK m. 26/2)

Başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu bakımından hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedeni değildir⁷⁷. Bu suç yalnızca başkasına ait bir banka veya kredi kartı kullanılarak işlenebilir. Failin suça konu olan banka ya da kredi kartı üzerinde herhangi bir hakkının olması söz konusu değildir. Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen "*meşru savunma*" ve "*kanun hükmünün yerine getirilmesi*" hukuka uygunluk nedenlerinin de gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu yönünden uygulanması mümkün değildir⁷⁸.

76 ÖZBEK, s. 105; ESEN, Sinan, **Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar- Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar**, Adalet Yayınevi, 2007, Ankara, s. 648; TAŞDEMİR, s. 320.; GERÇEKER, s. 4760.

77 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1077.

78 ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 1005.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suç yönünden, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızasının bulunması durumunda ise suçun tipiklik unsuru oluşmayacaktır⁷⁹. Kart hamilinin kartın kullanımına ilişkin rızası, tipikliği ortadan kaldıran bir unsurdur. Kanaatimizce bu suç açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin oluşabilmesi mümkün görünmemektedir. TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi açısından fail tarafından ele geçirilen ya da elde bulundurulmuş kartın rıza dışında kullanılarak maddi yararın temini şarttır. Suçun mağduru birden fazla kişi ise, bu durumda mağdurların hepsinin rızasının varlığı şarttır; yoksa suç unsurları itibarıyla oluşacaktır. Kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası, kartın kullanımından önce olmalıdır; aksi takdirde suç işlendikten sonra mağdurun rıza göstermesi suçun varlığını etkilemeyecektir⁸⁰.

C. Suça Etki Eden Sebepler

1. Şahsi Cezasızlık Sebebi Olarak Belirli Akrabalık İlişisinin Varlığı

Şahsi cezasızlık nedenleri; kanunda belirtilen kişisel bazı nedenlere bağlı olarak failin cezalandırılmaması sonucunu doğuran ve suçun işlendiği esnada mevcut olmaları şart olan hallerdir⁸¹. Şahsi cezasızlık nedeni hangi failde bulunuyorsa yalnızca ona uygulanır. Şahsi cezasızlık nedenleri, kanun koyucunun izlediği suç politikası gereğince bazı özel durumlarda faile ceza vermek istememesinin neticesinde ortaya çıkmıştır. Şahsi cezasızlık nedeninin varlığı eylemin haksızlığını gidermeyip yalnızca failin cezalandırılmaması ya da daha az ceza almasını sağlar⁸². 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245/4. maddesinde açıkça ilk fıkrada düzenlenen inceleme konumuz olan başkasına ait banka veya kredi kartını kullanarak haksız yarar sağlama suçunun; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy -altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden

79 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 855.; ERDOĞAN, s. 318.; YILMAZ, s. 369.; Özbek, Veli Özer, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu(TCK m.245)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s. 1034.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 1005.; APAYDIN, Cengiz, *Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku*, Acar Matbaacılık, İstanbul, 2017, s. 427.

80 TAŞDEMİR, s. 327.; KOÇ, s. 102.

81 HEİNRİCH Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, Editör: ÜNVER, Yener, Adalet yayınevi, 2014, Ankara, s. 412.

82 ÖZEN, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 653.; SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 661.



birinin, evlat edinen ya da evlâtlığın zararına olarak işlenmesi hâlinde suçu işleyen ilgili akrabaya ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece yasal düzenleme uyarınca; bazı akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebebi olarak öngörülmüştür.

Başkasına ait banka veya kredi kartını kullanarak haksız yarar sağlama suçunun yukarıda belirtilen akrabalık ilişkisi olan kişiler ile birlikte başka failer tarafından da iştirak halinde işlenmesi durumunda, şahsi cezasızlık nedeninden yalnızca mağdur ile akraba olan fail yararlanabilecektir. TCK'nun 245/1. maddesindeki suç, malvarlığına karşı işlenen suçlara benzetilerek şahsi cezasızlık nedenine burada da yer verilmiştir; ancak TCK 245/4. maddede yer alan akrabalık ilişkileri faile verilecek cezada indirim neden olmayıp, cezayı tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu suç ile ilgili olarak, TCK'nun 167/2. fıkrasında olduğu gibi bazı akrabalık ilişkilerinin cezada indirim nedeni olarak belirtilmemesi önemli bir eksikliktir. Bu fıkraya benzer bir hüküm kanun koyucu tarafından TCK'nun 245. maddesine eklenerek cezada indirim nedeni olabilecek kişisel durumların düzenlenmesi suretiyle oluşan eksikliğin giderilmesi oldukça isabetli olacaktır.

Kanaatimizce bu konuyla ilgili olarak şu hususa da değinilmesi gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu açısından Türk Ceza Kanunu'nun 245/4. maddesindeki yasal hükümlerle, failin belirli akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebepleri olarak öngörülmüştür. Özellikle kayın hısımlığı açısından değerlendirme yapıldığında bu hısımlığın evlilik ile kurulmasından sonraki süreçte evliliğin ortadan kalkması halinde bile kayın hısımlığına dayanan üstsoy-altsoy ilişkisi nedeniyle kanunda öngörülen şahsi cezasızlık nedeni uygulanacaktır. Eşler arasındaki evlilik ilişkisi sona erdiğinde ya da evlilik birliği devam etmesine rağmen eşler arasında ayrılık kararı verildiğinde eşlerin birbirlerine karşı TCK'nun 245/1. maddesinde düzenlenen eylemi gerçekleştirmeleri halinde cezalandırılmalarına rağmen; kayın hısımlığına dayalı altsoy-üstsoy ilişkisi sebebiyle şahsi cezasızlık nedeninin uygulanması ceza adaletine uygun düşmemektedir. Ayrıca kardeşler arasında bu suçun işlenmesi durumunda şahsi cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi bakımından "aynı konutta yaşama" şartı aranmaktayken, kayın hısımlık ilişkisinin bu kadar geniş tutulması yerinde değildir. Bu nedenle TCK'nun 245/4. fıkrası yeniden ele alınarak, kanun koyucu bu sorunu ceza adaletine uygun şekilde gidermelidir.

2. Cezada İndirim Sebebi Olarak Etkin Pişmanlık

Etki pişmanlık; failin suçun icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra ortaya çıkarak faile verilecek cezada indirim yapılmasını gerektiren veya failin hiç cezalandırılmamasını sağlayan hallerdir⁸³. Etkin pişmanlık durumu suç tamamlandıktan sonra meydana gelir ve bunun sonucunda suçun faili olan kişiye ceza verilmez ya da verilecek ceza miktarında indirim yapılır. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, etkin pişmanlıktan yalnızca pişmanlık gösteren fail yararlanabilecektir. Etkin pişmanlık 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir⁸⁴. 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda etkin pişmanlık kurumu; niteliği uygun olan bazı suçlar açısından failin işlediği suçun tamamlanmasından sonra cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasına neden olan şahsi bir sebep olarak kabul edilmiştir⁸⁵. Türk Ceza Kanunu'nun 245/5. maddesindeki; *“Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.”* şeklindeki hüküm ile inceleme konumuz olan suç yönünden etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 5560 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile TCK'nun 245. maddesine eklenen bu fıkra uyarınca fail tarafından başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kullanılarak haksız yarar sağlanması fiili işlendiğinde, şartlar gerçekleştiği takdirde fail açısından etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. Etkin pişmanlık durumunda faile uygulanacak ceza tamamen ortadan kalkmamakta yalnızca cezada indirim yapılmaktadır.

5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinde malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda etkin pişmanlık kurumu, suç sonrası pişmanlık olarak kabul edilerek değişik suç tipleri için ayrı ayrı öngörülme suretiyle bir tür şahsi indirim veya cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir⁸⁶. TCK'nun 168. maddesi kapsamında, failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar sırasıyla; a) suçun tamamlanmış olması, b) failin, suça azmettirenin veya yardım eden kişinin bizzat pişmanlık göstererek, mağdurun uğradığı zararı aynen geri vermesi ya da tazmin suretiyle gidermesi; kısmen geri verme durumu söz konusu

83 ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 586.

84 CENTEL, Nur/ZAFER,Hamide/ÇAKMUT,Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası**, Beta, 2017, İstanbul, s. 478.

85 ARTUK/GÖKCEN, s. 635.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 1008.

86 ERDOĞAN, s. 314.



ise mağdurun bu duruma rıza göstermesi, c) kovuşturma başlamadan önce ya da eğer suç yönünden kovuşturma başlamış ise hüküm verilmeden önce aynen iade veya tazminin gerçekleşmesi koşullarıdır⁸⁷. Suçun tamamlanıp tamamlanmadığı (haksız yararın sağlanmış olması) hususu etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi açısından önem taşımaktadır. Etkin pişmanlık kurumu; failin eylemi gerçekleştirip netice oluştuktan sonra suçtan kaynaklanan zararı pişmanlık duyup gidererek işlediği suçun etkilerini ortadan kaldırmasıyla uygulanabilecektir. Failin herhangi bir pişmanlık göstermediği olaylarda etkin pişmanlıktan yararlanılması söz konusu değildir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır⁸⁸. Bu durumda fail suçu işlediği sırada kendiliğinden icra hareketlerine son verirse ya da icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra suçun tamamlanmasını önlerse TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması söz konusu olabilecektir.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu teşebbüs hususunu 35. maddesinde hüküm altına alırken 765 sayılı Kanun'daki düzenlemenin aksine olarak eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımı yapmamıştır⁸⁹. Yeni TCK sistematüğinde teşebbüsün unsurlarını; olayda suç işleme kastının olması, fail tarafından işlenmek istenen suçun icrasına yönelik olarak elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlanması ve suçun tamamlanamamasının failin elinde olmayan bir nedenden dolayı gerçekleşmesi olarak saymak mümkündür. Failin eylemi teşebbüs aşamasında kaldığında tamamlanan suça göre daha az cezaya hükümlenacaktır. Suçun tamamlanamayıp teşebbüs derecesinde kaldığı hallerde kişiye ceza verilirken hâkime geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Somut olay adaletinin sağlanabilmesi açısından bu yetkinin keyfilikten uzak bir biçimde meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre kullanılması gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen başkasına ait banka veya kredi kartının kullanılarak haksız yarar sağlanması suçu, yararın elde edildiği anda tamamlanacaktır. Fail tarafından elde edilen

⁸⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7355-7358.

⁸⁸ KOÇ, s. 118., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7356.

⁸⁹ TOZMAN, Önder, *Suçta Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara, s. 47.

bu yararın üzerinde tasarrufta bulunulması şart değildir⁹⁰. Suçun hareket kısmı başkasına ait kartın rıza dışı kullanılması, neticesi ise yararın elde edilmesi olduğu için; failin suça konu banka veya kredi kartını kullanması ancak elinde olmayan bir nedenden ötürü yararın sağlanamaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır⁹¹. Bu durumda TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca faile verilecek cezayı hakim, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleyecektir.

2. İştirak

TCK'nın 245. maddesinin ilk fıkrasında hüküm altına alınan suç, iştirak durumu açısından farklı bir özellik göstermez. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37., 38., 39., ve 40. maddelerinde düzenlenen iştirake ilişkin genel kurallar bu suç yönünden de uygulanacaktır.

Failler tarafından banka veya kredi kartı suç teşkil etmeyen bir şekilde ele geçirilerek kart hamilinin rızası dışında kullanılmak suretiyle yarar sağlanmışsa bu durumda sadece TCK m. 245/1'de öngörülen suça iştirak hali olacaktır; ancak kartın ele geçirilmesi farklı bir suçu oluşturuyor ise ve faillerin iştirak iradesi bu suçu da kapsıyorsa o zaman hem kartın ele geçirilmesi için işlenen suç hem de TCK m. 245/1'de düzenlenen suç için iştiraken sorumluluk doğacaktır⁹². Kartı elinde bulunduran kişi, iştirak iradesi olmayan ve kartın hukuka aykırı olarak kullanılacağını bilmeyen başka bir kimseyi kartın kullanılması konusunda ikna ederse bu durumda kartı kullanan bu şahıs açısından suç oluşmayacaktır. Bu sonuca TCK'nın 37/2. maddesinde düzenlenen dolaylı faillik⁹³ kuralı ile de ulaşmak mümkündür⁹⁴.

3. İçtima

Fail tarafından gerçekleştirilen başkasına ait banka veya kredi kartının ele geçirilmesi ya da elde bulundurulması eylemi ayrı bir suç oluşturuyor (örneğin hırsızlık ya da dolandırıcılık gibi) ise, fail bu durumda gerçek içtima kuralları uyarınca hem gerçekleşen suç yönünden hem de TCK m. 245/1'de öngörülen suç bakımından cezalandırılacaktır. Bileşik suç

90 ERDOĞAN, s. 319.

91 ÖZBEK, s. 107.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1010.

92 OKUYUCU ERGÜN, s. 1074.

93 Türk Ceza Kanunu'nun 37/2. maddesi; "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır". şeklindedir.

94 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1011.



hükümlerinin burada uygulanması mümkün değildir. Çünkü bileşik suçun olabilmesi için biri diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olan suçların kanunda açıkça belirtilmesi şarttır. TCK'nın 245/1. maddesi açısından bu koşul gerçekleşmemiştir⁹⁵. Bu kapsamda örneğin, ATM cihazına plastik düzenek yerleştirerek kartın sıkışmasını sağladıktan sonra, yardım bahanesiyle kart hamilinin şifrelerini öğrenerek kart sahibi ATM'den uzaklaştıktan sonra onun kartını yerinden alıp kart hamilinin hesabından para çekilmesi olayında, fail hem hırsızlık suçundan hem de TCK'nın 245/1. maddesinde belirtilen suçtan gerçek içtima kuralları uyarınca sorumlu olacaktır⁹⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Fail başkasına ait banka veya kredi kartını ele geçirip, onun rızası olmadan bu kartı birden fazla kez kullanır ise aynı kişiye karşı olan eylemlerinden dolayı zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁹⁷.

E. Yaptırım ve Soruşturma Usulü

TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçun cezası üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Cezası seçimlik olmayan bu suç açısından mahkemece, fail hakkında hem hapis hem de adli para cezasına hükmedecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olmayıp resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Ancak şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı CMK'nın 171. maddesindeki takdir yetkisi çerçevesinde kamu davasını açmayabilecektir. TCK'nın 245. maddesinde öngörülen ceza miktarı dikkate alındığında, kovuşturma açısından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 246. maddesi gereğince, inceleme konumuz olan başkasına ait banka veya kredi kartının kullanılarak haksız yarar sağlanması suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacaktır. Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ise TCK'nın 60. maddesinde belirtilen iznin iptali ve müsadere tedbirleridir.

95 TANER, Fahri Gökçen, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?", *AÜHFD*, Y. 2007, C. 56, S. 2, s. 76-80.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 859.

96 OKUYUCU ERGÜN, s. 1074.

97 ŞAHBAZ, s. 2771., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 861., ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1012., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7361.

III. BAŞKALARINA AİT BANKA HESAPLARIYLA İLİŞKİLENDİRİLEREK SAHTE BANKA VEYA KREDİ KARTININ ÜRETİLMESİ, SATILMASI, DEVREDİLMESİ, SATIN ALINMASI YA DA KABUL EDİLMESİ & SAHTE OLARAK OLUŞTURULAN VEYA ÜZERİNDE SAHTECİLİK YAPILAN BANKA YA DA KREDİ KARTINI KULLANMAK SURETİYLE YARAR SAĞLANMASI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan; *"(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklindeki hükümlerle başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartının üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması ya da kabul edilmesi suçu ve sahte olarak oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka ya da kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlanması suçu düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartının üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması ya da kabul edilmesi suçu ile üçüncü fıkrada düzenlenen sahte olarak oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka ya da kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlanması suçu birbirinden farklı suçlardır. Konu bütünlüğü açısından her iki suç tipi birlikte ele alınacak ancak aralarındaki farklılıklar belirtilmek suretiyle incelenecektir.

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen suçlarda korunan hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır. Konu ile ilgili olarak inceleme konumuz olan bu maddenin 1. fıkrasının değerlendirilmesi esnasında yapılan genel açıklamalar bu fıkralar açısından da geçerlidir. Bu suçlar ile hırsızlık, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi malvarlığı değerleri koruma altına alınırken, diğer taraftan ise sahtecilik eylemlerine karşı



kamuya duyulan güven ve itibarın korunması, bilişim alanının güvenliği ile banka ve kredi kartlarına karşı güvenin sağlanması amaçlanmıştır⁹⁸.

B. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2-3. maddesi açısından suçun failinin özel bir niteliği bulunmamaktadır. Bu maddenin belirtilen fıkralarındaki suçlar, faili açısından özgül suçlardan değildir. TCK'nun 245/2. fıkrasında düzenlenen suçun faili, sahte banka veya kredi kartını üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişidir. Gerçek kişiler bu suçun faili olabilirler. Ancak tüzel kişinin temsilcisi olarak yetkilendirilen kişinin gerçekleştirmiş olduğu suça konu hareketler neticesinde (örneğin sahte kart üretiminden dolayı) tüzel kişinin yarar sağlaması durumunda tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/3. fıkrasında öngörülen suç yönünden eylemi gerçekleştiren kişi ise; sahte oluşturulan veya sahtecilik yapılan banka ya da kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veyahut başkasına yarar sağlayan kimsedir. Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başkalarının hesaplarıyla ilişkilendirerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi ile aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki bu kartı kullanarak kendisi veya başkası için yarar sağlayan kişinin aynı kimse olması halinde, fail hem ikinci hem de üçüncü fıkra gereğince cezalandırılacaktır⁹⁹. Burada failin tek bir eyleminden söz edilemeyeceği için fikri içtima hükmü uygulanmayacaktır. TCK'nun 245. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen suçlar birbirlerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olmayıp müstakil birer suç olarak öngörülmüştür.

b. Mağdur

Mağdur açısından değerlendirme yapıldığında TCK'nun 245/2. ve 3. fıkralarını ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. TCK'nun 245/2. maddesi açısından yasal hüküm altına alınan sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek suçunun mağdurunun, doktrinde bazı yazarlar kartı çıkartmak yetkisine sahip

98 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7337-7338., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 862., ŞAHBAZ, 2762., ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 1020.

99 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7338.

ilgili banka veya finans kurumu olacağını belirtmişlerdir¹⁰⁰. Yargıtay uygulamasına bakıldığında da bu suçun mağdurunun, kart henüz kullanılmaya başlanmamış ise adına kart çıkarılan kişi değil banka veya kredi kartı çıkartma yetkisine sahip banka olacağı kabul edilmektedir¹⁰¹. Ancak doktrinde Yargıtay'ın bu uygulaması eleştirilerek bankanın yanında, sahte kartın ilişkilendirildiği banka hesabı sahibinin de, suçun mağduru olduğu yönünde görüş ileri sürülmüştür¹⁰². Bu hususta ayrıca suçun işlemesi sonucunda toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır¹⁰³. İnceleme konumuz olan suç bakımından mağdur olarak hem kamu idaresini hem de sahte banka veya kredi kartının ilişkilendirildiği banka hesabı sahibini kabul eden yazarlarda vardır¹⁰⁴. Kanaatimizce TCK'nın 245/2. maddesinde düzenlenen suç aslında tehlike suçu olarak düzenlenmiş olup maddede sayılan seçimlik hareketler fail tarafından yapıldığında herhangi bir zarar oluşmasa da zarar tehlikesi suçun varlığı için yeterlidir. Suça konu seçimlik hareketlerin gerçekleşmesiyle suç tamamlandığında bankada hesabı bulunan kişi doğrudan zarara uğramayacaktır, ancak kartı çıkaran banka veya finansal kuruluşun itibarı zedelenebilecektir. Kartın kullanılmaması hususu da dikkate alındığında TCK m. 245/2'de düzenlenen suç açısından mağdur konumunda olan, gerçekte kartı çıkartma yetkisine sahip olan ilgili banka ya da finansal kurumdur.

TCK'nın 245/3. maddesi açısından durum değerlendirildiğinde ise; sahte banka ve kredi kartını kullanarak kendisine yarar sağlama suçunun mağduru, kendisine ait banka ve kredi kartında sahtecilik yapıp kullanılan kartın hamili ile bu kartı üretme yetkisine sahip banka ya da finansal kurumdur¹⁰⁵. TCK m. 245/3 'teki suç tamamlandığında mağdur sıfatını, sahte kartın kullanılması sonucunda malvarlığında zarar meydana gelen bankada hesabı bulunan kişi ile sahte kartın gerçeğini çıkarmaya yetkili banka veya finans kuruluşu alacak ve fail hakkında açılan kamu davasının kovuşturma aşamasında her ikisi de katılan olabilecektir.

100 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUĞ, s. 7339; ERDOĞAN, s. 338, DOĞAN, s. 190.

101 Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 09.04.2009 tarih ve 2009/630 Esas-4067 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 29.06.2010 tarih ve 2010/1587 Esas-7628 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 21.04.2011 tarih ve 2010/4947 Esas- 2011/2148 Karar sayılı kararı. Kararlara UYAP ortamından ulaşılmıştır.

102 ÖZBEK, s. 109.

103 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 863.

104 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar**, 2016, Us-A Yayıncılık, Ankara, s. 462.

105 GERÇEKER, s. 4755., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUĞ, s. 7339; KOÇ, s. 150.



c. Suçun Konusu

TCK'nın 245/2. maddesinde düzenlenen suçun maddi konusu, gerçek bir banka hesabıyla ilişkilendirilerek üretilen, satılan, devredilen, satın alınan, kabul edilen sahte banka veya kredi kartı ya da kartlarıdır. Burada TCK m. 245/1'den farklı olarak banka veya kredi kartının sahte olması gerekmektedir. Kart gerçek ise bu durumda ilk fıkrada belirtilen suç söz konusu olabilecektir¹⁰⁶.

TCK'nın 245/3. maddesinde düzenlenen suçun maddi konusu ise sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka ya da kredi kartıdır. Bu düzenleme tümüyle sahte olarak üretilen kartlar ile gerçek olarak üretilmesine rağmen üzerinde örneğin resim, isim, manyetik şerit değişikliği gibi çeşitli yollarla değişiklik yapılan kartları içerir¹⁰⁷. Bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suç, birinci fıkrada öngörülen suçtan ayrılan temel fark sahtecilik olgusudur¹⁰⁸.

d. Fiil ve Netice

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesindeki suçun oluşabilmesi için fail tarafından başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartının üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması ya da kabul edilmesi fiilinin gerçekleşmesi gerekir¹⁰⁹. Bu suç seçimlik hareketli bir suç olarak öngörülmüştür. Bu seçimlik hareketlerden birinin, birkaçının ya da hepsinin bir arada gerçekleşmesi durumunda bile suç bir defa işlenmiş kabul edilecektir. Bu fıkrada düzenlenen suçun gerçekleşmesi için fail tarafından yapılan seçimlik hareketler neticesinde maddi yararın elde edilip edilmemesinin herhangi bir önemi yoktur. TCK m. 245/2. maddesinde belirtilen suçun oluşumu açısından; seçimlik olarak sayılan hareketlerin konusunu oluşturan banka ya da kredi kartının başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Başkalarına ait hesaplarla ilişkilendirilmeksizin belirtilen hareketlerden birisinin yapılması durumunda ise, bu suç işlenmiş olmayacaktır¹¹⁰.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesindeki suçla ilgili olarak failin hareketleri kanunda belirtilirken "üretme", "satma", "devretme", "satın

106 ERDOĞAN, s. 338; ÖZBEK, s. 109., ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 1015.

107 DOĞAN, s. 200-201., YILDIZ, s. 289.

108 ÖZBEK, s. 112., ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 1021.

109 ERDOĞAN, s. 295; DÜLGER, *Bilişim* 2014, s. 446; DOĞAN, s. 185.

110 OKUYUCU ERGÜN, s. 1077., ŞAHBAZ, s. 2768.

alma” veya *“kabul eden”* şeklinde sayılmış ancak *“bulundurma”* hareketine yer verilmemiştir. Sahte banka veya kredi kartının bulundurulmasının TCK’nın 245/2. maddesinde düzenlenen suç oluşturup oluşturmayacağı açık olmayıp bu durum ceza hukukunun temel kuralı olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Kanun metninde sayılmayan *“bulundurma”* eylemi *“kabul etme”* kavramı içerisinde değerlendirilebilir ancak her zaman bu iki kavram birbirini karşılamayabilecektir. Failin sahte banka veya kredi kartını kabul etme kastının olmadığı durumlarda; örneğin eve misafir olarak gelen kişinin unuttuğu kartın, ev sahibi tarafından bu kişiye ulaştırılması aşamasına kadar olan süreçte ev sahibi olan kimse açısından bu suç oluşmayacaktır. Nasıl ki kanun koyucu TCK’nın 191. maddesindeki düzenlenen suçta konu eylemleri sayarken *“kabul etmek”* veya *“bulundurmak”* şeklinde ayrı ayrı her iki kavram da yer vermiş ise TCK’nın 245/2. maddesine de bulundurma kavramını ekleyerek bu konuda oluşabilecek tereddütleri gidermelidir.

Türk Ceza Kanunu’nun 245/3. maddesindeki suçun oluşabilmesi için failin; sahte olarak oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka ya da kredi kartının kullanılması yoluyla kendisine veya başka bir kimseye yarar sağlaması fiilini işlemesi gerekir¹¹¹. Bu suç açısından sadece kartın kullanılması yeterli olmayıp, aynı zamanda kartın kullanılması suretiyle yarar sağlanmış olması da gereklidir. Suçun hareket kısmı kartı kullanmak, netice kısmı ise yarar sağlamaktır¹¹². Failin yarar üzerinde tasarruf edebilme imkânına sahip olması suçun tamamlanması için yeterlidir. Suçun oluşumu bakımından failin hesabına aktardığı paraları bizzat alması şart değildir. Sahteciliğin ne şekilde gerçekleştiği ise bu suç açısından önemli değildir¹¹³.

2. Suçun Manevi Unsuru

Türk Ceza Kanunu’nun 245/2. maddesinde düzenlenen suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Fail tarafından gerçekleştirilen eylemin bilerek ve istenerek yapılması yeterlidir. Bu suçun oluşumu açısından madde metninde özel bir saike yer verilmediği için suçun olası kasıt ile de işlenmesi mümkündür. Fail; ürettiği, sattığı, devrettiği, kabul ettiği ya da satın aldığı kartın başka kişilere ait hesaplarla ilişkilendirilen sahte bir kart olduğunu bilmelidir¹¹⁴.

111 DÜLGER, *Bilişim* 2014, s. 446; DOĞAN, s. 198.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 868.

112 ÖZBEK, s. 112.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1021.

113 DOĞAN, s. 198.

114 ERDOĞAN, s. 339., ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1018., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 865., SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 665.



5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245/3. maddesindeki suçun manevi unsurunun gerçekleşebilmesi için kastın yeterli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı görüş bu suç açısından failin eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesini yeterli kabul etmiştir¹¹⁵. Diğer görüşü savunanlar ise failin özel kasta sahip olması gerektiğini belirtmişlerdir. Suçun oluşumu açısından yarar sağlama özel kastının varlığı aranmaktadır. Failin başkasına ait olduğunu bildiği banka ya da kredi kartını kullanarak veya kullandırarak mağdurun rızası bulunmadığını bilmesi ve buna rağmen isteyerek yarar elde etmesi gerekmektedir¹¹⁶. Kanaatimizce TCK m. 245/3 açısından genel kast aranmaktadır. Failin, banka veya kredi kartının sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir kart olduğunu bilmesi ve bu kartı kullanarak yarar elde etmeyi istemesi yeterlidir. Bu suç açısından failin özel bir kastla hareket ederek, suça konu eylemi gerçekleştirmesine gerek yoktur.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2 ve 3. maddesinde düzenlenen suçlar yönünden ağırlıklı olan görüşe göre, kartların kişiye özel olması ve ancak bankalardan temin edilebilme özellikleri nedeniyle hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır¹¹⁷. Buna karşın konuyla ilgili diğer bir görüş ise burada genelleme yapmanın yanlış olacağını, örneğin organize suç örgütü hakkında yapılan soruşturma sırasında gizli soruşturmacının kullanılabilmesi maksadıyla sahte kart üretilmesi ve bu sahte kartın kullanılması halinde suçun oluşmayacağını belirtmektedir¹¹⁸. Kanaatimizce bu suçlar açısından hukuka uygunluk nedenlerinin oluşabilmesi çok zordur. Ancak yine de herhangi bir şekilde genelleme yapılmadan her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

C. Suça Etki Eden Sebeppler

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2 ve 3. maddesinde düzenlenen suçlar bakımından suça etki eden herhangi bir neden bulunmamaktadır. Hâkim somut olaydaki şartları değerlendirdikten sonra TCK'nun 62. maddesinde

115 DÜLGER, s. 488; ERDOĞAN, s. 351; DOĞAN, s. 201; ESEN, s. 648., ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1022., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 869., SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 666.

116 ŞAHBAZ, s. 2770., KARAGÜLMEZ, s. 337.

117 ÖZBEK, s. 111., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 865- 869., ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1018-1022.

118 ERDOĞAN, s. 339.

öngörülen taktiri indirim nedenlerini uygulayarak adil bir şekilde sonuç cezayı belirleyecektir.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesinde düzenlenen suçun teşebbüse uygun olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüş bu suçun teşebbüse uygun olmadığını belirtmiştir¹¹⁹. Buna karşılık baskın olan diğer görüş sahipleri ise bu suçun sırf hareket suçu olduğunu, kural olarak teşebbüsün mümkün olmadığını, suçun sahte banka veya kredi kartını üretme, satma, devretme, satın alma ya da kabul etme anında gerçekleşeceğini, ancak hareketin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüsün mümkün olacağını ileri sürmektedirler¹²⁰. Kanaatimizce bu suçta teşebbüs oldukça zordur. Ancak bazı istisnai durumlarda failin hareketlerinin ayrılabilmesi koşuluyla teşebbüs söz konusu olabilir. Bu durumda fail, sahte banka veya kredi kartı üretirken elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamadığında suç teşebbüs halinde kalacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/3. maddesinde düzenlenen sahte banka veya kredi kartlarının kullanılarak yarar sağlanması suçu, teşebbüse elverişli bir suçtur. Fail bu suçu işlemek için icra hareketlerine başlar ancak elinde olmayan nedenlerle onları tamamlayamaz ise veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen yararı elde edememiş olursa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır¹²¹.

2. İştirak

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesinde düzenlenen suç iştirak açısından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu suçta iştirakin her çeşidi mümkündür¹²². Belirtelim ki, bir kişi kartı sahte olarak üretse, diğer kişi satsa, bir başkası alsa ya da birisi devredip diğeri kabul etse bu durumda iştirak söz konusu olmayıp her bir failin eylemi müstakilen suç teşkil edecektir. Ancak bu eylemlerin yapılması hususunda ilk baştan

119 ESEN, s. 650.

120 ERDOĞAN, s. 339-340; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7359., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 865., SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 665., ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 1018.

121 ESEN, s. 649; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7359, ERDOĞAN, s. 352-353., ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 1023., SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 667.

122 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7360-7361; ERDOĞAN, s. 340-341., KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 865.



itibaren failler anlaşmış iseler, eylemlerin hepsinden faillerin tamamı iştirak halinde sorumlu olacaklardır. Failin aynı sahte kartı üretmesi, satması ya da devretmesi durumunda ise seçimlik hareketli bir suç söz konusu olduğu için faile bir kere ceza verilecektir¹²³.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/3. maddesinde öngörülen sahte banka veya kredi kartlarının kullanılarak yarar sağlanması suçu, iştirak bakımından farklı bir özellik taşımayıp, bu suça genel hükümler uyarınca iştirakin her türü mümkündür¹²⁴. Sahte kartı kullanan kişi ile bu kullanım sayesinde yarar sağlayan kişilerin aynı kimseler olması şart değildir¹²⁵. Suçun bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda, fail hem TCK'nın 245/3. maddesi uyarınca hem de TCK'nın 220. maddesi gereğince cezalandırılacaktır.

3. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesinde yasal hüküm altına alınan suç bakımından, fail kartı üretmiş, satmış, devretmiş, satın almış veya kabul etmiş ise, burada suçun mağduru banka olduğundan; kaç farklı bankanın kartı varsa, o kadar suç oluşacaktır. Aynı bankaya ait birden fazla kartın olması durumunda ise, bu bankalar ile ilgili olarak kendi içinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır¹²⁶. Burada kredi kartının sahte olarak üretilmesi eylemi suç haline getirilerek, özel bir sahtecilik suçu oluşturulduğundan, failin eylemi artık özel belgede sahtecilik olarak nitelendirilemez¹²⁷. Kredi kartı sözleşmesinde sahtecilik yapılması durumunda ise failin eylemi bu madde kapsamında değil, 5464 sayılı Kanun'un 37/2. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/3. maddesinde düzenlenen, sahte banka ya da kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlama suçu da, kart sayısınca oluşacaktır. Bu kartların hepsinin aynı kişiye ait olup olmamasının bir önemi yoktur. Burada önemli olan kart sayısıdır. Fail farklı bankalara ait sahte kartları kullanarak yarar elde ederse farklı suç işleme kastıyla hareket etmiş olacak ve farklı mağdurların malvarlıklarında zarar oluşacaktır. Fail tarafından farklı bankalara ait sahte kartlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen her eylem ayrı bir suç oluşturacak ve buna göre

123 ÖZBEK, s. 7361., ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1018.

124 ESEN, s. 650., ŞAHBAZ, s. 2771.

125 TAŞDEMİR, s. 345.

126 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 7363.

127 ÖZBEK, s. 111., ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1019.

cezalandırılacaktır¹²⁸. Ancak aynı kart birden fazla defa kullanılarak yarar sağlanırsa o zaman zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir, burada kartla alışveriş yapılan işyerinin birden çok ve farklı kişilere ait olmasının önemi yoktur¹²⁹.

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen suçlar ayrı ayrı değerlendirilir; bu suçlar arasında fikri içtima kuralları geçerli değildir¹³⁰. Fail, sahte banka veya kredi kartını üretir ve aynı zamanda bu sahte olarak ürettiği kartı kullanırsa o zaman failin gerçek içtima hükümleri uyarınca hem TCK'nun 245/2. maddesi hem de TCK'nun 245/3. maddesi uyarınca cezalandırılması söz konusu olacaktır¹³¹.

E. Yaptırım ve Soruşturma Usulü

TCK'nun 245/2. maddesinde düzenlenen suçun cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasıdır. Ceza açısından seçimlik olmayan bu suç için fail hakkında mahkemece hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilecektir.

TCK'nun 245/3. maddesinde öngörülen suçun cezası ise dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıdır. Bu suç bakımından da fail hakkında mahkemece hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olmayıp resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. TCK'nun 245. maddesinde öngörülen ceza miktarı dikkate alındığında, kovuşturma açısından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Banka veya kredi kartları, günümüzde birçok alanda temel ödeme aracı haline gelerek yaşantımızda adeta vazgeçilmez bir sosyo-ekonomik olgu durumunu almıştır. Dünyada olduğu gibi ülkemizde de banka ya da kredi kartlarının kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Kişilerin malvarlıkları üzerinde doğrudan tasarruf imkanı veren bu kartların kötüye kullanılmasına yönelik eylemlerin sayısı da son zamanlarda hızlı

128 SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 667.

129 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUĞ, s. 7364.

130 YILMAZ, *Siber Suçlar*, s. 371.

131 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 866., YAŞAR/GÖKCAN/ARTUĞ, s. 7364.



artış göstermiştir. Kartlı ödemeler sisteminin kendine özgü yapısı ve hızla gelişen bilişim teknolojisiyle olan yakın ilişkisinden dolayı yasa koyucu, bu alanın işleyişinin güvenli olarak sürmesi ve kişi ya da finansal kurumların maddi zarara uğramaması için banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde yeni bir suç tipi şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlıklı 10. bölümünde düzenlenen 245. maddesinin başlığı "*Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*" olsa da aslında bu maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında korudukları hukuksal değerler, unsurları, maddi konuları ve eylemlerin karşılığında öngörülen yaptırımları birbirinden farklı olan üç ayrı suç tipi öngörülmüştür. Bu suçların işlenmesi sırasında bilişim sistemlerinin normal işleyiş düzenlerini bozan ya da engelleyen herhangi bir eylem söz konusu olmayıp; bu suçlar aslında bilişim sistemlerine yönelik olarak işlenmemektedir. Bilişim sistemi bu maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen suçlar açısından "*vasıta*" mahiyetindedir ve herhangi bir suçun bilişim sistemi aracılığıyla işlenmiş olması bu suçu "*bilişim suçu*" haline getirmeyecektir. Kaldı ki inceleme konumuz olan maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun işlenebilmesi açısından bilişim sisteminin araç olarak kullanılmasına dahi gerek yoktur. TCK'nun 245. maddesinde hüküm altına alınan üç farklı suç tipinin özelliği, aslında banka ve kredi kartlarının kullanılmasına ilişkin kartlı ödemeler sistemine yönelik olmalarıdır. Bu suçlarla korunan hukuksal değerler de göz önünde bulundurulduğunda Türk Ceza Kanunu sistematigi açısından 245. maddenin düzenlendiği yer uygun değildir. Bu nedenle aslında Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde hüküm altına alınan bu suça konu fiillerin, suç konusunun bağlantılı olduğu kartlı ödemeler sistemi ile beraber ele alınarak; bu sistemin etkin şekilde çalışmasını amaçlayan, kart hamili, kart çıkaran banka veya finans kurumları ile üye işyerleri arasındaki ilişkileri düzenleyen, banka ve kredi kartlarının tanımlarının yapılarak kartlı ödemeler sistemi içerisinde gerçekleşen bazı suçların da yer aldığı 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nda düzenlemesi daha uygun olacaktır.

TCK'nun 245. madde metni incelendiğinde yukarıda belirtilen suçların oluşabilmesi için öncelikli olarak kartın failin kendisine ait olmaması, başkasına ait olması gerekmektedir. Failin kendisine ait kartı ile yine kendisinin başka bir hesabını ilişkilendirmek suretiyle maddede belirtilen eylemleri gerçekleştirmesi halinde atılı suç unsurları itibariyle oluşmayacaktır. Ayrıca banka ve kredi kartı dışındaki kartlar ile, örneğin

telefon kartı, mağaza kartı, doğalgaz kartı, su kartı gibi kartlar üzerinde başka suçlar işlenebilir ancak TCK'nın 245. maddesinde öngörülen suç işlenemez.

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ilk fıkrasında, her ne surette elde edilmiş olursa olsun, başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartını elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası bulunmadan, o kartı kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına çıkar sağlaması eylemi düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesinde ise fail tarafından başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek, sahte banka veya kredi kartının üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması ya da kabul edilmesi fiili suç olarak öngörülmüştür.

Sahte olarak oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka ya da kredi kartının kullanılması yoluyla failin kendisine veya başka bir kimseye yarar sağlaması eylemi ise Türk Ceza Kanunu'nun 245/3. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu suç açısından sadece kartın kullanılması yeterli olmayıp, aynı zamanda kartın kullanılması suretiyle yarar sağlanmış olması da gereklidir. Suçun hareket kısmı kartı kullanmak, netice kısmı ise yarar sağlamaktır.

5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nda kredi kartının tanımı yapılırken fiziki varlığı bulunmayan kart numarasının da kredi kartı kapsamında olacağı açıkça belirtilmişken; banka kartları ile ilgili olarak bu şekilde bir tanımlama yapılmamıştır. Fail tarafından banka kartının fiziki varlığı kullanılmadan sadece kartın bilgileri kullanılarak hukuka aykırı yarar sağlanması durumunda TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suç oluşmayacaktır. Failin bu eylemi gerçekleştirmesi halinde somut olayın özelliklerine göre TCK'nın 244/4, 142/2-e, 158/1-f ya da 158/1-l maddelerinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Halbuki fail, fiziki varlığı olmayan kredi kartı numarasını mağdurun rızası dışında kullanarak da bu suçu işleyebilmektedir. Bu durum ceza yargılaması sırasında adil bir sonuca ulaşılmasına engeldir ve failler arasında ceza adaleti açısından orantısızlık oluşturabilecektir. 5464 sayılı Yasa da yapılacak değişikliklerle banka kartları açısından da "*fiziki varlığı bulunmayan kart numarası*" şeklindeki bir ifade eklenerek bu husustaki eksiklik giderilebilir.

Gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu açısından Türk Ceza Kanunu'nun 245/4. maddesinde malvarlığına



karşı olan suçlarda olduğu gibi failin belirli akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebepleri olarak öngörülmüştür. Özellikle kayın hısımlığı açısından değerlendirme yapıldığında bu hısımlığın evlilik ile kurulmasından sonraki süreçte evliliğin ortadan kalkması halinde bile kayın hısımlığına dayanan üstsoy-altsoy ilişkisi nedeniyle kanunda öngörülen şahsi cezasızlık nedeni uygulanacaktır. Eşler arasındaki evlilik ilişkisi sona erdiğinde ya da evlilik birliği devam etmesine rağmen eşler arasında ayrılık kararı verildiğinde eşlerin birbirlerine karşı TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen eylemi gerçekleştirmeleri halinde cezalandırılmalarına rağmen; kayın hısımlığına dayalı altsoy-üstsoy ilişkisi sebebiyle şahsi cezasızlık nedeninin uygulanması ceza adaletine uygun düşmemektedir. Kardeşler arasında bu suçun işlenmesi durumunda şahsi cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi bakımından "aynı konutta yaşama" koşulunun aranmaktayken kayın hısımlık ilişkisinin bu kadar geniş tutulması yerinde değildir. Bu nedenle TCK'nın 245/4. fıkrası yeniden ele alınarak, kanun koyucu tarafından bu sorun ceza adaletine uygun şekilde giderilmelidir. Ayrıca belirtilmelidir ki bu suç ile ilgili olarak yalnızca şahsi cezasızlık nedenlerine yer verilmiş olup, TCK'nın 167/2. fıkrasında olduğu gibi bazı akrabalık ilişkileri cezada indirim nedeni olarak belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu husus önemli bir eksikliktir. Bu fıkra benzer bir hükmün de TCK'nın 245. maddesine eklenmesi suretiyle eksikliğin giderilmesi isabetli olacaktır.

Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesinde düzenlenen suça konu eylem açısından değerlendirme yapıldığında diğer bir önemli yasal eksiklik ise; bu suçun hukuki bir ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı ile işlenmesi durumunda fail hakkında uygulanacak ceza yaptırımında indirim yapılmaması ya da kovuşturma şartı olarak şikayet hususunun dikkate alınmamasıdır. Özellikle öngörülen cezaların alt sınırı çok daha yüksek olan nitelikli hırsızlık ve yağma suçlarında bu hususla ilgili düzenlemeler dikkate alındığında bu eksikliğin giderilmesi ceza adaleti açısından önem taşımaktadır. Kanun koyucu bu suç bakımından geçerli olacak şekilde TCK'nın 144/1-b maddesindeki hükme atıf yaparak ya da müstakilen ayrı bir düzenlemeyi TCK'nın 245. madde metnine ekleyerek eksikliği giderebilecektir.

Banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu açısından değinilmesi gereken diğer bir husus ise; Türk Ceza Kanunu'nun 245/2. maddesinde failin suça konu olan hareketleri belirtilirken "üretme", "satma", "devretme", "satın alma" veya "kabul etme" şeklinde sayma yapılmış fakat "bulundurma" hareketine yer verilmemiştir. Sahte banka

veya kredi kartının bulundurulmasının, TCK'nın 245/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı açık olmayıp bu durum ceza hukukunun temel kuralı olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Kanun metninde sayılmayan “bulundurma” eylemi “kabul etme” kavramı içerisinde değerlendirilebilir ancak her zaman bu iki kavram birbirini tam olarak karşılamayacaktır. Failin sahte banka veya kredi kartını kabul etme kastının olmadığı durumlarda; örneğin eve misafir olarak gelen kişinin unuttuğu kartın, ev sahibi tarafından bu kişiye ulaştırılması aşamasına kadar olan süreçte ev sahibi olan kimse açısından bu suç oluşmayacaktır. Nasıl ki kanun koyucu TCK'nın 191. maddesinde düzenlenen suçta konu eylemleri sayarken “kabul etmek” veya “bulundurmak” şeklinde ayrı ayrı her iki kavrama da yer vermiş ise TCK'nın 245/2. maddesine de “bulundurma” kavramını ekleyerek bu konuda oluşabilecek tereddütleri giderebilecektir.

Banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunun işlenmesinin önlenmesi ve bu suçu işleyen failerin yakalanarak yargılandıktan sonra haklarında adil bir ceza yaptırımının uygulanabilmesi için yalnızca ulusal mevzuat çerçevesinde ülke içinde mücadele yeterli olmayıp; uluslararası boyutta da ülkeler arasında işbirliği yapılması gerekmektedir. Bu suç işlendiğinde birçok ülkede eylem sonuçları itibarıyla etkisini gösterebilmektedir. Bazı durumlarda failin gerçekleştirdiği fiilin neticesi yalnızca bir ülkede ortaya çıkmakla kalmayıp birçok ülke açısından soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir durum olmaktadır. Özellikle kart ticareti şeklinde gerçekleştirilen kart sahteciliğine ilişkin olaylarda, Türkiye’de hiçbir şubesi olmayan yabancı bankaların müşterisi olan kişilere ait bilgilerin kopyalanması suretiyle sahte kartların oluşturulması ve bu kartların kullanılması eylemleriyle karşılaşmaktadır. Bu kapsamda suçla etkili şekilde mücadele edilebilmesi açısından günümüzde ülkelerarası işbirliği zorunlu bir hal almıştır.



KAYNAKLAR

AKARSLAN, Hüseyin, **Bilişim Suçları**, Seçkin, 2012, Ankara.

AKBULUT, Berrin, **Bilişim Alanında Suçlar**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AKBULUT, Berrin BOZDOĞAN, “Bilişim Suçları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2000, C. 8, S. 1-2.

AKINCI, Hatice/ALİÇ, A. Emre/ER, Cüneyd, **Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları İnternet ve Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, İstanbul.

APAYDIN, Cengiz, **Bilişim Suçları ve Bilişim Ceza Hukuku**, Acar Matbaacılık, İstanbul, 2017.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AYDIN, Emin D., **Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş**, Ankara, Doruk Yayınları, 1992.

AYDIN, Nurullah, **Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

BAŞ, Eylem, **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Yetkin Yayınları, 2015.

BAYRAKTAR, Köksal, **Banka ve Kredi Kartlarının Doğurduğu Ceza Hukuku Sorunları**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, 2000, İstanbul.

CARLO Sarzana di S. Ippolito, “Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması, İtalya'daki Durum”, Çev.: Vesile SONAY Daragenli, İÜHFİM Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, Y. 1997, C. 55, S. 3.

CENTEL, Nur/ZAFER,Hamide/ÇAKMUT,Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası**, Beta, 2017, İstanbul.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2003, S. 3.

DOĞAN, Ramazan, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul, 2007, s. 355

DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onaltıncı Bası, İstanbul, 2001.

DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları**, Seçkin, Ankara, 2014, s. 73(Bilişim 2014).

DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 251 (Bilişim 2004).

EKER, Ö. Umut, "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları", **TBB Dergisi**, Y. 2006, S. 62.

ERDOĞAN, Yavuz, **Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları**, Legal, 2012.

ERGÜN, İsmail, **Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

ESEN, Sinan, **Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar- Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar**, Adalet Yayınevi, 2007.

GERKÇEKER, Hasan, **Yorumlu&Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Güncellenmiş 2. Baskı**, Seçkin, 2014.

GÜL, Ahmet, **Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları**, Seçkin, Ankara, 2016.

GÜNARSLAN, Yüksel, **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Seçkin, 2017, Ankara.

HEİNRICH Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım-I**, Editör: ÜNVER, Yener, Adalet yayınevi, 2014, Ankara.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, 2016, Us-A Yayıncılık, Ankara.

İLHAN, Abdulkadir/EREL, Kemalettin/FAZLA, Yüksel/ÖRER, Fatma Betül/ÇAKIL, Dursun/KÖSE, Mehmet/HALİTOĞLU, Coşkun/BOZOĞLU, Süleyman/KURŞUN, Ömer Faruk/KIR, Oğuzhan, **Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları (2005-2015)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

KARAGÜLMEZ, Ali, **Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri**, Seçkin, 2013.



KATOĞLU, Tuğrul, “*Banka ve Kredi Kartlarının Kullanımı İle İlgili Suçlar*”, **Hukuki Açıdan Banka Kartı ve Kredi Kartı Sempozyumu**, 23-25 Ekim 2009, Bankalara arası Kart Merkezi (BKM) Yayını.

KETİZMEN, Muammer, **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, 2008.

KOÇ, Ziya, **TCK'nın 245. Maddesinde Düzenlenen Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş **4. Baskı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

KURT, Levent, **Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması**, Seçkin, 2005, Ankara.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, İstanbul, Y. 2001, C. 60, S. 1-2.

MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, C. 2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.

NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması”, **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, s. 1067, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000641> Erişim Tarihi: 25.11.2016.

ÖNDER, Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZBEK, Veli Özer, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu”, **9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı**, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı**, Seçkin, Ankara, 2019.

Özbek, Veli Özer, “*Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu(TCK m.245)*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s. 1034.

ÖZDİLEK, Ali Osman, **Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları Ve Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

PALLI, Hayati, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008.

SANKUR, Bülent/ISTEFANOPULOS, Yorgo, **Elektrik Elektronik Bilgisayar Mühendisliği Terimler Sözlüğü**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1997.

SOYASLAN, Doğan, **“Bilişim Alanında Suçlar”**, Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, C. 2, Ankara, 2009.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Güncelleştirilmiş 11. Baskı**, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara.

SUNGUR, İlhan, **Türkiye’de Banka ve Kredi Kartları Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi**, Bankalararası Kart Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013.

TANER, Fahri Gökçen, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?”, **AÜHFD**, Y. 2007, C. 56, S. 2.

TAŞDEMİR, Kubilay, **Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları**, Ankara, 2009.

TAŞKIN, Şaban Cankat, **Bilişim Suçları**, Beta, Bursa, 2008.

TEOMAN, Ömer, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması 2. Bası**, İstanbul, 1996.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Güncellenmiş 17. Baskı**, Seçkin, Ankara, 2019.

TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara.

ÜNVER, Yener, **İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternetteki Takibi**, Seçkin, 2014.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı**, Adalet Yayınevi, 2014, Ankara.



YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, **Bilgisayar Suçları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997.

YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2005, C. 2, S. 2.

YETİM, Sedat, **Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri**, SPK Yayınları, 1997.

YILDIZ, Mehmet Emre, **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

YILMAZ, Sacit, **Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar**, Adalet Yayınevi, 2016, Ankara.

YILMAZ, Sacit, “Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu”, **TBB Dergisi**, Y. 2010, S. 87.

YENİSEY, Feridun/Plagemann, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) Genişletilmiş 2. Baskı**, 2015, İstanbul, Beta.

YILMAZ, Eyüp, **Türkiye’de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri**, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2000.



AVRUPA BİRLİĞİ YOL AYRIMINDA MI?

(Is the European Union at a Crossroads?)

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA¹

ÖZ

AB günümüzde Brexit, dış ticaret politikası alanlarında doğan krizlerle mücadele etmektedir. AB bu bağlamda krizlerin etkin şekilde üstesinden gelinmesini temin eden demokratik bir model arayışı içindedir. Makalede bu arayış içinde oluşturulan AB'nin demokratik temellerini güçlendiren, ancak sürecin tıkanmasına yol açma olasılığı olan yeni çözüm mekanizmalarının AB'de yaşanan güncel krizlere uygulanması değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Ekonomik alanı, Westminster demokrasisi, istikrar ve büyüme paktı, Avrupa İstikrar mekanizması, Dublin Hukuku, Doha Round, Uruguay Round, serbest ticaret anlaşması, karma anlaşmalar.

ABSTRACT

The EU is struggling with crises of Brexit and foreign trade policy at the present time. In this context, the EU is in the search of a democratic model which enables to overcome the crises efficiently. In accordance with this purpose, new solution mechanisms having a potential to undermine the process that aims to strengthen the EU's democratic structure will be examined in this article.

Keywords: European Economic Area, Westminster democracy, The Stability and Growth Pact, The *European Stability Mechanism*, Dublin Regulation, Doha Round, Uruguay Round, Free Trade Agreement, Mixed Agreement.

¹ Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr; mahmutarsava@hotmail.com, ORCID: 0000-0003- 2275-7664

GİRİŞ

AB'nin Brexit, dış ticaret politikası, Ekonomik ve Parasal Birlik, ortak mülteci politikası alanlarında “daima daha sıkı Birlik” amacı tehlikeye girecek şekilde kriz içinde olduğu görölmektedir. Söz konusu sorunların nedenleri ve günümüzdeki çözüm girişimleri makalenin konusunu oluşturmaktadır.

I. BREXİT

İngiltere’de AB’de güven krizinin ifadesi olarak 23 Haziran 2016’da gerçekleştirilen halk oylaması bağlamında AB’nin, özellikle AB Komisyonu’nun anlamsız düzenlemelerle AB yurttaşları ile diyalogun kopmasına yol açtığı eleştirisi yapılmıştır. Bu eleştirilerde ancak AB çalışmalarında üye devletlerin AB’nin temel dayanağı olduğunun ve üye devlet hükümetlerinin AB yasama prosedürlerinde önemli role sahip olduğunun göz ardı edildiği görölmektedir. AB kurumları bakımından tasarrufları ve başarıları konusunda üye devlet yurttaşlarına bilgi vermede erişim zorluğu bulunmaktadır. Enformasyon aktarımı üye devletlerde hükümetler üzerinden sağlanmaktadır; hükümetler başarıları kendi hanelerine yazma stratejisi uygularken, olumsuz gelişmeleri haklılığını savunma olanağı olmayan AB’ye yüklenme stratejisi uygulamaktadır. Bunun ötesinde olağanüstü karmaşık supranasyonal hukuk düzeni ve anlaşmalarda sınırlı yetki prensibi öngörölmekle beraber AB Adalet Divanı yorumları ve subsidiarite (*yetki ikâmesi*) prensibi muvacehesinde genişletilen yetkileri ile AB tereddüt yaratmaktadır.²

AB son yıllarda birçok üye devletteki olası tüm yetersizliklerden sorumlu tutulmaya başlanmıştır. Üye devletlerde siyasi partiler arasındaki rekabette AB başarısızlıklarının nedeni olarak kolay bir hedef olmaktadır. Özellikle aşırı gruplar geleceğe ilişkin ve küreselleşme kaygıları nedeniyle AB’ni referans noktası olarak dile getirmektedir. Giderek daha karmaşık hale gelen teknoloji dünyasında eğitim ve bilgi olarak üstün nitelikli bireylerin sınırları olmayan iç pazarda bu niteliklere sahip olmayan bireylere rekabet üstünlüğü de mağdur olma potansiyeline sahip bireylerin AB’ne yaklaşımını etkilemektedir. Küreselleşme Avrupa’da da bireylerin kayıplarına yol açmaktadır. Bu sayı ancak abartılacak bir sayı olarak tespit edilmemektedir. Geniş bir orta sınıf küreselleşme kazanımlarını tasasız seyreden elitler

2 ROTH, Günther H., *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Zusammenfassung und Schlussfolgerungen*, bknz.: Günther H.Roth/Peter Hilpold (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, 2008, s.561-607

kategorisinde yer almamaları nedeniyle kendini sürecin kaybedeni olarak görmektedir. Siyasetçilerin ve medyanın konuyu gündemde tutmalarının sonucu olarak orta sınıfın büyük bir kısmı Brexit örneğinde olduğu gibi küreselleşmenin gerçekten kaybedenlerine destek olmaktadır. Brexit için oy veren orta sınıf mensupları ancak küreselleşmenin ve iç pazarın kendi refahlarındaki dolaylı etkilerini görmezlikten gelmektedir. Orta sınıf mensuplarının küreselleşmenin kazananı olmasa da iç pazarın ve AB'nin liberal dış ticaret rejiminin AB'de ekonomik büyümeye ne ölçüde katkı yaptığını inkâr etmeleri mümkün değildir. İngiltere'nin AB'den çıkması yapılan ciddi çalışmaların gösterdiği üzere ekonomik büyüme üzerinde olumsuz etki yapacaktır. Avrupa Merkez Bankası başkanı Draghi Euro alanında 2016'da %0.1, 2017'de % 0.2, 2020'ye kadar %0.5 ekonomik büyümede geriye gidiş olacağını ifade etmiştir.³

AB'de büyümenin olmaması en önemli kriz nedenidir. Söz konusu istatistiksel rakamlar bunun sonuçlarının olduğuna işaret etmektedir. İngiltere bakımından bu etkilerin daha büyük olacağı düşünülmektedir. Sterlinin zayıflamaya devam etmesi başlangıçta ihracatı teşvik etse de, uzun vadede negatif sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. İngiltere büyük ölçüde ithalata bağımlıdır. Özellikle hammadde alanında ve buna ilave olarak dış borçlanmada İngiltere'nin borç ödeme yeteneğini zorlayan sonuçlar doğurması mümkündür. İngiltere'nin AB ile gelecekte nasıl bir ilişki içinde olacağı ise henüz açıklığa kavuşmamış bir konu olarak gündemdedir. Bu çerçevede birçok modeller önerilmekle beraber, İngiltere-AB ilişkisinin özellikleri nedeniyle bu modellerin hiç birisi yeterli görülmemektedir.⁴ Başlangıçta analizciler tarafından öncelikle AB'ne istinat ve iç pazar özgürlüklerinin üstlenilmesi ile karakterize edilen Norveç modeli (Avrupa Ekonomik Alanı modeli) düşünülmüştür. Bu şekilde İngiltere ve AB arasında fonksiyonel olarak işbirliği mümkün olabilecektir. Ancak bu modelin AB'den ayrılan devlete sadece zarar verme potansiyeline sahip olması nedeniyle Brexit'in anlamının sorgulamasına neden olacağını göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu model siyaseten gerçekleştirilebilmesinden bağımsız olarak İngiltere bakımından ihdasında yetki kullanmadığı AB yasama tasarruflarını icra etme yükümlülüğü doğuracaktır. Diğer taraftan bu model kişilerin

3 http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2016-06-28/draghi-brexit-rallentera-crescita-euro-zona-impatto-pil-fino-05percento-occorre-risolvere-problemi-banche-192457.shtml?uid=AOXO5nk&empid=n1_7+oggi_sole14ore.com (29.01.2021)

4 Norveç modeli, Avrupa Ekonomik Alanı modeli, İsviçre modeli, Kanada modeli, Dünya Ticaret Örgütü modeli, Avustralya modeli bu modellerden bazılarıdır ("Brexit: Zurücklehnen ist gefährlich", bkzn.: Die Presse, 3-4.12.2016, s.6)



serbest dolaşımı alanında istisna tanımamaktadır. Oysa kişilerin serbest dolaşımı Brexit kararında en önemli neden olarak mütalâa edilmiştir. İngiltere başbakanı Theresa May bu bağlamda açıkça bu koşullar altında iç pazarda kalamayacaklarını ifade ederek kişilerin serbest dolaşımının Brexit kararının en önemli nedeni olduğunu ortaya koymuştur. Kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili bir sınırlama iç pazarla bağdaşmamaktadır ve bu nedenle de iç pazarın doğuracağı sonuçlardan kaçınmak mümkün değildir. Referandum sonuçlarının ilan edilmesinin hemen arkasından AB tarafından seçimlik bir iç pazarın bu nedenle hoş görülmeceği yolunda açıklama yapılmıştır. Bu yaklaşımla çelişkili olarak AB tarafından bu alanda ancak daha önce tavizler verilmiştir.⁵ 28 üye devlet hükümet başkanının hukuken bağlayıcı ve geri alınmaz şekilde aldıkları kararlar İngiltere'nin AB'de güçlendirilmiş özel statüsü kabul edilmiştir. Varılan söz konusu mutabakata göre Birliğin değerlerini tehlikeye sokmama kaydıyla İngiltere'nin özel statüsünün dikkate alınacağı kabul edilmiştir.

İngiltere'nin Avrupa Ekonomik Alanına katılımının ise diğer EFTA üyesi devletlerin söz sahibi olduğu tamamen yeni bir çerçevede ele alınması gerekmektedir. Brexit savunucularının AB Adalet Divanı'nın genişletici yorum yöntemini uyguladığı içtihatlarına yaptıkları atıflarla ulusal egemenliğin yeniden kazanılması üzerinde durdukları görülmektedir. Avrupa Ekonomik Alanı'na katılım bu sorunu daha da tırmandırma potansiyeline sahiptir. AB Adalet Divanı ve EFTA mahkemesi arasında iş birliği retoriği vurgulanmakla beraber hukuki olmasa da, fiilen AB Adalet Divanı'nın üstünlüğü söz konusu olacaktır.⁶ EFTA mahkemesinde İngiltere'nin yer alması mahkemeye yeni bir ağırlık katsa da egemenlik hakları bakımından bu katılımın İngiltere'ye bir yararı olmayacaktır. Tamamen tersine İngiltere'nin entegrasyon eleştirileri ile AB'den ayrılması AB Adalet Divanı'nın hattâ daha entegrasyon yanlısı bir yaklaşım sergilemesine yol açabilecektir. Bu tablo Brexit'e neden teşkil eden sorunların AB içinde, AB dışında olmaya nazaran daha rahat çözümünün söz konusu olabileceği gibi bir durumu ortaya koymaktadır.

Göze çarpan diğer işbirliği şekilleri İngiltere'nin hedeflediği amaçları gerçekleştirme ve İngiltere'nin pozisyonunu özellikle AB-üyeliğine nazaran güçlendirme bakımından uygun gözükmemektedir. AB ile iki taraflı anlaşmalar yapılmasına dayanan İsviçre modelinde öngörülen iç pazara sektörel katılımın yararı bir taraftan İngiltere'nin EFTA

5 bkz.: Avrupa Konseyinin 18/19.02.2016 tarihli, EUCO 1/16 Schlussfolgerung

6 HAUSEN, Christof H., **Das grundsätzliche Verhältnis der Rechtsprechung von EuGH und EFTA-Gerichtshof**, bkz.: RIW 1998, s.842 vd.



devletlerinin desteğinden bağımsız olmasını, diğer taraftan da EFTA devletlerinin İngiltere'den destek bekleme durumunda olmamasını sağlayan bir model olmasından ileri gelmektedir. İngiltere gerek müzakereler, gerekse yeni ilişkiler ağına girme bakımından tamamen bağımsız olacaktır. AB'nin ancak bu bağlamda cazip bir örnek durum yaratarak üyelikten çıkma konusunda diğer üye devletler için özendirici olmaması; ayrıca kişilerin serbest dolaşımı konusunu kesinlikle müzakere konusu yapmaması gerekmektedir. Buna ilave olarak ikili anlaşmaya esas alınan ve geliştirilmeye devam eden AB hukukunu icra yükümlülüğü ve katkı payı ödemesi devam edecektir. İngiltere Brexit ile birlikte kendi hukuk düzenini şekillendirme bağlamında serbesti kazanırken, iktibas ettiği AB hukuku bakımından herhangi bir etki yapma olanağı olmaksızın bu hukukun gereğini yerine getirme mükellefiyeti altına girecektir.

İlk bakışta "Kanada modeli" olarak isimlendirilen serbest ticaret anlaşmaları da cazip bir model olarak gözükmemektedir. Bu çerçevede tüm iş birliği alanlarının ötesinde duruma uygun çözümlerin bulunması gerekmektedir. Prensip olarak büyük ölçüde ticaret engelleri kaldırılırken hassas alanlarda uzlaşılan sınırlamalara devam edilmesi kararlaştırılmaktadır. Sadece gümrüklerin, ticaret sınırlamalarının tamamının ortadan kaldırılması değil, aynı zamanda işçilerin serbest dolaşımının, yerleşme serbestisinin ve mesleki yeterliliklerin tanınmasına matuf olarak Dünya Ticaret Örgütü (+) modelinin uygulaması kabul edilebilir. Buna paralel olarak kapsamlı şekilde yatırımların korunması düzenlemeleri kararlaştırılabilir. Bu bağlamda da sınırlı olarak kimi alanlarda tasarruf olanağının kazanılması karşısında iç pazar modeline nazaran çok sayıda sınırlamalar getiren bu modelin tercih edilmesinin rasyonel bir açıklamasının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir (Dünya Ticaret Örgütü Hukukunu Avustralya'ya uygulayan model). Bu model tarife dışı ticari engellerin yeniden uygulamaya konulması, koordine edilen ekonomi politikasının kaldırılması nedenleri ile bağlantılı olarak münferit yatırım koruma anlaşmalarının yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu çerçevede Brexit'e reaksiyon olarak İngiltere'ye karşı yeni bariyerler oluşturulabilir. Bu bariyerlerin gerekli olduğu takdirde Birliğe komşu ülkelerle özel ilişkiler geliştirme mükellefiyeti getiren AB anlaşmasının 8.maddesine göre yumuşatılması mümkündür. Bunun ötesinde bu modelin oluşturulması ve yönetimi için doğacak masrafların da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. AB-İngiltere ilişkisinde bu modellerden herhangi birinin 2020 sonuna kadar müzakereler sonucu uygulanamaması halinde taraflar arasında Brexit 'in anlaşmasız gerçekleşmesi söz konusuydu.



Brexit belli bir noktaya kadar spesifik olarak İngiltere'nin sorunu olarak mütalâa edilebilir. 2004'de AB'nin doğuya genişlemesi esnasında kişilerin serbest dolaşımı konusunda İngiltere'nin bir geçiş dönemi talebi yapmaktan feragat etmesi İngiltere'nin doğu Avrupa'da güçlü şekilde yer edinmesinde rol oynamıştır; şu anda AB ülkelerinden gelen 3.3 milyon AB yurttaşı İngiltere'de yaşamaktadır.⁷ Brexit ilk bakışta İngiltere'nin problemi olarak gözükmekle beraber, gerçek bir Avrupa problemi söz konusudur.

Referanduma ilişkin analizlerin ortaya koyduğu üzere İngilizler Brexit referandumunda yaşları itibarı ile farklı tutum sergilemiştir. Genç, eğitim itibarıyla nispeten daha üstte bulunan, geleceğini küreselleşmiş dünyada arayarak şekillendirme şansı olan kesim ağırlıklı olarak oyunu AB'de kalmak için kullanmıştır. Kısa vadeli planlama yapan yaşlı, yazılı medya üzerinden bilgi edinen AB'ye düşman yahut kuşkulu bakan kesim ise buna karşılık Brexit yanlısı olarak oy vermiştir. Brexit kararı kuşaklararası bir problemin ifadesi olarak ve tüm AB üyesi devletlerde ortak özellik olarak görülen İngiliz halkının yaşlanmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Brexit kararının kapsamlı sonuçları bulunmaktadır. Brexit kararı dinamizm ve inovasyon heyecanının azalması, kaybolması gibi özellikle gelişen bölgeleri etkileyen sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. AB'nin diğer üyelerinde AB'den çıkma iradesinin ortaya konulmamasının bir nedeni de hükümetlerin Brexit'in İngiltere'nin birçok alanda rekabet pozisyonunun olumsuz etkileneceğinin görülerek bu tecrübeden ders almasından ileri gelmektedir.⁸ Brexit kararı ile İngiliz halkının %52'si sadece kendi kaderini değil, %48'in kaderini de bu şekilde belirleme durumuna gelmiştir. İngiliz hükümetinin sadece siyasi bağlayıcılığı olan Brexit oylamasının hukuki sonuçlar doğurmasını belli bir oy oranına bağlamaması önemli bir hata olarak görülmektedir. Diğer taraftan İngiltere'nin demokrasi yaklaşımında çoğunluk kararının kabul edildiğinin ve 50+1 kuralının genel olarak saygı gördüğünün göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Dünya çapında tüm demokrasi modelleri için dayanak alınan Westminster demokrasisi olarak nitelendirilen söz konusu demokrasi modelinde İngiltere dâhil olmak üzere birçok devlette günümüzde olabildiği kadar geniş halk gruplarının temsilini sağlayan ve hangi büyüklükte olursa olsun azınlığın tahakkümünü önleyen "uyumlu demokrasi" olarak isimlendirilen demokrasi modeli ortaya

7 [http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik.brexit-und-zuwanderung-der-ruf-nach-mehr-kontrolle.\(d.88969\)](http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik.brexit-und-zuwanderung-der-ruf-nach-mehr-kontrolle.(d.88969)), 29.01.2021

8 CRAIG, Paul P. **Brexit: What Next ? : A Drama in Six Acts**, bknz.: ELR 2016, s.447-468



çıkmuştur. Bu bağlamda olmasa da bir refah modelinin gerçekleşmesi için genel anlamda kapsamlı bir çıkar dengesinden hareket edilmektedir. Bir grup için iyileşmeler getiren toplumsal değişimlerin diğer grubun pozisyonunu değiştirmemesi için ülkedeki refahı bütünüyle yükselten adil bir dengenin sağlanması gerekmektedir.⁹

Bu çerçevede ele alınması gereken bir konu da Brexit oylamasına kadar açık bir şekilde ele alınmayan doğrudan demokrasi, halk oylamaları konusudur. Halk oylamaları, doğrudan demokrasi, gerçek demokrasi olarak kabul edilirken, temsili demokrasinin sadece doğrudan demokrasinin masraflı, zahmetli olması, pratik olmaması nedeniyle uygulanan ikame edici zayıf bir demokrasi modeli olduğu kabul edilmektedir.

Brexit oylaması ancak halk oylamasının tehlikeli boyutunu yeniden ortaya koymuştur. Bu denli karmaşık bir entegrasyon yapısının yararlarının ve zararlarının, hukukçuların ve ekonomistlerin dahi değerlendirmekte zorlandıkları konular olarak geniş bir halk kitlesi tarafından değerlendirilmesi mümkün olabilir mi? Bu yaklaşım elit bir demokrasi yaklaşımını değil, teknik olarak karmaşık konuların halk oylaması için uygun olmadığını dile getirmektedir. Dolaylı demokrasi, çoğunluk ve azınlık arasında çok daha fazla denge olanağına sahiptir. Parlamento platform olarak referanduma nazaran evet-hayır oylarıyla çözüm bulma konusunda daha başarılıdır.¹⁰ Bu çerçevede referandum konuları arasında da ayırım yapılması önemlidir. Brexit oylaması açık şekilde teknik nitelikli ekonomik konulara yönelik yapılmıştır. Buna karşılık kimi politikalar için örneğin, genişleme politikası bağlamında AB'nin geleneksel sınırlarını aşan, AB kurumlarının kimliği ile ilgili sonuçları olan bir konuda oylama yapılması doğrudan AB kimliği ile ilgili bir konu olarak kimi hukukçular tarafından hattâ gerekli mütalâa edilmiştir.¹¹

Brexit'in gerek eski güçlü kimliğini bulma anlamında İngiltere için, gerekse AB için iyi sonuçlar doğuracağını varsayan karşı görüş temsilcileri de bulunmaktadır. İngiltere ve AB arasında başlayacak yeni rekabet İngiliz ekonomisini güçlendirmek ve İngiltere'nin uluslararası ekonomik ilişkilerde bağımsızlığını sağlayacaktır. Ancak rekabet yeteneğinin

9 HICKS, John Richard **The Foundations of Welfare Economics**, bkzn.: Economic Journal, 1939, s.696-712

10 GREVEN, Ludwig, Sind die Völker verrückt geworden?, bkzn.: Die Zeit Online, 6.10.2016, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-10/direkte-demokratie-volksabstimmungen-referendum-Kolumbien-breit-volksinitaven> (24.01.2017)

11 AUER, Andreas, **The people have spoken: abide? A critical view of the EU's dramatic referendum (in) experience**, bkzn.: European Constitutional Law Review 2016, s.408-597

güçlenebilmesi için gerekli reformların yapılmasında İngiltere'nin yalnız kalacağına, AB dayanışmasından ve AB fonları ile desteklenme şansından mahrum kalacağına hesaba katılması gerekmektedir.¹² Brexit'in İngiltere'nin uluslararası ilişkilerde yeni bir pozisyon almasına yardımcı olacağı konusunda tereddütler bulunmaktadır. AB'nin siyasi yetkilerinin esasen çok sınırlı olması ötesinde, İngiltere'nin müstakil siyasi aktör olarak dünya siyaset sahnesinde ağırlığı, AB ile birlikte sahip olduğu ağırlığa nazaran daha fazla olmayacaktır. Başlangıçta Brexit'in önlenmesi için spekülasyonlar yapılmıştır. Ancak çağdaş demokrasi örneği olarak görülen İngiltere gibi bir ülkede referandumun sonuçları bağlayıcı olmasa da siyasi ağırlığının hafife alınmamasını ve demokratik oylamanın sonuçlarının mutlak olarak savunulmasını gerektirmiştir. Bu çerçevede çıkış yolu olarak yeni bir referandum yapılması önerisi yapılmış ise de, bunun da yeni tartışmalara yol açacağı düşüncesiyle yeni referandumdan vazgeçilmiştir.

AB'den çıkma prosedürü AB anlaşmasının 50.maddesine göre hukuken hükümetin çıkma talebini Avrupa Konseyi'ne getirmesi ile başlamıştır. AB'den çıkmaya ilişkin yapılan referandum tamamen intern (*içe dönük*) nitelikli olup, AB hukuku bakımından bir sonucu bulunmamaktadır. İngiltere Başbakanı May Kasım 2016'da yaptığı demeçte spekülasyonları önlemek için "Brexit means Brexit" ifadesi kullanılmış ve 29 Mart 2017'de prosedürü başlatmıştır. Bu çerçevede AB'den çıkma bildirisinin geri alınmasının mümkün olup olmadığı tartışmaları başlamıştır. Bildirinin geri alınmasının mümkün olduğu genellikle kabul görmüştür.¹³ Bu çerçevede çıkma bildirimini kabul gerekliliği olan irade açıklaması olarak tanımlanmıştır.¹⁴

Çıkma bildirimini bu şekilde yeni hukuki yorumlara ve diğer AB üyesi devletlerin ve onların ekonomik aktörlerinin dahil olduğu tartışmalara neden olan zahmetli bir müzakere sürecini başlatmıştır. Müzakerelerin sonunda AB ve AB üyesi devletlerin siyasi nedenlerle Brexit bağlamında gündeme getirilen tazminat talebinden vazgeçilmesi olası görülmüştür.

12 Peter HILPOLD, Peter, **Solidarität im EU-Recht: Die Inseln der Solidarität" unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion**, bknz.: EuR 2016, 373-404;

HATJE, Armin, **Die EU auf dem Weg zur Solidarunion – Wandel durch Frise**, bknz.: Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, s.73-84

13 SKOURIS, Vassilios, **Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU**, bknz.: EuZW 2016, s.806-811

14 STREINZ, Rudolf, **Brexit-Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten**, bknz.: Malte Kramme et al. (Hrsg.), Brexit und die juristische Folgen, 2016, s.17-32, Nomos Verlag Baden-Baden



Hukuki bakımdan AB anlaşmasının 4.madde, 3.fıkrasında öngörülen sadakat mükellefiyeti muvacehesinde Brexit ile ortaya çıkacak zararın kabullenilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. AB anlaşmasının 50.maddesi bu çerçevede çıkma prosedürü bağlamında ortaya çıkan birçok soruna ilişkin olduğu gibi bu konuda da bir cevap vermemektedir.

Gerçek olan AB'nin Brexit ile yeni bir dünyaya adım attığıdır. İngiltere'nin 1973'ten beri süren 44 yıllık üyeliği taraflar arasında sıkı hukuki bağlar yaratmıştır. İngiltere'nin aradan geçen sürede AB hukukundan oldukça etkilenen yazısız anayasası ve hukuki uygulamaları nedeniyle Brexit ertesinde çelişkili bir durum olarak AB hukukunu İngiliz hukukuna enkorpere (*ithal*) eden bir "EU continuity act" ihdası gerekecektir. Önemli kurumsal aksamaların ortaya çıkmasını önlemek için her hâlükârda çıkma iradesinin resmi olarak Avrupa Konseyi'ne bildirilmesinden itibaren 2 yıl içinde işlevsel bir çıkma anlaşmasının yapılması önem taşımaktadır. Bu sürenin 50.maddeye göre mutabakatla uzatılması mümkündür. Brexit'in bir anlaşma yapılmaksızın ("dirty exit") gerçekleşmesinin her iki tarafta da sarsıntılar yaratacağı mutlak olarak kabul görmüştür.

AB tarafında da en azından başlangıç itibariyle görüşlerde bölünme olduğu görülmektedir. Geleneksel olarak Avrupa entegrasyonunun güçlendirilmesi, diğer bir ifade ile "daima daha sıkı AB" görüşünü benimseyen AB Komisyonu ve AB Parlamentosu hızlı şekilde "Brexit" gerçekleştirmek isterken, "Brexit"i Avrupa entegrasyonuna bir ivme kazandıracak şans olarak gören ve koşullara göre İngiltere'nin AB'ye katı koşullarla yeniden katılabileceğini düşünen üye devlet hükümet temsilcilerinden oluşan Konsey, İngiltere gibi ulusal egemenliğinde ısrarlı bir devleti AB'de tutmak için gayret sarf etmiştir. Aradan geçen sürede ancak AB'nin kurumsal yapısının bütünüyle "Brexit"i kabullendiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak her iki taraf için doğabilecek zararın sınırlanması AB dışında güncel hukuki ilişkileri kapsamlı şekilde koruyan, partnerliğe dayanan ortak bir gelecek için mutabakat sağlanması için bir yöntem geliştirilmesi çabasına girilmiştir. Bununla beraber Brexit bağlamında gündeme gelen ekonomik ve parasal politika, ortak mülteci politikası, dış ticaret politikası alanlarında ortaya çıkan problemler Avrupa entegrasyon sürecinin birçok alanda boşluklar taşımasından ve üye devletlerin birçok alanda ulusal reaksiyon yetkilerinin bu sorunlara ortak çözümler bulma olanağı verilmeksizin AB tarafından kapsamlı şekilde devre dışı bırakılmasından ileri gelmiştir.



II. EKONOMİK VE PARASAL BİRLİĞİN GELİŞTİRİLMESİ

AB'de krizden söz edildiği zaman Ekonomik ve Parasal Birlik ilk sırada yer almaktadır. Ekonomik ve Parasal Birlik Avrupa entegrasyonunun potansiyelini ve sınırlarını yansıtmaktadır. Bu yapının eksiklikleri AB'nin aktüel krizinin en önemli nedenidir. Ekonomik ve parasal Birlik bağlamında son yıllarda yapılan iyileştirmeler, AB ve üye devletlerin AB'nin varlık yokluk krizlerini aşmada benzer şekilde reaksiyon gösterme yeteneğine sahip olduğunu kanıtlamıştır. Ekonomik ve Parasal Birliğin son yıllarda gelişiminin gösterdiği atalet Avrupa entegrasyon sürecinin bütününde söz konusu olan gerilimlerin bir yansımasıdır.

Ekonomik ve Parasal Birlik ortak pazarın taçlandırılması anlamında nihai adım olarak tasarlanmıştır.¹⁵ Ekonomik ve Parasal Birlikle bağlantılı olarak transaksiyon (*aktarım*) masraflarının düşmesinin refah üzerinde önemli etkiler doğurduğunun inkâr edilmesi mümkün değildir. AB'nin devlet olma niteliğinin olmaması ve üye devletlerin çoğunluğunun ekonomi politikası alanında (ve onun koşullarından olan örneğin sosyal politika alanında) egemenlik haklarını koruma iddiası gerçek bir ortak ekonomi politikasının düşünülmesini mümkün kılmamıştır. Bu şekilde Ekonomik ve Parasal Birlik asimetrik yahut topal bir nitelikle nihai aşamada tamamen ortak kılınacak bir parasal birlikle ortaya çıkmıştır. Ekonomik birlik için böyle bir durum tasarlanmamıştır. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 121.maddesinde sadece üye devletlerin ekonomi politikalarını ortak çıkarlara ilişkin bir iş olarak mütalâa ettiklerine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Almanya'nın girişimiyle 1997'de sekonder (*ikincil*) hukuk olarak parasal birliğin istikrarı için ekonomi ve bütçe politikasının koşullarını garanti eden bir istikrar ve büyüme paktı yapılmıştır.

2005'te paktın esnekleştirilmesi (bu kez Fransa ve Almanya'nın girişimiyle) 2008 büyük mali kriz AB'ne ulaştığında önemli sonuçlar doğurmuştur (söz konusu esneklik üye devletlere ekonomi politikalarında yeniden kapsamlı bağımsızlık vermiştir). Ekonomik ve Parasal Birliğin çökmesinde kısa vadeli planlama yapan, yeniden seçilmek için çalışan siyasilerin çıkarları değil, Ekonomik ve Parasal Birliğin işlevine ilişkin bilgi yetersizliği neden olmuştur. Euro alanındaki kimi üye devletlerde büyük ölçüde reel ücret artırımını devalüasyonun mümkün olmaması

15 SEIDEL, Martin, *Die Europäische Union mit oder ohne gemeinsame Währung*, bkzn.: EUROjournal pro management 2/2013, s.46-53



nedeniyle rekabeti olumsuz etkileyen sonuçlar doğmasına ve devlet borçlarının önemli ölçüde artmasına yol açmıştır.¹⁶

Parasal Birlikte kur mekanizmasının mevcut olmaması iç müdahalelerle, ücret indirimi, kamu harcamalarının sınırlanması, fiyat indirimleri ile açıkların telafi edilmesini gerektirmektedir. Bunun sağlanmasının iki bakımdan zorluğu kabul edilmektedir. Her şeyden önce enformasyon eksikliği nedeniyle alınacak önlemin somut soruna uygunluğu garanti edilememektedir. Diğer taraftan yapılacak müdahalelerin fiyatların muhtar şekillenmesini engellemesi nedeniyle geçerli hukukun ihlâli söz konusu olmaktadır. Bu tablo problemin AB seviyesinde ele alınarak olağanüstü durum tespiti ışığında AB'nin ulusal ekonomik yapıya müdahalesini gerektirmiştir.¹⁷ Extern (*dışa dönük*) devalüasyon istenilmeyen, ancak kaçınılmaz, pazar ekonomisine bağlanan anonim teknik bir prosedür olarak görülürken, dış kaynaklı intern devalüasyon siyasi ve muhatabı belli bir müdahale olarak görülmektedir. Döviz kuru ve rekabet mekanizmasının karmaşık özellikleri dikkate alınmaksızın seçmenler tasarruf politikası zorluklarının faturasını siyasilere, hükümetlere ve ekonomik olarak güçlü AB üyelerine ve AB'ne kesmektedir.

Mali ve ekonomik krize reaksiyon bağlamında 2008'den itibaren Avrupa mali mimarisi intergovernmental (*hükümetler arası*) seviyede yapılan katkılarla temelden yeniden şekillendirilmiştir.¹⁸ Avrupa istikrar mekanizmasının 2012'de borçlu üye devletler için mali bir can simidi olarak kabul edilmesi, aynı şekilde 2012'de bütçe disiplini için mali anlaşmanın yapılması finans sektörünün stabilize edilmesi için Bankalar Birliğinin kademeli olarak kurulması bu çerçevedeki kimi örnekleri oluşturmaktadır.¹⁹ AB Adalet Divanı gerekli olan bu değişiklikleri ve gelişmeleri desteklemiştir.²⁰ Ekonomik ve Parasal Birliğin yaşaması için gerekli yardımlar ve müdahaleler dogmatik engellere takılmamış olsa

16 THIEMANN, Christian, *Die Verantwortung des Mitgliedstaates für die Europäische Währungsunion*, bkzn.: Gregor Kirchhof et.al (Hrsg.), von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2016, s.139-194

17 THIEMANN, Christian, *ibid.*, s.150

18 CALLIES, Christian, *Nach der Krise ist vor der Krise: Integrationsstand und Reformperspektiven der Europäischen Union*, bkzn.: Jürgen Bröhmer (Hrsg.), Europa und die Welt, Nomos Baden-Baden 2016, s.73-97

19 HILPOLD, Peter, *Eine neue Europäische Finanzarchitektur – Der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion als Reaktion auf die Finanzkrise*, bkzn.: P.Hilpold/W.Steinmaier (Hrsg.), Eine neue Finanzarchitektur, Springer Berlin, Heidelberg 2014, s.3-82

20 bkzn.: EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle), Slg.2012,J-13; EuGH, Rs. C-62/14 (Gauweiler ve diğerleri), EU:C:2015:400



da Ekonomik ve Parasal Birliğin sürekli istikrarı hiçbir şekilde temin edilmemiştir.

Avro alanı üyesi birkaç devletin (özellikle Yunanistan ve İtalya) eskisi gibi yüksek borcu bulunmaktadır; rekabet ve ekonomik büyüme problemi yaşanmaya devam etmektedir. Şimdiye dek edinilen bilgiler bu borçların sürekli olarak taşınamayacağını ve faizlerin yeniden çıkmasının bütçe üzerinde felakete yol açacak etkiler doğuracağına işaret etmektedir.²¹ Borcu yeniden yapılandırma bir çözüm olarak gözüke de, Ekonomik ve Parasal Birliğe üyelik devam ederken bunun AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 125.maddesi muvacehesinde hukuken gerçekleşmesi mümkün değildir (Bail-out yasağı). Mali krizin şu an için yeniden alevlenmesi söz konusu olmasa da, ekonomik olarak riskli Avro alanı üyesi devletlerde güçlü AB üyesi devletlere ve mali krizi başarılı şekilde yönetmiş olmasına rağmen AB'ye tepkiler artarak genişleyecektir. Bunun nedeni Ekonomik ve Parasal Birliğin tamamlanmamış olmasıdır. Ekonomik ve Parasal Birliğin güçlendirilmesi ve tamamlanması bir transfer birliğinin kurulmasına bağlıdır; bu çerçevede AB'de henüz bir dayanışma ruhunun bulunmaması nedeniyle güçlü AB üyesi devletler tarafından transfer birliği engellenmektedir; transfer birliğinin önkoşulu kural olarak devletler için olduğu gibi dayanışma topluluğunun mevcudiyetidir.²² AB anlaşmasının dibacesinde yer alan "daima daha sıkı bir birlik" in yaratılması yaklaşımının burada açık bir sınırı bulunduğu görülmektedir. Bu durum çok sayıda üye devlette, İngiltere'de Brexit tartışmaları esnasında olduğu gibi egemenliği yeniden kazanılması çağrısının yüksek sesle ifade edilmesine yol açmaktadır. Çelişkili bir şekilde Ekonomik ve Parasal Birliğin kurulmasında saklı tutulan egemenlik çekinceleri ulusal tasarruf serbestisinin yeniden kazanılması ertesinde egemen alanların daha fazla talep edilmesine yol açmıştır. Bu tablo entegrasyon politikasını aşan çözümsüz bir durum teşkil etmektedir.

III. MÜLTECİ KRİZİ

2015 ve 2016 yılları mülteci krizinin dünya çapında ve AB'de zirve yaptığı yıllardır. Mülteci sayısı dünya çapında 60 milyonun üstüne çıkmıştır. Bir milyon insan deniz yoluyla Avrupa'ya gelme girişimi yapmıştır.²³ Uzun bir süreden beri kimi AB üyesi devletler sert önlemlerle

21 Uluslararası Para Fonunun Yunanistan'a yaptığı son uyarı için bkz.: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2017-01/iwf-bericht-schulden-griechenland-eurozone> (4.2.2017)

22 HILPOLD, Peter, Solidarität im EU-Recht: Die Inseln der Solidarität

23 European Union Agency for Fundamental Rights, Asylum und Migration into the EU in 2015, s.5



bu akımları önlemek için sınır barikatları inşa etmektedir (Yunanistan 2012’de, Bulgaristan 2013’de, Macaristan, Slovenya, Makedonya ve Avusturya 2015’de, Avusturya 2016’da kontenjan düzenlemeleri ilan etmiştir). Oluşturulan ortak Avrupa mülteci sisteminin birçok boşluğu olduğu gibi, birçok hükümleri itibariyle tenakuzludur ve etkili değildir. Dublin hukukunun hedefi mülteci başvurularının değerlendirilmesi bağlamında açık yetkilerin öngörülmesi, hukuk devleti denetim prosedürlerinin temin edilmesi ve bir “asylum shopping” ve “refugee in orbit” (AB alanında hedefsiz dolaşan mültecilerin) önlenmesidir. Dublin II tüzüğü ile ilk giriş yapılan ülkenin iltica başvurusunu inceleme yetkisi kabul edilmiştir.²⁴ Şayet bu ülkenin tespit edilmesi mümkün olmazsa, iltica başvurusunun yapıldığı ilk üye devlet yetkili olacaktır (Dublin III Tüzüğü’nün 3.madde, 2.fıkrası da aynı düzenlemeyi içermektedir; 604/2013 sayı ve tarihli tüzük için bkz.: ABl. L180. S.31). Bu düzenleme gerçek yetkili devlete başvurunun gönderilmesi olanağını tanıyarak tamamlanmıştır. İstisnalar tanıyan düzenleme genelde icra edilmemektedir.

İlk giriş yapılan ülkenin yetkili olması ile ilgili düzenleme doğası itibariyle özellikle güneyde ve doğuda dış sınırlarda yer alan üye ülkeleri etkilemektedir. Bu ülkeler mülteci başvuru prosedürleri çerçevesinde orantısız şekilde yük altındadır. Büyük mülteci akınlarında bu tür bir düzenlemenin işlevini yerine getirmesi ancak dayanışma mekanizması ile mümkündür (özellikle mültecilerin kontenjana göre dağılımı ve mali yükün paylaşılması ile). Çabalara rağmen böyle bir mekanizma için bir uzlaşma sağlanamamıştır. Bu durum dış sınırlarda bulunan üye devletleri kararları uygulamamaya ve mültecileri almamaya sevk etmektedir. Üye devletlerde uygulanan farklı kontenjanlar ve ulusal mülteci prosedürleri mültecilerin AB’de yeni bir başvuru adresi aramasına neden olmaktadır (Eritre ve Afganistan’dan gelen mülteci başvurularının 2015’de tamamı Almanya’da kabul edilirken, İngiltere’de %47’si kabul edilmiştir. Pakistan’dan gelen mültecilerin taleplerinin %44’ü İngiltere’de kabul edilirken Almanya’da %17’si kabul edilmiştir. Sırbistan’dan gelen mültecilerin başvuruları İtalya’da %70 oranında kabul edilmiştir. Macaristan buna karşılık hiçbir başvuruyu kabul etmemiştir.²⁵ AB tarafından alınan önlemler Avrupa halkları nezdinde adil olmayan bir yük olarak görülmektedir. Bu çerçevede de ulusal egemenliğin yeniden

24 343/2003 sayı ve 18.2.2003 tarihli tüzük için bkz.: ABl.2003 L50, s.1

25 bkz.:<https://refugee-datathon-muc.org/vergleich-von-schutzquoten-in-europa-serbien-afghanistan-und-pakistan/> (29.01.2021)



kazanılması, ulusal hükümetlere tek taraflı önlem alınması çağrısı yapılmaktadır.

Avusturya 2016'da mülteci hukukunu sertleştirici kararlar almıştır ve mülteci alımında uygulayacağı üst sınırı ilân etmiştir. Buna göre kamu düzeni ve güvenliği için tehlike arz ettiğinin kanıtlanması halinde 2016'da sadece 37.500 başvurunun kabul edileceği ilân edilmiştir. Takip eden yıllarda ise bu oran indirilmeye devam edecektir. Söz konusu kontenjan düzenlemesi gerek Uluslararası Hukuka, gerekse AB Hukukuna uygun değildir. Zira ne Cenevre Mülteci Anlaşması, ne de ortak Avrupa mülteci sistemi böyle bir sınırlamaya izin vermektedir.²⁶ 2015/2016 yıllarında AB mülteciler için bir ölçüde adil bir yük paylaşımı sağlayan bir dayanışma mekanizması oluşturmak istemiştir (Konsey adalet ve içişleri için yaptığı 22.09.2015 tarihli olağanüstü toplantısında 100.000 mültecinin öngörülen ölçüye göre dağılımını kabul etmiştir. Buna göre BIP ölçüleri dayanağında ülkenin büyüklüğü ve kapasitesi olumlu kabul edilecektir. Buna karşılık daha önce mülteci almış olma ve işsizlik olumsuz olarak değerlendirilecek ve kontenjan indirimi yapılacaktır). Türkiye ile yapılan 18.03.2016 tarihli anlaşma istisna olmak kaydı ile bu düzenlemenin icrası mümkün olmamıştır.²⁷

AB, uluslararası mülteci hukukunda çıkarları dengeleyen, AB yurttaşları ve mülteci çıkarları arasında denge kuran, diğer bir ifade ile işlevini yerine getiren bir ortak Avrupa mülteci sisteminin oluşturulması ile ezelden beri süren mülteci probleminin üstesinden gelme ve bu şekilde dünya çapında bir kilometre taşı koyma imkânını maalesef kullanamamıştır. Bunun için gerekli olan enerji kullanılmamıştır. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 80.maddesi ortak Avrupa mülteci sistemini dayanışma prensibine tâbi kılmış olsa da, açık bir tanımın ve yargısal denetimin bulunmaması nedeniyle bu yaklaşım fiilen uygulanamamaktadır. AB üyesi devletler bu bağlamda ortak çıkarlara ilişkin önemli sorunlarda üye devletlerin egemenliklerini riske atmayan AB'ne asgari ölçüde egemenlik devrine hazır olduklarını göstermiştir. Bu durum yeterli çözümlerin ortaya çıkmasını doğal olarak sağlayamamıştır. Mülteci konusunun iç pazarın özünü oluşturan serbest dolaşım sıklığı nedeniyle tek taraflı sınır bariyerleri kurularak egemenliğin yeniden kullanılması, Uluslararası Hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâli yanı

26 HILPOLD, Peter, Quatenregelungen zur Bewältigung des Flüchtlingsproblems – ein rechtlich gangbarer Weg?, bkz.: Migralex 2016, s.58-66

27 Türkiye ile yapılan anlaşma için bkz.: http://europa.eu/rapid/press-release-MEMO-16-1221_en.htm (26.01.2017)



sıra entegrasyon politikası kazanımlarından vazgeçilmesi anlamını taşımaktadır.²⁸

IV. DIŞ TİCARET HUKUKU

AB’de yaşanan ağır kimlik krizi ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan tasarruf olanaksızlığı son yıllarda büyük ölçüde dış ticaret hukukunda da ortaya çıkmaktadır. Yetki sorununun bir değerler sorunu olarak şekillendirilmesi nedeniyle bu çerçevedeki en önemli problem Birlik ve üye devletler arasındaki yetkilerin yeniden ayrılmasıdır. Örneğin demokrasi prensibi hangi seviyede ve hangi şekilde en etkin şekilde düzenlenecektir? Hangi ölçü ve hangi şekilde temel demokrasi unsurları dış ticaret ilişkilerinin şekillendirilmesine ilişkin kararlarda yer alacaktır? Yeni, fair (*adil*) bir ekonomi sisteminin özellikle gelişme sorununu dikkate alarak ne şekilde şekillendirmesi gerekmektedir? Bu bağlamda AB ve üye devletler nasıl bir katkı sağlayabilir? Küresel tartışmalarda son yıllarda bu çerçevede AB’nin de kendi dış ticaret hukuku konusunda değerlendirme yapmasını gerektiren önemli paradigma değişiklikleri olmuştur.

Her şeyden önce büyük ölçüde liberalleşmiş bir dünya ticaret sisteminde katılımcı devletlerin ulusal egemenliklerini ve demokratik karar alma yöntemlerini koruyarak yer almalarına ilişkin benimsenen yaklaşımın günümüzde sorgulandığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu durum imkânsızlık teorisi ile açıklanmaktadır. Buna göre ulusal egemenliklerine sarılan ve tasarruflarını demokratik meşruiyete istinat ettirmekte ısrarlı devletlerin kapsamlı bir ekonomik entegrasyon gerçekleştirmesi mümkün değildir.²⁹ Bu saptama evrensel boyuta sahip olmakla beraber, özellikle AB bağlamında daha somut sonuçlar doğurmak durumundadır. Buna paralel olarak çok taraflı ticari ilişkilerde yönlendirici değerler ortaya çıkmaktadır. GATT müzakerelerinin öncelikle gümrük vergilerinin kaldırılması ile sınırlı olduğu dönemlerde değerler sorunu gündemde değildi. Bu durumun gelişmekte olan ülkelerin eleştirisi üzerine gelişme konusunu gündemine alan 2001’de başlayan Doha-Round ile değiştiği ve Uruguay Round’da çok taraflı ticari ilişki kurallarının belirlenmesi bağlamında büyük ölçüde benimsendiği görülmektedir. Yeni ticari müzakereler öncelikle kalkınma

28 HAILBRONNER, Kay/THYM, Daniel, *Grenzlose Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration*, bknz.: JZ 2016, s.753-763

29 HILPOLD, Peter, *EU Development Cooperation at a Crossroads: The Cotonou Agreement of 23 June 2000 and the Principle of Good Governance*, bknz.: EFAR 2002, s.53-72

perspektifine yönelik gerçekleştirilmiş olsa da, karşılıklılık konusunun yeniden gündeme geldiği görülmektedir (Doha ve Uruguay Round'da karşılıklılığın sınırlı olarak kabul görmesine karşın).

Bunun ötesinde çözülmemiş bir sorun olarak hangi ülkelerin gelişmekte olan ülke olarak kategorize edileceği ve bu statünün ne kadar süreceği tartışma konusu olmaya devam etmiştir. GATT sisteminde aşamalı olarak tanınan preferansların gelişmenin gerçekleştiği oranda kaldırılması kabul edilmiştir. Bununla beraber bu ölçü hukuken büyük ölçüde belirsiz olarak görülmüştür. Nairobi'de 2015 Aralıkta gerçekleştirilen dünya ticaret konferansında en az gelişmiş ülkelere kimi tavizler (özellikle dünya ticaret kurallarının tam olarak uygulanması için süre uzatımı) verilmiştir. Buna karşılık daha gelişmiş durumda olan eşik ülkeler için uzlaşa sağlanamamıştır; Çin, Brezilya ve Hindistan yükseltilmiş sanayi vergilerini muhafaza etmek isterken diğer sanayileşmiş ülkeler bunun aksine bu alanda olası bir vergi indirimine hazır olduklarını ortaya koymuştur,³⁰ Dünya Ticaret Örgütü'nün Uruguay Round çalışmalarında üye devletlerin ağırlığında bir değişim gerçekleşerek, ağırlık gelişmekte olan ülkelere geçmiştir (üyelerin 2/3'ü itibarıyla). Siyasi ve ekonomik etki bakımından da eşik ülkeler belirleyici rol oynamaya başlamıştır. AB bu bağlamda önemli ölçüde etkisini kaybetmiştir ve bu nedenle de Doha-Round'da ticari gücü büyük bölge devletleri belirleyici rol üstlenmiştir.³¹ Bölge devletlerinin ekonomik güçlerinin artması, kapsamlı entegrasyon ve ulusal egemenlik bakımından uzlaşmazlık potansiyeli yaratmaktadır.

Uruguay Round çalışmalarında AB Komisyonu AB'nin kapsamlı dış ticaret yetkisini kabul ettirmek için çok çaba harcamıştır. Ancak AB Adalet Divanı 1/94 tarih ve sayılı danışma görüşünde üye devletlerin bu çerçevedeki tereddütlerini dikkate almış ve Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasının yapılmasına ilişkin yetkiyi paylaşmış yetki olarak nitelendirmiştir.³² Bu şekilde Dünya Ticaret Örgütü bakımından dış ticaret yetkisinin karma anlaşmalar yöntemiyle yapılması kabul edilmiş, diğer bir ifade ile üye devletlerin AB yanı sıra dış ticaret anlaşmaları bağlamında AB ile eşit haklara sahip olması kabul edilmiştir. Bu

30 krş.: SCHMIEG, Evita/RUDLOFF, Bettina, **Die Zukunft der WTO nach der Ministerkonferenz in Nairobi**, bkzn.: SWP-Aktuell, 9.2.2016, s.1-8

31 SCHMITT, Eva Mareike/KABUS, David, Die Europäische Union als (Liberalisierungs) Akteur in der Welthandelsorganisation WTO, bkzn.: Integration Vol.36, No.3, 2013, s.214-230

32 HILPOLD, Peter, **Die EU im GATT/WTO-System**, Innsbruck University Press, 2009, 3rd ed., s.610 vd.

şekilde üye devletlerin sadece egemenlik hakları değil, aynı zamanda intern demokratik katılım olanağı büyük ölçüde temin edilmiştir. Bu durumun diğer taraftan yetkilerin sınırlanması problemini ve üstlenilen yükümlülüklerle ilişkin sorumluluğun kime ait olduğu sorunlarını beraberinde getireceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.³³ Bu durumun getireceği sorunlar kimi üye devletler tarafından o günden görülmüştür.

Ulusal egemenlik çekinceleri eskiden olduğu gibi Amsterdam ve Nice anlaşmalarında varlığını devam ettirmiştir. 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon anlaşması ile beraber ilk kez yeniden AB'nin dış ticaret politikası alanındaki yetkisi ve WTO hukuku (GATT döneminde mevcut olan) paralelliği sağlanmıştır. Ancak gittikçe açık şekilde AB'nin GATT hukukunun gelişmesinde katkı sağlayan dış ticaret yetkisinin hiçbir şekilde eski etkinliğine ve gücüne kavuşamayacağı ortaya çıkmıştır. AB'nin dış ticaret yetkilerinin Doha-Round ölçülerine göre AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 207.maddesine istinaden Multilateral (*çok taraflı*) ticaret anlaşmaları yapmasına yeteceği düşünülmektedir. Doha-Round müzakerelerinin başladığı 2001'den itibaren dünya ticaret sisteminin talepleri önemli ölçüde değişmiştir. Multilateral ticaret müzakerelerinin başarı vadetmemesi ve Multilateral seviyede gerçekleştirilemeyen daha fazla entegrasyon arzusu devletleri mega bölgesel anlaşmalara yöneltmiştir. Esasında ikâme edici olarak Multilateral seviyede daha kapsamlı ticari entegrasyon düşünülmüştür. Ancak demokrasi kriteri bu girişimin akamete uğraması sorununu gündeme getirmiştir. Bu durum AB için uluslararası ticari ilişkiler ağında kenarda kalma riski olarak değerlendirilmektedir. AB'nin taraf olması planlanan iki serbest ticaret anlaşmasının (CETA ve TTIP) muhtemel şekilde akamete uğraması diğer hiçbir aktörün sahip olmadığı demokratik karar alma sürecinin özelliklerinin AB için söz konusu olmasından ileri gelmektedir.

AB'de dış ticaretin güçlendirilmiş demokratik meşruiyet esaslarına göre şekillendirilmesi talebi birçok seviyede engelleyici olarak değerlendirilmiştir. Avrupa Parlamentosu olağan yasama prosedürü dayanağında ortak ticaret politikası kararlarının alınmasına Konsey

33 COTTIER, Thomas, **Gemischte Abkommen der Europäischen Union: Grundlagen und Alternativen**, bknz.: Mark Burgenberg/Christoph Hermann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union, 5 Jahre nach Lissabon Quo-Vadis?, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, Heft 93, 2016, Nomos Verlag, s.11-43



ile eşit haklara sahip olarak katılmaktadır.³⁴ Avrupa Parlamentosu “Anti-Produkt-Piraterie” anlaşması ACTA’yı sivil toplum örgütlerinin yoğun itirazı üzerine 2012’de kabul etmemesine karşılık, CETA ve TTIP en azından başlangıcı itibariyle Avrupa Parlamentosu tarafından desteklenmiştir. CETA 2009-2014 arası müzakere edilmiş, demokrasi kriteri konusu onay sürecinde gündeme gelmiştir. Bu gelişme açık şekilde Avrupa Parlamentosu kaynaklı değil, TTIP müzakerelerinin etkisi sonucu üye devletler ve sivil toplum kaynaklı olarak ortaya çıkmıştır. Müzakere sürecinde Konsey Parlamentaoya karşı enformasyon yükümlülüğünü AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme’nin 218. madde, 1.fıkrasına göre yerine getirmiştir. TTIP müzakereleri de 2013’de dikkat çekmeksizin Avrupa Parlamentosunun katılımıyla başlamıştır. Müzakere yetkisinin yayınlanmaması üzerine konu siyasi boyut kazanmıştır. Kamuoyu baskısıyla Komisyon bir yıl sonra durumu telafi etmiş olsa da, bu gelişme kamuoyunda güvensizlik yaratmıştır. Yetki belgesinin gizli tutulması Komisyon ve Konsey’in anlaşmada öngörülen bilgi aktarımı ve şeffaflık yükümlülüğünün kötü niyetle ihlâli olarak değil, AB’nin olağan uygulamasına ve genel olarak Uluslararası Hukuk alanındaki uygulamaya uygun değerlendirilmiştir.³⁵ Yetki belgesinin açıklanmasından sonra belgenin teknik olarak ve siyasi olarak bir eksiklik taşımadığı ortaya çıkmıştır.

Eksik görülen şeffaflık eleştirisi müzakere sürecini olumsuz etkilemiştir. Kapalı olarak gerçekleştirilen söz konusu müzakerelerde her görüşme ertesinde Avrupa Parlamentosu, ulusal parlamentolar ve sivil toplum bilgilendirilmiştir. Müzakere sonuçlarına ilişkin enformasyon süreci müzakerelerin teknik karakteri nedeniyle kamuoyunun büyük bir kısmı tarafından anlaşılmamıştır. Bunun sonucu olarak kapsamlı tartışmalar yapılmamıştır. Kamuoyu AB’de uzun süredir Avrupa Parlamentosu’nu, ulusal parlamentoları, ulusal hükümetleri ve sivil toplumu uluslararası ticari müzakereler bağlamında sistematik olarak bilgilendiren bir sistemin mevcudiyetini dikkate almamaktadır. Bu sistem Avrupa Parlamentosu bünyesinde yer alan ticaret komitesi INTA, Konsey bünyesinde yer alan özel komite, ulusal parlamentolara karşı sorumlu olan Konsey üyeleri ve söz konusu kurumsal yapıda enformasyon kanalı olarak görev yapan sivil toplum örgütleri üzerinden işletilmektedir.³⁶

34 AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme’nin 207.madde, 2.fıkrası

35 HOFFMEISTER, Frank, **Wider die German Angst- ein Plädoyer für die Transatlantische Handels und Investitionspartnerschaft (TTIP)**, bkzn.: AVR Jahrgang 53, 2015, Heft 1, Mohr Siebeck Verlag, s.35-67

36 STREINZ Rudolf, **Repräsentative Demokratie und parlamentarische Kontrolle**, bkzn.: Mark

Bu mekanizmanın işlemesi doğal olarak ilgili anlaşmanın münhasıran AB'nin yetki alanına girmesi halinde mümkündür. Karma bir anlaşmanın söz konusu olması halinde, paralel enformasyon kanalları devreye girerek bilgi akışı ve demokratik meşruiyet daha güçlenmektedir. Böyle bir durumda enformasyon akışının sorumluluğu AB'ne değil, öncelikle üye devletlere yüklenmektedir.

Modern ekonomi tarihinde bu denli kapsamlı şekilde halk tarafından ticari müzakerelerin takip edilmesi ve uluslararası anlaşmanın demokratik meşruiyeti eksikliğinin tartışma konusu edilmesi ilk defa söz konusu olmuştur. Dış ticaret ilişkilerinin demokratikleştirilmesi ve dış ticaret politikasının demokratik temellerinin güçlendirmesi girişimi, enformasyon araçlarının ve materyalinin kamuoyuna açık olması gerekliliğini beraberinde getirirse de konunun detayları itibarıyla ancak uzmanlar tarafından anlaşılabilen nitelikli olması nedeniyle bu bağlamda objektif sınırlarla karşılaşılması anlaşmanın şeffaf olmadığı yanılığına yol açmamalıdır. CETA'nın imzası bağlamında halk nezdinde anlaşmanın onayını gerekçelendirmek adına anlaşmada mevcut olan tavizler muvazaalı şekilde anlaşma partnerinin verdiği yeni tavizler gibi gösterilmiştir. TTIP'nin şu an için akamete uğramış olmasına karşılık Konsey CETA'nın her bir üye devletin anlaşmayı akamete uğratabileceği bir formül olan karma anlaşma olarak yapılmasına karar vermiştir.

AB Adalet Divanı yetki taksimine ilişkin 2/15 tarih ve sayılı danışma görüşünde AB'nin Singapur ile yapmayı planladığı serbest ticaret anlaşması bağlamında yeniden paylaşılmış yetkilerden hareket etmiştir. Bu şekilde mega-bölgesel anlaşmaların akdinde paylaşılmış yetkilerin kural olarak geçerli olması yolu açılmıştır. Mega bölgesel anlaşmaların dünya ekonomisinin düzenlenmesinde çerçeve olarak kabul edilmesi, AB için dünya ekonomisinde oynadığı rolü yitirme risk oluşturmaktadır. Karmaşık karar mekanizması nedeniyle AB'nin ne ölçüde bu tür anlaşmaları yapabileceği belirsizdir. Bu perspektif ışığında Brexit'in İngiltere'ye tasarruf alanı bırakacağı inkâr edilemez.

SONUÇ

Ekonomik ve Parasal Birliğin 2008'den beri üstesinden gelmeye çalıştığı mali ve ekonomik kriz, AB entegrasyonu ve üye devletlerin ulusal egemenlik iddiaları arasında ne tür gerilimlerin yaşanabileceğinin

Burgenberg/Christoph Hermann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union, 5 Jahre nach Lissabon Quo-Vadis?, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, Heft 93, 2016, Nomos Verlag, s.71-118



kanıtıdır. Ekonomik ve Parasal Birliğin, dolayısıyla Birliğin kendisinin kurtarılması AB Hukuku muvacehesinde doğrudan demokrasi aracı olan referandumun yapılamaması sayesinde mümkün olmuştur. Yukarıda açıklandığı üzere kriz henüz tam çözülebilmemiş değildir ve tüm taraflar bakımından bulunan çözümler itibariyle derin bir memnuniyetsizlik söz konusudur. Bunun en önemli nedeni Avrupa konfederasyonundaki dayanışmanın somut anlamının ve kapsamının tayin edilememesidir. Bu dayanışma kimi üye devletler için yetersizken, diğerleri bakımından çok kapsamlı görülmektedir.

Avrupa tüm krizlerin etkin şekilde üstesinden gelinmesini, diğer bir ifade ile krizlerin yönetilebileceği ve aynı zamanda AB'nin fonksiyon yeteneğini temin eden bir demokrasi modeli arayışı içindedir.³⁷ Bu arayış bağlamında AB'nin demokratik temellerinin güçlendirilmesi taleplerini karşılamak için taviz olarak öngörülen, ancak sürecin tıkanmasına neden olan yeni karar alma mekanizmalarının bir garanti oluşturma olasılığı yüksek görülmemektedir.³⁸ Bu bağlamda AB'nin yönlendirme rolünde gösterdiği aksaklıkların İngiltere'yi örnek alarak diğer üye devletler üzerinde domino etkisi doğurma potansiyelinin iyi değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu süreçte başarı sağlanması imkânsız olmamakla beraber, başarı için cesur adımların atılması gerekliliğini unutmamak gerekmektedir. Bu bağlamda bir taraftan Avrupa'nın dünya içinde alacağı pozisyon, diğer taraftan içeriye dönük kazanılan başarıların temin edilmesi gerekmektedir. Bu kazanımdan geriye dönüşün, kaçınılmaz olarak ön planda "daima daha sıkı Avrupa" hedefinin konusu olan AB yurttaşlarının pozisyonunu, hukuki statülerini doğrudan etkileyeceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

- 37 JÄGER, Thomas, **Alle Macht dem Volk? Direkte Demokratie und Ihr Misbrauch als Integrationsproblem**, bknz.: EuZW 2017, s.127-131;
HATJE, Armin, **Demokratie in der Europäischen Union – Plädoyer für eine parlamentarisch – verantwortliche Regierung der EU**, bknz.: EuR 2015, Beiheft 2, s.39-51
- 38 NEISSER, Heinrich, **Die Europäische Union, zukünftige politische Perspektiven**, bknz.: Wiener Blätter zur Friedensforschung 2016, s.16-20



KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası)
CETA	Comprehensive and Economic Trade Agreement
EFAR	European Foreign Affairs Review
EFTA	European Free Trade Association (<i>Avrupa Serbest Ticaret Birliği</i>)
ELR	European Law Review
EuGH	Der Europäische Gerichtshof
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Anlaşması
Hrsg	Herausgeber (editör)
MigraLex	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
SWP	Stiftung Wissenschaft und Sicherheit
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
WTO	World Trade Organisations



KAYNAKLAR

AUER, Andreas: **The people have spoken: abide? A critical view of the EU's dramatic referendum (in) experience**, bknz.: European Constitutional Law Review 2016

CALLIES, Christian: **Nach der Krise ist vor der Krise: Integrationsstand und Reformperspektiven der Europäischen Union**, bknz.: Jürgen Bröhmer (Hrsg.), Europa und die Welt, Nomos Baden-Baden 2016

COTTIER, Thomas: **Gemischte Abkommen der Europäischen Union: Grundlagen und Alternativen**, bknz.: Mark Burgenberg/Christoph Hermann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union, 5 Jahre nach Lissabon Quo-Vadis?, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, Heft 93, 2016, Nomos Verlag

CRAIG, Paul: **Brexit: What Next ? : A Drama in Six Acts**, bknz.: ELR 2016

HAILBRONNER, Kay/Thym, Daniel: **Grenzlose Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration**, bknz.: JZ 2016

HAUSEN, Christof H.: **Das grundsätzliche Verhältnis der Rechtsprechung von EuGH und EFTA-Gerichtshof**, bknz.: RIW 1998

HATJE, Armin: **Demokratie in der Europäischen Union – Plädoyer für eine parlamentarisch – verantwortliche Regierung der EU**, bknz.: EuR 2015, Beiheft 2

HATJE, Armin: **Die EU auf dem Weg zur Solidarunion – Wandel durch Frise**, bknz.: Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015

HICKS, John Richard: **The Foundations of Welfare Economics**, bknz.: Economic Journal, 1939

HILPOLD, Peter: **Eine neue Europäische Finanzarchitektur – Der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion als Reaktion auf die Finanzkrise**, bknz.: P.Hilpold/W.Steinmaier (Hrsg.), Eine neue Finanzarchitektur, Springer Berlin, Heidelberg 2014

HILPOLD, Peter: **EU Development Cooperation at a Crossroads: The Cotonou Agreement of 23 June 2000 and the Principle of Good Governance**, bknz.: EFAR 2002



HILPOLD, Peter: Solidarität im EU-Recht: Die Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, bknz.: EuR 2016

HILPOLD, Peter: Quotenregelungen zur Bewältigung des Flüchtlingsproblems – ein rechtlich gangbarer Weg?, bknz.: Migralex 2016

HILPOLD, Peter: Die EU im GATT/WTO-System, Innsbruck University Press, 2009, 3rd ed.

HILPOLD, Peter: Europa im Umbruch: Europarecht, Beiheft 1 – 2017, Nomos Verlag

HOFFMEISTER, Frank: Wider die German Angst- ein Plädoyer für die Transatlantische Handels und Investitionspartnerschaft (TTIP), bknz.: AVR Jahrgang 53, 2015, Heft 1, Mohr Siebeck Verlag,

JÄEGER, Thomas: Alle Macht dem Volk? Direkte Demokratie und Ihr Misbrauch als Integrationsproblem, bknz.: EuZW 2017

NEISSER, Heinrich: Die Europäische Union, zukünftige politische Perspektiven, bknz.: Wiener Blätter zur Friedensforschung 2016

ROTH, Günther H.: Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, bknz.: Günther H.Roth/Peter Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008

SCHMITT, Eva Mareike/KABUS, David: Die Europäische Union als (Liberalisierungs) Akteur in der Welthandelsorganisation (WTO), bknz.: Integration Vol.36, No.3, 2013

SCHMIEG, Evita/RUDLOFF, Bettina: Die Zukunft der WTO nach der Ministerkonferenz in Nairobi, bknz.: SWP-Aktuell, 9.2.2016

SEIDEL, Martin: Die Europäische Union mit oder ohne gemeinsame Währung, bknz.: EUROjournal pro management 2/2013

SKOURIS, Vassilios: Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, bknz.: EuZW 2016

STREINZ, Rudolf: Brexit-Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten, bknz.: Malte Kramme et al. (Hrsg.), Brexit und die juristische Folgen, 2016, Nomos Verlag Baden-Baden



STREINZ, Rudolf: **Repräsentative Demokratie und parlamentarische Kontrolle**, bkz.: Mark Burgenberg/Christoph Hermann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union, 5 Jahre nach Lissabon Quo-Vadis?, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, Heft 93, 2016, Nomos Verlag

THIEMANN, Christian: **Die Verantwortung des Mitgliedstaates für die Europäische Währungsunion**, bkz.: Gregor Kirchhof et.al (Hrsg.), von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2016



BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZ YETKİSİ KAPSAMINDAKİ KARARLAR

*Regional Court of Appeal Decisions by Chief Public Prosecutor's Office
Within the Scope of its Authority to Challenge*

Mustafa ARTUÇ¹

ÖZ

Ceza muhakemesinde istinaf kanun yolunun kabul edilmesi ile birlikte bir kısım kararların, istinaf kanun yolunda kesinleşecek olması, bu kararların en azından bir kez daha denetimi için, çareler üretilmesine neden olmuştur. İşte bu amaçla, BAM Cumhuriyet Başsavcılığına da, ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı başvuru yolu tanınmıştır. Hangi kararlara karşı bu yolun tanındığı hususu CMK'nın 308/A maddesinde yer alan "Bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı" düzenlemesinden ve CMK'nın 286. Maddesinde yer alan hangi kararların temyiz edilemeyeceğine ilişkin hükümden çıkarmak mümkündür.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, itiraz, kesin karar, temyiz, BAM Cumhuriyet Başsavcılığı.

ABSTRACT

With the adoption of appeal remedy in criminal procedure, the fact that some court decisions will be finalized in appeal stage has led to the introduction of resorts to review these decisions at least one more time. Therefore, Chief Public Prosecutor's Office at Regional Court of Appeal has been granted a remedy against the final decisions of the criminal chambers. It is possible to infer from the provision in Article 308/A of the Code of Criminal Procedure (CCP), "against the decisions of the penal chambers of Regional Courts of Appeal that have *res judicata* effect" and from the provision in Article 286 of CCP regarding as to which decisions cannot be appealed.

Keywords: Appeal, objection, final decision, Chief Public Prosecutor's Office at Regional Court of Appeal.

1 Yargıtay Üyesi, Yakınoğu Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, hakimmustafaartuc@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1078-8367



GİRİŞ

26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 25. maddesi ile Bölge Adliye Mahkemeleri hukuk hayatımıza girmiş, aynı Kanununun 40. maddesi ile de Cumhuriyet Başsavcısının görevleri düzenlenmiştir.

5235 sayılı Kanununun 55. maddesi ile anılan Kanununun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmişken, Kanununun Geçici 2. maddesi ile Adalet Bakanlığının, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç 2 yıl içinde Bölge Adliye Mahkemelerini kurması öngörülmüştür.

Adalet Bakanlığı'nun 05.06.2007 tarih ve 26543 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da bölge adliye mahkemeleri kurulmuş; Adalet Bakanlığının 07.11.2015 tarih ve 29252 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile bu mahkemelere ilaveten Antalya, Gaziantep, Kayseri, Trabzon ve Van'da bölge adliye kurulmasına karar verilmiş; aynı gazetede yayımlanan Adalet Bakanlığı Kararı ile bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlayacakları ilan edilmiştir. Ancak 01.03.2016 tarih ve 29640 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan HSK'nun 29.02.2016 tarih ve 53 sayılı kararı ile bölge adliye mahkemelerinin ilk etapta Ankara, İstanbul, İzmir, Antalya, Gaziantep, Erzurum ve Samsun illerinde olmak üzere toplam yedi merkezde faaliyeti geçirilmesine karar verilmiş ve mahkemelerin yargı alanları da buna göre yeniden düzenlenmiştir. 05.09.2017 tarihinden itibaren ise Adana ve Bursa Bölge Adliye Mahkemeleri, dosya kabul etmeye başlayarak, Bölge Adliye Mahkemesi sayısı 9'a çıkarılmıştır. Yine HSK'nun 08.06.2018 tarih ve 30445 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 06.06.2018 tarih ve 2017 sayılı kararı ile Konya ve Sakarya Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasına karar verilmiş, anılan mahkemeler 03.09.2018 tarihi itibarıyla faaliyete geçmiştir. Böylelikle mevcut bölge adliye mahkeme sayısı 11'e yükselmiştir.

Yargıtay ceza daireleri tarafından verilen kesin kararlara karşı CMK'nun 308. maddesinde hüküm altına alınan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yoluna başvurduğu olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul edilmiş iken, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara karşı olağan veya

olağanüstü bir kanun yolu bölge adliye mahkemelerinin ilk kuruluşunda öngörülmemiş idi.

Bu süreçlerde yaşanabilecek hukuka aykırılıkların giderilebilmesi amacıyla 05.08.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7035 sayılı Kanun’un 23. maddesi ile CMK’ya 308/A maddesi eklenerek, Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararları aleyhine Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz yetkisi tanınmıştır. Aynı Kanunla CMK’nın Üçüncü Kısımının Birinci Bölümünün başlığı da “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi” iken, “Yargıtay” ibaresi çıkarılarak, hem Yargıtay hem de Bölge Adliye Cumhuriyet Başsavcılığı terimlerini karşılması bakımından “Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi” biçiminde değiştirilmiştir.

CMK’nın 308/A. maddesinin ilk şekli “(1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re’sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir, aksi halde itirazı reddeder. İtirazın reddine ilişkin kararlar kesindir.” biçiminde düzenlenmişken, daha sonra maddede yapılan değişiklik ile “(1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re’sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. (Değişik cümleler:17/10/2019-7188/30 md.) Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanır. (Ek cümleler:17/10/2019-7188/30 md.) Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir. Dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar. Başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir.” halini almıştır.

Bu Kurum ile Bölge Adliye mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlara karşı başvurulacak, bir kanun yolu getirilmiş olmaktadır.



I. HUKUKİ NİTELİĞİ VE TANIMI

Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yoluna, kesin nitelikteki kararlara karşı gidilebildiğinden bu usulün olağanüstü kanun yolu olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur.²

Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi, BAM ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yoludur. Daha açık bir deyişle, BAM ceza dairesinin kararını vermesi ile bir kısım kararlar kesinleşir ve bu karar infaz edilebilir hale gelir. BAM Başsavcılığı da bu itiraz yetkisini, ancak kesin nitelikteki bu tür kararlara karşı kullanabilir. Yine bu yolu sadece BAM C. Başsavcılığının kullanabilmesi, BAM ceza dairesinden geçmiş kararlara karşı başvurulabilmesi ve sanık lehine olduğu hallerde süresiz olması da bu kanun yolunun olağanüstü kanun yolu olduğunu ortaya koyan hususlardandır.³ Esasen 308/A maddesinin düzenlendiği yer de normatif olarak bu müessesenin olağanüstü kanun yolu olduğunun kabulünü gerektirmektedir.

O halde CMK'nın 308/A. maddesindeki düzenlemeye göre Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazını; *"Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri tarafından verilen ve herhangi bir yasa yolu öngörülmediği için kesin nitelikte olan kararlarına karşı, sanık aleyhine otuz gün içerisinde sanık lehine ise herhangi bir süreye tabi olmaksızın Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından gidilebilen ve kararı veren Ceza Dairesi tarafından kararın yeniden incelenmesi sonucu karardan dönülmediği taktirde BAM Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından nihai kararın verilmesini sağlayan olağanüstü bir yasa yoludur"* biçiminde tanımlayabiliriz.⁴

II. İTİRAZIN KONUSU

A. Genel Olarak

Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısının itirazının konusu, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin kesin nitelikteki kararlarıdır.

2 ERDEM Mustafa Ruhan/ŞENTÜRK Candide, **Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, Seçkin Yayınevi, Ankara (2018), sh. 173
Ancak bu yasayolunu olağan yasa yolu olarak gören Yazarlar da bulunmaktadır. (ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku** 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (2016), sh. 834)

3 ARSLAN Çetin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308.), **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, Aralık 2007, sh. 113

4 Benzer değerlendirme için bkz. DUMAN Barış. **Bölge Adliye Mahkemesi (İstinaf) Cumhuriyet Başsavcılığı**, Adalet Yayınevi, Ankara (2019), sh. 141

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, CMK'nın 279. maddesi gereğince yaptığı ön inceleme sonucunda; yetkili ve görevli olduğunu, ayrıca yapılan istinaf başvurusunun kabul edilebilir olduğunu tespit ettiği takdirde; başvurunun kabulüne karar vererek CMK'nın 280. maddesi gereğince dosyanın incelenmesi aşamasına geçer.

Bu aşamada inceleme dosya üzerinden ve heyet halinde yapılacak müzakere ile gerçekleştirilir. Ancak, dosya daire başkanı tarafından görevlendirilen bir üyenin hazırlayacağı rapor kapsamında incelenebilir.⁵

Bölge adliye mahkemesinin CMK'nın 280. maddesi gereğince yaptığı inceleme; *ilk derece mahkemesinin, duruşmada ortaya konulan ve tartışılan delillere göre yaptığı değerlendirme sonucunda gerçekleştiği kabul edilen maddi mesele ve bu meseleye uygulanan hukuk normlarının yerindeliğine ilişkindir.*⁶

Daire tarafından yapılan bu inceleme;

- Yargılama hukukuna ilişkin kuralların uygulanıp uygulanmadığını (CMK'nın 289. maddesinde düzenlenen kesin hukuka aykırılık hallerinin bulunup bulunmadığı sorunu),
- Dava konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve gerçekleştirme şeklinin belirlenmesi noktasında duruşmada ortaya konan ve tartışılan delillerin yeterli olup olmadığını (*maddi meselenin ispatı konusu*),
- Dava konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve gerçekleştirme şeklinin belirlenmesi noktasında araştırılması gereken bir delil bulunup bulunmadığını (*delillerde eksiklik konusu*),
- Duruşmada ortaya konan ve tartışılan deliller ışığında sanık tarafından gerçekleştirildiği belirlenen maddi olayın hukuki nitelendirmesinin doğru yapılıp yapılmadığını (*eyleme uyan suç tipinin belirlenmesi sorunu*),
- Yapılan hukuki nitelendirmeye göre sanık hakkında uygulanan yaptırımların doğru biçimde belirlenip belirlenmediğini (*yaptırımların doğru belirlenmesi sorunu*),

tespite yönelik bir incelemedir.

5 **Ceza Muhakemeleri İstinaf El Kitabı**, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun desteklenmesi Projesi, Mart 2007, S. 142

6 ÜNSAL Cengiz, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, S.285



Görüldüğü üzere, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan tespitler ile bağlı olmaksızın maddi meseleyi inceleyerek, maddi vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği ve gerçekleşmiş ise sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, duruşmada ortaya konan ve tartışılan delillerle ispat edilip edilmediğini, ispat edilmiş ise eyleme uyan suç tipinin ve buna göre uygulanan yaptırımların doğru şekilde belirlenip belirlenmediğini denetleyecektir.⁷

B. İnceleme Sonucunda BAM Ceza Dairesi Tarafından Verilecek Kararlar

Dosya üzerinden yapılan incelemenin sonucuna göre BAM ceza dairesi;

- İstinaf başvurusunun esastan reddine,
- Düzeltilecek istinaf başvurusunun esastan reddine,
- Kesin hukuka aykırılık dolayısıyla hükmün bozulmasına,
- Davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanılmasına,

karar verebilir.⁸

1. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin Kesin Olarak Verdiği Kararlar

CMK'nın 286. maddesinin 1. fıkrasına göre; bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma dışındaki kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Şu halde bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir.

CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasında ise, bu genel kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Bu fıkra da belirtilen bölge adliye mahkemesi kararları kesindir, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Buna göre;

a. Beş yıl veya daha az hapis cezası ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına ilişkin ilk derece mahkemesinden verilen karara karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez ve kesindir.

Bu bende göre, ilk derece mahkemesi tarafından beş yıl veya daha az hapis cezası ya da miktarı önemli olmaksızın adli para cezası

7 ARTUÇ Mustafa, **Açıklamalı-Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (2019), sh. 1263

8 CENTEL/ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, (2020), sh. 913-915

verildiğinde, bu hükümlerle ilgili istinaf mahkemesi yaptığı inceleme sonucu, duruşmalı veya duruşmasız istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilir ise, artık bu karara karşı herhangi bir olağan yasa yolu bulunmamaktadır, bu karar kesindir.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen ve 5 yıl hapis geçen cezaları, BAM ceza dairesi artırmadan istinaf isteminin reddine karar verse bile, bu karar temyize tabidir, kesin değildir. Yine ilk derece mahkemesi tarafından verilen ceza 5 yıldan fazla hapis cezası ise, BAM ceza dairesi bu cezayı 5 yılın altına düşürse bile, verilen bu karar temyize tabidir, kesin değildir.⁹

Eğer ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu ceza 5 yıl ve altındaki hapis veya miktarı önemli olmaksızın adli para cezası da, BAM ceza dairesi, bu cezayı 1 gün hapis veya 1 TL adli para cezası da olsa artırmış ise, artık bu karar kesin değildir temyize tabidir.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen ceza, adli para cezası ise, buna ilişkin istinaf isteminin reddine dair BAM Ceza Dairesi kararı kesindir. Buradaki para cezasının doğrudan verilen adli para cezası olması ile haptisten çevrilen adli para cezası olması arasında fark yoktur. Hatta suç bilinçsiz taksirle işlenen bir suç olup da verilen hapis cezası beş yıldan fazla olsa bile TCK'nın 50. maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilmiş ve bu kararın istinafı üzerine BAM ceza dairesi istinaf isteminin reddine karar vermiş ise, bu karar da kesindir, temyiz edilemez.¹⁰

İlk derece mahkemesi tarafından verilen 5 yıl ve altındaki hapis veya adli para cezası ile ilgili bu cezaları artırmayan, kararın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararlar da temyize tabi değildir, kesindir.

Burada istinaf isteminin reddi kararının duruşma açılmadan verilmesi ile duruşma açılarak verilmesi arasında fark bulunmamaktadır, her iki halde de BAM ceza dairesinin kararı kesindir.

9 Sanık hakkında, A.. 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 12/06/2017 tarihli hükmü ile hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCK'nın 142/2-h, 143/1 maddeleri uyarınca 12 yıl hapis cezasına hükmedildiği, bu hükmeye ilişkin istinaf talebi üzerine G.. Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesince davanın yeniden görülmesine karar verilerek yapılan duruşma sonunda 5271 sayılı CMK'nın 280/2. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesinin hükmü kaldırılarak sanık hakkında hırsızlık suçundan TCK'nın 142/2-h, 143/1, 168/2 ve 62. maddeleri uyarınca 3 yıl 9 ay hapis cezasına hükmedildiği ve bu hükmün temyizinin kabil olduğu belirlenerek yapılan incelemede...(2. CD, 16.04.2018, 2018/1688-2018/4554) (Balci, Fidan/Öztürk, Seyithan. **Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz** Adalet Yayınevi, Ankara (2019), sh. 319)

10 ERDEM/ŞENTÜRK, **Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, (2018), sh. 183



b. İlk derece mahkemelerince verilen beş yıl (beş yıl dahil) veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle ilk derece mahkemesi kararının beş yıl ve altındaki hapis cezası olması gerekir. İlk derece mahkemesinin verdiği karar, beş yıl hapsi geçiyor ise artık BAM ceza dairesi ister bu cezayı artırsın, ister azaltsın, isterse istinaf isteminin reddine karar versin bu karar temyize tabidir. Örneğin ilk derece mahkemesinin hükmettiği 6 yıl hapis cezası bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından 3 yıl hapis olarak yeniden belirlenmiş ise, bu karar ilk derece mahkemesinin verdiği cezanın miktarı itibariyle kesin değildir, temyize tabidir.

İkinci olarak, BAM ceza dairesinin, ilk derece mahkemesi tarafından verilen beş yıl ve altındaki hapis cezasını herhangi bir şekilde artırmamış olması gerekir. Bu durumda BAM ceza dairesinin ilk derece mahkemesi tarafından verilen ceza ile ilgili istinaf isteminin reddine karar vermesi veya hapis cezasını azaltması halinde artık bu karar temyize tabi olmayıp kesindir. Örneğin ilk derece mahkemesi 2 yıl hapis cezası verdi, BAM ceza dairesi de bu kararı kaldırdı ve sonuç olarak 1 yıl hapis cezası verdi ise, artık bu karar kesindir temyize tabi değildir.

Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesince verilen cezayı artırmış ise, bu halde bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Önemli olan cezanın artırılması hususudur. Bölge adli mahkemesi cezayı artırmış ve hükmedilen ceza beş yıl veya daha az bir hapis cezası olsa bile bölge adliye mahkemesinin bu kararı temyize tabi olacaktır. Örneğin ilk derece mahkemesi 3 yıl hapis cezası verdi, BAM ceza dairesi ise istinaf istemini kabul ederek bu cezayı 3 yıl 6 ay hapis olarak belirledi ise, bu karar kesin olmayıp temyize tabidir.

Bu kapsamda BAM ceza dairesinin ilk derece mahkemesinin kurduğu hükümdeki cezayı değiştirmemekle birlikte, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar yönü itibariyle sanığın aleyhine olacak bir değişikliği gitmiş ise ne şekilde hareket edileceği hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin ilk derece mahkemesi kararında tekerrür hükümleri uygulanmamış ve aleyhe istinaf olması nedeniyle BAM ceza dairesi tarafından TCK'nın 58. maddesi uygulanmış ise veya ilk derece mahkemesi tarafından müsadere hükümleri uygulanmamış ancak BAM ceza dairesi müsadere uygulamış ise veya TCK'nın 53/5. maddesindeki yasaklılık ilk derece mahkemesi tarafından uygulanmamış ancak BAM ceza dairesi tarafından uygulanmış ise,



kanaatimizce bu durumda ceza artırılmamış olmakla ek güvenlik tedbirine hükmolunmuş bulunduğu ve güvenlik tedbirleri de ayrı hüküm olduğundan, sonradan BAM ceza dairesi tarafından verilen ve güvenlik tedbiri eklenen hükümlerle ilgili temyiz yasa yolunun açık olduğunu düşünmekteyiz. Yargıtay da aynı görüştedir.¹¹

BAM ceza dairesinin, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar ilgili suçun niteliğinin değiştirilmesinin bu noktada önemi yoktur. BAM ceza dairesi suçu sahtecilik yerine görevi kötüye kullanma olarak değiştirse bile, cezayı artırmadığı sürece, temyize tabi olmayacaktır. Ancak, ilk derece mahkemesince verilen beş yıl veya daha az hapis cezasına ilişkin karar bölge adliye mahkemesince kaldırılıp beraat kararı veya ceza verilmesine yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verilmişse, başka bir deyişle kararın niteliği değişmiş ise CMK'nın 286. maddesinin 2-d. maddesindeki durum hariç, bu karar temyize tabidir, bu nedenle kesin değildir.¹² İlk derece mahkemesince verilen beraat kararı kaldırılıp, bölge adliye mahkemesince hapis cezasına veya seçenek yaptırıma (bu arada hapisten çevrilen adli para cezasına) hükmedilmesi halinde d bendindeki istisnalar hariç olmak üzere bu karar temyize tabi olacaktır.¹³

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus, ilk derece mahkemesinin bir suçtan dolayı sanığa 5 yıl veya daha az hapis cezası verdiği, bu kararın sanık veya Cumhuriyet savcısı tarafından sanığın lehine olarak istinafi edilmesi üzerine BAM ceza dairesinin fiilin başka bir suç oluşturduğu sonucuna varıp, bu nitelermeye göre belirlendiği ceza ilk derece mahkemesinin hükmettiğinden fazla olduğu ve fakat bu cezayı daha sonradan kazanılmış hak nedeni ile CMK'nın 283. maddesi uyarınca eski ceza miktarına çektiği hallerde, bu kararın kesin olup olmadığıdır. Örneğin ilk derece mahkemesi görevi kötüye

11 Sanık hakkındaki sonuç cezası artırmamakla birlikte TCK'nın 53/5. maddesinde düzenlenen hak yoksunluğu yönünden ilk kez Bölge Adliye Mahkemesince verilen ve ilk derece mahkemesince hükmedilen "Sanığın kamu görevlisi olması ve eylemin avukatlık görevini ifası sırasında gerçekleşmesi nedeniyle TCK'nın 53/1-a maddesi delaletiyle 53/5. maddesi uyarınca sanığın takdiren cezanın infazından sonra başlamak üzere 2 yıl 1 ay süreyle avukatlık hak ve yetkilerini kullanmasının sınırlandırılmasına" şeklindeki hatalı ve sınırlı uygulamayı sanık aleyhine kaldırıp "avukat olan sanığın avukatlık görevi nedeniyle zimmet suçunu işlediğinden sanığın TCK'nın 53/1-e maddesindeki hak ve yetkileri kullanmasının TCK'nın 53/5. fıkrasının 1. cümlesine göre cezanın infazından sonra işlemek üzere 2 yıl 1 ay süreyle yasaklanmasına" şeklinde genişleterek uygulanması yönündeki kararın temyiz yasa yoluna tabi olması gerektiği kabul edilerek tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiş, (5. CD. 20.11.2019, 2019/6122-10932)

12 BALCI/ÖZTÜRK, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz*, (2019), sh. 307

13 CGK, 20.03.2018 tarih ve 2018/11-38- 2018/113 sayılı kararı (BALCI/ÖZTÜRK, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz* (2019), sh. 310-314)



kullanma suçundan sanığa 6 ay hapis cezası vermiş, sanığın istinafi üzerine BAM ceza dairesi yaptığı inceleme sonucu eylemin zimmet suçunu oluşturduğu sonucuna vararak 5 yıl hapis cezasına hükmetmiş ve bilahare kazanılmış hak nedeniyle bu cezayı 6 ay hapse çekmiştir. Kanaatimizce burada 6 ay olarak verilen ceza, sadece kazanılmış hak nedeniyle çekilen cezadır, sonuç ceza aslında 5 yıldır. Bu nedenle sanığın aleyhine durum olduğundan, bu kararın da temyize tabi olması gerekir.¹⁴

c. Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez ve kesindir.

TCK'nın 50. maddesinde seçenek yaptırım olarak adli para cezası ve diğer seçenek tedbirler öngörülmüştür. Burada ilk derece mahkemesinin hapis cezasını TCK'nın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırıma çevirdiği bir karar söz konusudur. TCK'nın 50/5. maddesine göre asıl mahkûmiyet, sonuç olarak belirlenen adli para cezası ve seçenek tedbirdir.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen ve seçenek yaptırıma çevrilen mahkûmiyet ile ilgili istinaf başvurusu incelenip de, BAM Ceza Dairesi istinaf isteminin esastan reddine karar verir veya yine seçenek yaptırıma kendisi karar verir veya süresini ya da seçenek yaptırımı değiştirir ise, bu kararlar kesindir, temyiz edilemez.

İlk derece mahkemesi tarafından hapis cezası verilip de, BAM Ceza Dairesi tarafından bu hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilmiş ise, bu durumda anılan hükmün, temyize tabi olup olmadığı konusunda CMK'nın 286/2-c. Maddesinde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır, bu hükümlerin temyizi kabil olup olmadığı hususunun, CMK'nın 286/2. Maddesinin diğer bentlerine göre belirlenmesi gerekir.¹⁵

14 Aynı yönde KAYMAZ Seydi, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Seçkin Yayınevi, Ankara (2017), sh. 273-274; Anılan Yazara göre "Yalnızca sanık lehine istinaf kanun yoluna başvurulması nedeniyle aleyhe değiştirme yasağı uyarınca sanığa aynı cezanın verildiği hallerde de hükmün temyize tabi olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten, bu ihtimalde daha önce verilen ceza, aleyhe kanun yoluna başvurulmadığı için tayin edilmektedir. Suçun niteliğine veya suçun gerektirdiği ceza miktarına bağlı hak yoksunlukları –ki bu yoksunluklar bazen ceza kadar acıttıcı olabilir-, af, zamanaşımı gibi kurumlar ise doğru bir şekilde tayin edilen suçun niteliğinin gerektirdiği ceza miktarına göre tayin edilecektir. Bu göstermektedir ki, bu halde aleyhe değiştirme yasağı uyarınca belirlenen ceza suçun gerektirdiği ceza olmayıp, infaz edilmesi gereken cezadır (CGK. 04.03.2008, 2008/6-47, 2008/43). Bazı Yargıtay kararlarında, aleyhe değiştirme yasağı uyarınca belirlenen cezanın infaz edilmesi gereken ceza olduğu açıkça vurgulanmıştır (1. CD. 02.12.2014, 2014/2450-2014/5802). O nedenle, aleyhe değiştirme yasağı uyarınca cezanın artırılmadığı hallerde de hükmün temyize tabi olduğunu kabul etmek gerekir.

15 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Seçkin Yayınevi, Ankara (2017), sh. 257

Eğer ilk derece mahkemesi tarafından beraat kararı verilip de, BAM Ceza Dairesi bu kararı mahkûmiyete dönüştürüp, daha sonra da verilen hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirmiş ise, CMK'nın 286/2-d. maddesindeki suçlar hariç olmak üzere, verilen bu karar da temyize tabidir, kesin değildir.

d. İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272. maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları kesindir temyiz edilemez.

CMK'nın 286/2-d. maddesi daha önce *"İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,"* biçiminde iken doktrinde adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁶ Hüküm, Anayasa Mahkemesinin 27/12/2018 tarihli ve E.: 2018/71 K.: 2018/118 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir,^{17, 18}

16 Eleştiriler için bkz. GÜNGÖR Devrim, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Yetkin Yayınevi, Ankara (2016), sh. 129

17 R.G. Tarih - Sayı: 15/2/2019 – 30687

18 Anayasa Mahkemesi anılan kararında "31. Kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin bölge adliye mahkemesi kararına karşı temyiz yolunun kapalı tutulması suretiyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşabilmesi bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığı söylenemez.

32. Ancak hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın elverişli ve gerekli olması yeterli olmayıp orantılı da olması gerekir. Orantılılık yönünden yapılacak denetimde temyiz yolu kapatılan kararın iki yıla kadar hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet içerebilen hükümlerden olduğu gözlemlenmelidir. Kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuran hükümlerin denetime tabi tutulmasının önemi açıktır. Kaldı ki bu kapsamdaki bazı mahkûmiyet hükümleri kamu görevlisi olmak dâhil kişi bakımından belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ceza yargılaması sonucu verilen bütün hükümlere karşı bu denetimi talep etme imkânı tanınmasını zorunlu kılan bir yönü bulunmamaktadır. Bu bakımdan hafif nitelikteki suçlara ilişkin mahkûmiyetlerin kesin olması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama olarak nitelendirilebilir. Ancak hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını içeren suçların hafif nitelikte olduğu söylenemez.

33. Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime tabi kılınmamasının sanığa aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Diğer bir ifadeyle hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime kapalı tutulmasıyla sanığa yüklenen külfet, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklılaştırılmaz. Hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetletirilmesi vasıtasıyla elde edecek bireysel yarar, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemez. Bu itibarla bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine



ve 20/2/2019 tarih ve 7165 sayılı Kanunun 7. maddesi ile yeniden düzenlenerek mevcut halini almıştır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için ön şart, üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren veya iki yıla kadar hapis cezası ile birlikte adli para cezası gerektiren bir suçun varlığıdır. Kanunda bir suçun karşılığı olarak öngörülen ceza 2 yıldan fazla ise, bu madde kapsamında değerlendirilemez. Bu sürenin belirlenmesinde, cezayı artıran veya azaltan nedenler göz önünde bulundurulmaz. Burada hükmolunan ceza miktarının önemi bulunmamaktadır. Sonuç ceza miktarı 2 yıldan fazla olsa bile, bu hüküm uygulanabilecektir.

Bu hükmü göre, ilk derece mahkemesi beraat kararı vermiş, BAM ceza dairesi bu kararı kaldırarak kendisi mahkûmiyet kararı olarak hapis cezası vermiş ise (ceza 1 gün bile hapis bile olsa) bu karar artık kesin değildir, temyize tabidir.

BAM ceza dairesi ilk derece mahkemesinin verdiği beraat kararını kaldırıp 3000 TL'ye kadar (3000 TL dahil) adli para cezasına hükmeder ise bu karar CMK'nın 272/3. maddesi uyarınca kesindir, temyiz edilemez.

BAM ceza dairesi ilk derece mahkemesinin verdiği beraat kararını kaldırır da 3000 TL'yi aşan adli para cezasına hükmeder ise bu karar temyize tabidir, kesin değildir.

Bunun dışında ilk derece mahkemesinin verdiği 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile ilgili BAM ceza dairesinin verdiği esastan ret, düzelterek esastan ret, mahkûmiyet kararının beraata çevrilmesi veya hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi gibi her türlü karar, temyiz edilemez, kesindir. O halde ilk derece mahkemesinin verdiği hapis cezasını ister artırsın, ister azaltsın, isterse, üst sınırı iki yılı aşan bir cezayı gerektirmemek koşuluyla, suç vasfını değiştirsin, anılan suçlarla ilgili BAM ceza dairesi tarafından verilen kararlar, kesindir.¹⁹ Örneğin

karşı denetim imkânının bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

34. İtiraz konusu kuralda bölge adliye mahkemesinin sadece –yukarıda belirtildiği üzere– hükmün denetlenmesini talep etme hakkını sınırlamayan ilk derece mahkemesinin beraat kararının onanmasına ilişkin kararlarına değil ilk derece mahkemesinin beraat kararının bozularak ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlarına karşı da temyiz yolu kapatılmıştır. Bu durumda ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanmasına ilişkin kararlar ile beraat kararının bozulması üzerine ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlar arasında ayırım yapılmaksızın bölge adliye mahkemesinin kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü karara karşı temyiz yolunun kapalı olmasını öngören kuralın bütünüyle iptali gerekir.” biçiminde gerekçe göstermiştir.

19 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 269

TCK'nın 106/1. maddesinin birinci cümlesinde düzenlenen tehdit suçunun cezası 6 aydan 2 yıla kadar haptistir. İstinaf mahkemesi bu suçla ilgili hapis cezası verdiğiğinde, bu mahkûmiyet kararı istinaf edilir ise, BAM ceza dairesinin bu hükümle ilgili verdiği beraat, düşme, ceza verilmesine yer olmadığına, cezanın artırılmasına veya azaltılmasına ilişkin tüm kararlar temyiz edilemez, kesindir.

Burada CMK'nın 286/2-d. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali ve daha sonra 7165 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerin zaman bakımından uygulanması kapsamında 28.02.2019 tarihinden sonra ilk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272. maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları ise kesin olup, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.²⁰

e. Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz, kesindir.

CMK'nın 286/2-e maddesi gereğince, adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları kesindir, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Bu hükmün uygulanabilmesi için, fiilin, yalnızca adli para cezasını gerektiren bir suç olması gerekir. Burada önemli olan suçun karşılığında yaptırım olarak adli para cezasının öngörülmesi olmasıdır. Suçun karşılığında öngörülen cezanın hapis olduğu, ancak bu hapsin TCK'nın 50. maddesinin uygulanarak sonuç cezanın adli para cezasına çevrildiği hallerde TCK'nın 286/2-e. maddesi uygulanamaz, diğer bentlere göre işlem yapılır.²¹

Bu suçlarla ilgili verilen ilk derece mahkemesi kararı ister mahkûmiyet, ister beraat, ister düşme, isterse ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin olsun bu hükmün uygulanmasını engellemez. Bu suçlar nedeniyle verilen ve kanaatimizce suçun adli para cezasını gerektiren bir suç olma vasfını koruduğu sürece, cezaların artırılması, eksiltilmesi, beraat kararının mahkûmiyete çevrilmesi ya da mahkûmiyet kararının beraat kararına çevrilmesine ilişkin bölge adliye mahkemesi

20 ARTUÇ Mustafa/ELMAS Mehmet Tevfik, **Duruşma Yönetimi ve Yasayolları**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (2019), sh. 639

21 ERDEM/ŞENTÜRK, **Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, (2018), sh. 185



kararları da temyize tabi olmayıp kesindir. Yine burada suç niteliğinin değişmesi, suçun adli para cezasını gerektiren suç olma özelliğini koruması kaydı ile bentte yer alan “suç niteliğini değiştirmeyen” ibaresi 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun 78. maddesiyle “her türlü” şeklinde değiştirilmesi nedeniyle sonuca etkili değildir.²²

f. Sadece eşya veya kazanç müsadereğine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esaslan reddine dair kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz, bu kararlar kesindir.

CMK'nın 256. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, müsadereyi gereken bir eşyanın müsadereyi konusunda asıl hükümle birlikte bir karar verilmediği veya ön ödemenin ödenmesi gibi bir nedenle kamu davasının açılmadığı hallerde, müsadere isteminde kimlerin bulunabileceği düzenlenmiştir. Maddeye göre bu durumda C. Savcısı veya katılan eşyanın müsadereyi isteyebilir. CMK'nın 258. maddesine göre “256 ncı maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve 257 nci maddede belirlenen kişiler için istinaf yolu açıktır.” Burada müsadere olunan eşyanın değerinin bir önemi bulunmamaktadır. Eşyanın değeri ne olursa olsun başvurulacak yasa yolu istinaftır.

Suç konusu olmayıp münhasıran müsadereye tabi olan eşyanın (kendisi suç konusu olan eşya münhasıran müsadereye tabidir, örneğin ruhsatsız tabanca, uyuşturucu madde, kaçak eşya gibi) müsadereyi ise; CMK'nın 259. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması için eşyanın suç konusu olmaması gerekir. Eğer eşya suç konusu (örneğin ruhsatsız silah taşıma veya uyuşturucu kullanma veya kaçakçılık suçları işlenmiş) ise bu durumda müsadere yukarıda açıklanan usule göre yapılacaktır. Burada, işlenen bir suç bulunmadığından duruşma yapılmasına gerek yoktur, onun için müsadere duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde yapılacak ve bu karara karşı da itiraz kanun yoluna başvurulacaktır.

CMK'nın 286/2-e. maddesinde düzenlenen müsadere CMK'nın 256-258. maddeleri arasında düzenlenen müsadereyi. Çünkü CMK'nın 259. maddedeki müsadere kararı itiraza tabi olduğundan, bu kararların istinaf edilmesi üzerine BAM ceza dairesine gelebilmesi mümkün değildir.

Burada temyize konu olmayan karar; ilk derece mahkemesi tarafından verilen ve yalnızca eşya veya kazanç müsadereğine veya eşya

22 Aynı yönde BALCI/ÖZTÜRK, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz*, (2019), sh. 324

veya kazancın müsadere edilmesine yer olmadığına ilişkin kararlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararıdır. Burada müsadere edilen eşyanın veya kazancın miktarının herhangi bir önemi yoktur, Kanun koyucu değere göre bir düzenleme yoluna gitmemiştir.

Madde metninde “sadece eşya veya kazanç müsadere”nden bahsedildiğinden, bu bent ilk derece mahkemesi tarafından bir cezaya bağlı olmaksızın verilen müsadere veya müsadere yapılmasına yer olmadığına kararları yönünden uygulanacaktır. Bir cezaya bağlı olarak verilen müsadere veya müsadereye yer olmadığına kararları yönünden ise, diğer bentler uygulanarak sonuca ulaşılabilecektir.

g. On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları temyize tabi olmayıp kesindir.

Burada da temyize tabi olmayan karar, kanunda öngörülen cezanın üst sınırının on yıl veya daha az hapis cezasını veya miktarı ne olursa olsun adli para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı ilk derece mahkemesince verilen beraat kararına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesince verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararıdır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için bir suçun kanunda öngörülen cezasının on yıl veya altındaki hapis cezası olması, ilk derece mahkemesi tarafından beraat kararı verilmesi ve BAM ceza dairesinin de istinaf istemini esastan reddetmiş olması gerekir.

Yine suçun kanunda öngörülen cezasının adli para cezası olması halinde de, ilk derece mahkemesi tarafından verilen beraat kararı ile ilgili istinaf isteminin reddine ilişkin kararlar da bu bent kapsamında değerlendirileceğinden, temyize tabi olmayacak, kesin sayılacaktır.

O halde, on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı ilk derece mahkemesince verilen beraat kararlarına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

On yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı kaldırılıp bölge adliye mahkemesince beraat kararı verilmiş ise bu karar da temyize tabidir.

On yıl veya daha az hapis cezasına gerektiren bir suçtan dolayı ilk derece mahkemesince verilen beraat kararının kaldırılıp, bölge



adliye mahkemesince mahkumiyet, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmiş ise yine bu karar da temyize tabidir.

h. Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz, kesindir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk derece mahkemesi tarafından herhangi bir nedenle kamu davasının düşmesine veya ceza verilmesine yer olmadığına veya yalnızca güvenlik tedbirine hükmedilmiş olması gerekir. Bu kararların istinafı üzerine istinaf isteminin reddine karar verilir ise bu karar temyiz edilemez, kesindir.²³ Bu bentte geçen güvenlik tedbiri ile müsadere maddenin f fıkrasında ayrıca düzenlendiğinden, müsadere dışındaki güvenlik tedbirlerinin anlaşılması gerekir.²⁴

CMK'nın 286/2-h. maddesine göre, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kamu davasının düşmesi veya ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbirine hükmolünmüş da bu karar aleyhine istinaf başvurusunda bulunulmuş ve BAM ceza dairesi istinaf istemini kabul ederek, yine bu üç tür karardan birisini vermiş ise, bu kararın da temyizi mümkün değildir.²⁵ Örneğin ilk derece mahkemesi zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verdi ve BAM ceza dairesi eylemin zamanaşımına uğramadığını, ancak çocuğun 12 yaşından küçük olduğunu görüp de ceza verilmesine yer olmadığına karar verir ise, bu karar kesindir.²⁶ Yine güvenlik tedbirlerinin değiştirilerek ilk derece mahkemesinin düzeltilerek onanmasına dair BAM ceza dairesi kararı

23 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 272

24 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 270; Balcı/Öztürk, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz*. (2019), sh. 328

25 "...bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu tedbirin ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu tedbirle aynı türden olmak, yani güvenlik tedbiri olmak koşuluyla adının ve niteliğinin farklı olması halinde de hükmün temyiz yeteneğinin olmadığı.", "...bölge adliye mahkemesi bu bentte yer alan kararlardan vermiş olsa bile karar türü değişmişse, ... düşme yerine ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiş ise, bu yeni ve farklı bir karar olduğundan temyiz tabi olacaktır" görüşü için bkz. KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 272

26 5271 sayılı CMK'nın 286/2-g maddesi uyarınca (karar tarihinde yürürlükte bulunan), davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararların temyizleri mümkün olmadığından, Bölge Adliye Mahkemesince verilen temyiz isteminin reddine ilişkin 21.06.2017 tarihli, 2017/934 esas ve 2017/901 karar sayılı ek kararda bir isabetsizlik görülmediğinden, bu karara yönelik Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazının reddiyle, temyiz isteminin reddine dair ek kararın ONANMASINA, (13. CD, 08/02/2018, 2018/248-2018/1511) (BALCI/ÖZTÜRK, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz* (2019), sh. 329)



da temyiz edilemeyecek kesin nitelikteki kararlardandır. Ancak BAM ceza dairesi, ilk derece mahkemesinin verdiği düşme, ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin karara karşı yapılan istinaf başvurusunu kabul ederek bu kararı kaldırıp beraat, mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri uygulanmasına yer olmadığına karar verir ise, bu karar kesin olmayıp temyizi kabildir.

Yine BAM ceza dairesi tarafından mahkûmiyet veya beraat kararı kaldırılıp da, düşme, ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbirine karar verilmiş ise, diğer bentlerdeki sınırlamalar saklı kalmak üzere, bu karar temyize tabi olacaktır.²⁷

1. Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları da temyiz edilemez nitelikteki kesin kararlardandır.²⁸

CMK'nın 286/2-1. maddesine göre, tek başına temyiz kanun yolu kapatılan hükümlerden birden fazlasının bir arada bulunması halinde, bu hüküm de kesin nitelikte olduğundan aleyhine karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz.²⁹

Burada söz konusu olan, dosyada sanıkla ilgili birden fazla suçtan hüküm kurulması değildir. Zira ayrı suçlardan kurulan hükümler birbirinden bağımsızdır ve bu nedenle her bir suç için kurulan hükme karşı temyize gidilip gidilmeyeceği ayrı ayrı belirlenecektir. Bu bentte düzenlenen husus, aynı suçtan kurulan hükmün içerisinde, kanunun deyimi ile "aynı hükümde" cezalardan ve kararlardan birden fazlasının yer almasıdır. Örneğin sanığın üzerine atılı suçun cezasının üst sınırı 2 yıl ve altında hapis cezasıdır. Buna göre ilk derece mahkemesi 1 yıl hapis cezası vermiş ve yanında da müsadereye hükmetmiş, BAM ceza dairesi ise istinaf istemini reddetmiş ise bu karar CMK'nın 286/2. maddesinin hem c hem de e bendi kapsamına göre temyizi kabil olmayıp kesin niteliktedir ve temyizi mümkün değildir.

Eğer tek hükmün içerisinde bir kısım bölümlere karşı CMK'nın 286/2. maddesi uyarınca temyiz yasa yoluna gidilebiliyor ise, hükmün bölünmemesi ilkesi gereği hiçbir kısmı kesinleşmiş sayılamaz ve tamamı için temyiz yasa yoluna başvurulabilir.³⁰

27 BİRTEK Fatih, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Adalet Yayınevi, Ankara (2019), sh. 340,

28 ARTUÇ/ELMAS, *Duruşma Yönetimi ve Kanun Yolları*, 3. Baskı, (2019), sh. 639

29 BİRTEK, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2019), sh. 340

30 CGK. 08.06.2010, 2010/3-118-2010/139



2. BAM Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamında Olan Kararlar

CMK'nın 308/A. maddesine göre, BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi, yalnızca BAM Ceza Dairesi kararları yönünden bulunmaktadır. Bu nedenle gerek ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara karşı, bu kararlar kesin olarak verilse bile, gerekse Yargıtay Ceza Dairelerinin kararlarına karşı, BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi bulunmamaktadır.

BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi, ancak BAM ceza dairesinin istinaf kanun yolu incelemesi nedeniyle vermiş olduğu kararlarla ilgili bulunmaktadır. Yine itiraza konu karar, BAM ceza dairesinin istinaf incelemesi sonucu vermiş olduğu son karar niteliğinde olmalıdır. Bu nedenle BAM ceza dairesinin vermiş olduğu ara kararla ilgili CMK'nın 308/A. maddesindeki yetkinin kullanılması mümkün değildir.³¹

İtiraz edilen kararın, BAM Cumhuriyet Savcısının duruşmadaki mütalaasına uygun olup olmaması önemli değildir. Karar mütalaaya uygun olarak verilmiş olsa bile, BAM Cumhuriyet Başsavcılığının bu karara karşı itiraz yetkisi bulunmaktadır.³²

BAM ceza dairesinin her kararına karşı da itiraz yetkisi yoktur, yalnızca kesin olan kararlara karşı BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla BAM ceza dairesinin istinaf kanun yolu muhakemesi nedeniyle verilmemiş veya istinaf kanun yolundan geçmemiş kararlara karşı, bu yola başvurulması mümkün değildir.

CMK'nın 286. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren BAM ceza dairesi kararları verildikleri andan itibaren kesin hüküm niteliğindedirler.

Bir hükme karşı, temyiz yasa yoluna başvurulup başvurulamayacağı hususu, hüküm tarihindeki yasal düzenlemeye göre belirlenecektir.³³

Yine BAM ceza dairesi tarafından doğru uygulama yapıldığında, CMK'nın 286/2. maddesi kapsamına girmeyecek bir hüküm yerine, hatalı uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan bir ceza verilmesi halinde de bu hüküm temyize tabi olacaktır.³⁴ Yargıtay da aynı görüştedir.³⁵

31 ARSLAN, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308.), sh. 125

32 ARSLAN, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308.), sh. 126

33 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 273

34 ERDEM/ŞENTÜRK, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (2018), sh. 186

35 CGK. 10.03.2009, 2009/2-43-2009/56

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verdiği ve CMK'nın 286/2. maddesine göre verildiği anda kesin olan kararlarına karşı CMK'nın 308/A. maddesindeki itiraz yetkisi kullanılabilir.

BAM ceza dairesi tarafından verilen kesin nitelikteki kararların dosya üzerinde mi, yoksa duruşma açılarak mı verildiği önemli değildir, her iki halde de kesin nitelikteki kararlara karşı CMK'nın 308/A. maddesi uyarınca BAM Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz yetkisini kullanabilir.³⁶ Ancak BAM ceza dairesinin kesin olmayan kararı, başka bir deyişle temyizi olanaklı olan bir kararı, tarafların, BAM Cumhuriyet Başsavcılığının, sanık veya katılanın temyiz etmemesi nedeniyle kesinleşir ise, artık bu karara karşı temyiz etme yetkisini kullanmayan BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisini kullanabilmesi mümkün değildir, çünkü burada kesinleşmiş bir karar vardır, ama BAM ceza dairesi kararı verdiğinde, temyizi kabil olmayan, kesin bir karar yoktur. Bu nedenle hukuka aykırılık olsa bile CMK'nın 308/A. maddesindeki yolun, bu kararlara karşı kullanılabilmesi mümkün değildir.³⁷

BAM ceza dairesi tarafından CMK'nın 280/1-d. maddesi uyarınca verilen bozma kararlarına karşı CMK'nın 286/1. maddesinin "bozma dışındaki hükümlerin" temyiz edilebileceğine ilişkin hükmü uyarınca, temyiz yasa yoluna başvurulması mümkün değildir. O halde BAM ceza dairesinin bozma kararları da kesindir. BAM ceza dairesinin kesin olarak verdiği bozma kararlarına karşı CMK'nın 308/A. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvurulup başvurulamayacağı hususunun da tartışılması gerekir. Kanun koyucu, BAM ceza dairesi tarafından verilen bozma kararlarına karşı direnme hakkı vermemiş ve sonuçlanmamış bir kararla ilgili defalarca dosyanın gidip gelmesini ve sürüncemede kalmasını istememiştir. Ayrıca işin esası ile ilgili bir hüküm olmayan ve son karar niteliği bulunmayan bozma kararlarına karşı herhangi bir olağan yasa yolu öngörmemiştir. Bu nedenle, bozma kararlarına karşı olağanüstü kanun yolu niteliğindeki BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.³⁸

CMK'nın 276. maddesinin birinci fıkrasına göre; temyiz isteminin, kanuni sürenin geçmesinden sonra veya aleyhine temyiz yoluna

36 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 283

37 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 283; Karşı görüş için bkz. AŞKIN Uğur, *Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu*, Adalet Yayınevi, Ankara (2018), sh. 228

38 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 283



başvurulamayacak bir hükme karşı yapılmışsa ya da temyiz yoluna başvuranın buna hakkı yoksa hükmü veren ilk derece mahkemesince istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Kanun koyucu böyle bir “ilk denetim filtresi” koymak suretiyle, belirtilen koşulları taşımayan başvurular ile BAM ceza dairesinin gereksiz yere uğraştırılmasını ve yargılamanın uzamasını engellemeyi amaçlamıştır.

Hükmü veren ilk derece mahkemesi yapılan istinaf başvurusu üzerine;

- İstinaf başvurusunun yasal süresi içinde yapılıp yapılmadığını,
- Aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir karara karşı temyiz başvurusu yapılıp yapılmadığını,
- İstinaf yoluna başvuranın, istinaf başvurusunda bulunmaya hakkı olup olmadığını,

inceler.

İlk derece mahkemesinin istinaf başvurusunu belirtilen nedenler dışında incelemesi söz konusu değildir. Yine vereceği karar da bu nedenlerle sınırlıdır.

İlk derece mahkemesi açıklanan nedenlerle sınırlı olarak yaptığı inceleme sonucunda, başvurunun süresinde yapılmadığını veya aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacak bir karara karşı başvuruda bulunulduğunu ya da başvuranın, istinaf başvurusunda bulunmaya haklı olmadığını tespit ederse, “temyiz dilekçesinin reddine” karar verecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, ret kararına karşı başvurulabilecek kanun yolu hükme bağlanmıştır.

İlk derece mahkemesince verilen ret kararı, dilekçesi reddedilen başvurucuya tebliğ edilmelidir. İstinaf başvurusunda bulunan ve dilekçesi reddedilen başvurucular, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesine başvurarak bu konuda bir karar verilmesini isteyebilirler. Bu yöndeki başvurunun şekli konusunda CMK’da bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca, istinaf yoluna başvuru şekline ilişkin hükümlerin bu başvuru yönünden kıyasen uygulanması gerekir.

Ret kararına karşı başvuru dilekçesi ilk derece mahkemesine verilir. Dilekçenin ilk derece mahkemesi yerine başka bir mercie verilmesi, hak

kaybına yol açmaz. CMK'nın 264. maddesi hükümleri kıyasen uygulanır. Bu nedenle ret kararına başvuru dilekçesinin ilk derece mahkemesi yerine bölge adliye mahkemesine verilmesi halinde, bölge adliye mahkemesince dilekçe, ilk derece mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesinin, dilekçeyi ilk derece mahkemesine göndermek yerine, başvuru koşulları yönünden kendisinin inceleme yapması mümkün değildir. Yetkili merci olmadığı halde bölge adliye mahkemesince inceleme yapılıp, karar verilmesi halinde, verilen karar yok hükmünde sayılır. Zira CMK'nın 276. maddesi gereğince ilk derece mahkemesince yapılan inceleme "ilk denetim filtresini" oluştururken, Kanununun 279/2. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesince yapılacak inceleme ise "ikinci denetim filtresini" oluşturur.

Ret kararına karşı başvurulması üzerine, ilk derece mahkemesi dilekçe ekinde dosyayı bölge adliye mahkemesine gönderir. İlk derece mahkemesinin ret kararına karşı yapılan başvurunun, yerinde olup olmadığını inceleme (yerindelik denetimi) yetkisi yoktur.

Ret kararına yapılan başvuru, "itiraz" değildir. Zira bu talep, CMK'nın 276/2. maddesinde bu husus "bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar verilmesini isteme" şeklinde nitelendirilmiştir. Başvuru üzerine istinaf mahkemesi, yalnız ilk derece mahkemesi tarafından verilen ret kararının yerinde olup olmadığını değil, tüm yönleriyle istinaf başvurusunun kabul edilir olup olmadığını inceleyecektir. Konuyu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; istinaf başvurusu, ilk derece mahkemesi tarafından "süre" yönünden reddedilmiş ise, ret kararına karşı yapılan başvuru üzerine bölge adliye mahkemesince başvuru önce süre yönünden incelenecek, süre yönünden sıkıntı olmadığını anlar ise bu kez ehliyet ve ortada istinafa tabi bir karar olup olmadığı inceleyecektir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi dosya kendisine tevzii edilince, Hakimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi Kararı ile yapılan iş bölümüne göre, dosyanın kendi dairelerinin görevine girip girmediğini inceleyecektir. Yapılan inceleme sonucunda, dosyanın kendi dairelerinin görev alanına girmediğinin belirlenmesi halinde, görevsizlik kararı vererek dosyayı ilgili ceza dairesine gönderecektir.

BAM Ceza Dairesi yetkili ve görevli olduğunu tespit eder ise, bu durumda da CMK'nın 279. maddesi uyarınca;

- İstinaf başvurusunun yasal süresi içinde yapılıp yapılmadığını,



- Aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir karara karşı istinaf başvurusu yapıp yapılmadığını,

İstinaf yoluna başvuranın, istinaf başvurusunda bulunmaya hakkı olup olmadığını inceleyecektir. Bu “ikinci denetim filtresidir.”

Daire yaptığı inceleme sonucunda; başvurunun süresinde yapılmadığını veya aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir karara karşı başvuruda bulunulduğunu ya da başvuranın, istinaf başvurusunda bulunmaya haklı olmadığını tespit ederse “istinaf başvurusunun “reddine karar verecektir. Bu karar CMK’nın 279/2. maddesi gereğince itiraza tabidir, temyize tabi değildir.³⁹ İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

Gerek CMK’nın 276/2. maddesi uyarınca verilen BAM ceza dairesi kararı, gerekse aynı Kanunun 279/2. maddesi uyarınca verilen itirazın reddine ilişkin karar, niteliği ne olursa olsun (ister kabul ister ret) kesindir. Bu karara karşı temyiz yoluna gidilemez, aynı zamanda bu kararlar itiraz veya başvuru üzerine verilmiş olduğundan, bu kararlara karşı CMK’nın 308/A. maddesi uyarınca BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz kanun yoluna başvuramayacağını düşünmekteyiz.⁴⁰ Kanaatimize göre, bu şekildeki kararlara karşı CMK’nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesi mümkündür. Çünkü CMK’nın 309. maddesi uyarınca, “istinaf ve temyiz incelemesinden vaz geçmeksizin kesinleşen” kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebileceği kabul edilmiştir. Bu durumda da BAM’ın ilgili ceza dairesi veya itiraz üzerine inceleme yapan BAM ceza dairesi klasik bir istinaf inceleme yapmamakta, itiraz veya başvuru üzerine dosyaya bakmaktadır, bu nedenle anılan kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

39 5271 sayılı CMK’nın 272/3-a maddesi uyarınca, hükmolunan cezanın miktar ve türüne göre, hükme karşı istinaf yasa yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, CMK’nın 279/1-b maddesi uyarınca verilen, istinaf isteminin reddine dair kararın aynı maddenin son cümlesi uyarınca itiraza tabi olduğu ve temyizi mümkün olmadığından ve CMK’nın 264/1. maddesi uyarınca sanık yönünden yasa yoluna başvuruda ve mercide yanılmanın haklarını ortadan kaldırmayacağını anlaşılması karşısında; 5271 sayılı Yasa’nın 264/2. maddesi uyarınca itirazı incelemeye yetkili ve görevli mahkemeye, Mahkemesince iletilmek üzere dosyanın incelenmeden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına İADEŞİNE, (13. CD. 23.02.2017, 2017/73-2017/1699) (ARTUÇ, Ceza Muhakemesi Kanunu Pratik Kitap, (2019), sh. 1259)

40 Aksi düşünce için bkz. KAYMAZ, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, (2017), sh. 283; Anılan Yazara göre “Dikkat edilirse her iki halde de bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusu üzerine değil, ilkinde itiraz, ikincisinde ise kendine özgü bir hukuksal çare olan başvuru üzerine karar vermektedir. Ancak hem itiraz hem de başvuru, verilen bir hükmün istinaf kanun yolunda incelenmesi talebine ilişkindir. O nedenle her iki halde de bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu kararın C.Başsavcılığının itirazına konu olabileceğini düşünmekteyiz”

Yine BAM ceza dairesi tarafından verilen, tutuklama, tutukluluğun devamı veya adli kontrol gibi koruma tedbirleri ile ilgili olarak itiraz yoluna başvurma mümkün olduğundan bu kararlara karşı olağanüstü bir yasa yolu olan CMK'nın 308/A. maddesindeki BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yoluna başvurulamaz.⁴¹

SONUÇ

CMK'nın 286. maddesinde bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin hangi kararlarına karşı, temyiz yoluna başvurulamayacağı açık bir biçimde belirlenmiştir. Bu kararlar, bölge adliye mahkemesi nezdinde kesinleştiğinden, ancak bu kararlar yönünden BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi bulunmaktadır.

CMK'nın ilk düzenlemesinde, BAM ceza dairesi kararlarına karşı, BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi bulunmamakta idi, bu yolun açılması yerinde olmuştur. Aksi takdirde BAM ceza dairesi tarafından verilip kesin nitelik taşıyan kararlar için olağanüstü olsa dahi herhangi bir denetim yolu öngörülmemiş olacaktır.

Şu anda bilindiği gibi, ilk derece Mahkemesi tarafından verilen 5 yıl ve altındaki hapis cezalarını artırmayan BAM ceza dairesi kararları kesindir. Bu miktarın fazla olduğu ve 3 yıla düşürülmesi gerektiğine ilişkin, yargı kamuoyunda fikirler ileri sürülmektedir. Bu miktar düşürüldüğünde, BAM Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisinin kapsamı da daralmış olacaktır.

41 KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2017), sh. 284



KAYNAKLAR

ARSLAN Çetin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308.), **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, Aralık 2007,

ARTUÇ Mustafa, **Açıklamalı-Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (2019),

ARTUÇ Mustafa/ELMAS Mehmet Tevfik, **Duruşma Yönetimi ve Yasayolları**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (2019),

AŞKIN Uğur, **Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu**, Adalet Yayınevi, Ankara (2018),

BALCI Fidan/ÖZTÜRK Seyithan, **Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz**, Adalet Yayınevi, Ankara (2019),

Ceza Muhakemeleri İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun desteklenmesi Projesi, Mart 2007,

DUMAN Barış, **Bölge Adliye Mahkemesi (İstinaf) Cumhuriyet Başsavcılığı**, Adalet Yayınevi, Ankara (2019),

ERDEM Mustafa Ruhan/ŞENTÜRK Candide, **Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, Seçkin Yayınevi, Ankara (2018),

GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınevi, Ankara (2016),

KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin Yayınevi, Ankara (2017),

ÜNSAL Cengiz, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı,

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku** 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (2016),



6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ KREDİSİ VE KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDEKİ KİŞİSEL TEMİNATLARLA İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER

*(Evaluations on Personal Guarantees in Consumer Loans and Credit Cards
Contracts within the scope of Consumer Protection Act No 6502)*

Prof. Dr. Ebru CEYLAN¹

ÖZ

Tüketici kredisi sözleşmelerinde ve kredi kartı sözleşmelerinde tüketicinin kişisel teminatlar bakımından korunması için 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanunda önemli düzenlemeler getirilmiştir. Tüketici kredilerinde ve kredi kartlarında kişisel teminatlar sözleşme taraflarının edimlerini yerine getirmemelerinin bir güvencesi olmaktadır. Tüketici sözleşmesi sayılan tüketici kredisi sözleşmesi ve kredi kartı sözleşmesinde tüketicinin borçlarına karşılık verilen kişisel teminat “adi kefalet” sayılmaktadır, tüketicinin alacaklarına ilişkin verilen kişisel teminat ise “müteselsil kefalet” sayılmaktadır. Bu nedenle adi kefalet ve müteselsil kefaletin hukuki sonuçları çalışmamızda açıklanmıştır. Ayrıca, kişisel teminatın tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmelerinde kefaletten farklı bir türde kararlaştırılması halinde bu kişisel teminatların neler olabileceği ve kefaletin geçerlilik şartlarını taşımalarının gerekip gerekmediği hakkında doktrindeki görüşler ve Yargıtay’ın güncel kararlarında kişisel teminatlarla ilgili yaklaşımı çalışmamızda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, kredi veren, tüketici kredisi, kredi kartı, kefalet, garanti, sigorta.

ABSTRACT

The Consumer Protection Act no. 6502 and the Bank Cards and Credit Cards Act have adopted essential provisions for the the protection of the consumer in terms of personel guarantees in consumer loans and

¹ İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ebruceylan@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-002-1618-1618-0128



credit cards contracts. The personal guarantees in consumer loans and credit cards contracts are assurance for the person who fails to fulfill his obligations. Personal guarantee, which is for the consumer's debts in credit card contract and consumer loan contract as consumer contract, is deemed as "ordinary guarantee" and personal guarantee, which is for the consumer's receivables is deemed as "joint guarantee". Consequently, the legal results of the ordinary and the joint guarantee has explained in our paper. Moreover, the views in doctrin as to where personal guarantee in consumer loans and credit card contracts is agreed upon different from suretyship what these personal guarantee might be and whether these alternative guarantee must have conditions of validity of suretyship, and current decisions of Court of Cassation on personal guarantees has been reviewed.

Keywords : consumer, issuer of a loan, consumer loan, credit card, suretyship, guarantee, insurance.

GİRİŞ

Banka ve finans sektörü alanında kredi işlemleri önemli yer tutmaktadır. Tüketiciler, maddi destek sağlayan tüketici kredisi ile ve ödeme aracı olan kredi kartı ile ihtiyaçları olan mal ve hizmetlere kavuşabilmektedir. Kredi kartı sözleşmesinde tüketiciler kredi kartı limiti oranında mallara ve hizmetlere sahip olabilmektedir. Tüketici kredileri ve kredi kartları hayatımıza ekonomik şartların etkisiyle girmiştir. Mevcut gelirleri ile mallara ve hizmetlere ulaşmada zorluk çeken tüketicilerin bu ihtiyaçlarını karşılamalarında bir araç olarak tüketici kredileri ve kredi kartları ortaya çıkmıştır. Tüketici kredisi sözleşmesinde kredi veren kuruluşlar faiz veya benzeri menfaat karşılığında tüketicilerin belirli süreli veya belirsiz süreli olarak kredi kullanarak ihtiyaçlarını karşılamalarını sağlamaktadır. Tüketici kredisi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak hem tüketiciye, hem de kredi veren kuruluşa haklar ve borçlar getirmektedir. Tüketici kredisini alan tüketicinin alım gücü artmaktadır, ancak kredi borcunu geri ödemede yükümlülükler altına da girmektedir. Kredi kuruluşları tüketici kredisi vererek para kaynaklarını kullanmaktadır. Tüketiciler ekonomik bakımdan daha zayıf konumları nedeniyle kredi kuruluşları karşısında istismara açıktır. Bu nedenle tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmesi kurmadan önce tüketicilerin karar verme iradelerinin aydınlatılması şarttır. Bu sözleşmelerde kredi kuruluşlarının tüketicileri bilgilendirme yükümlülükleri büyük önem kazanmıştır. Tüketicilerin

tüketici kredisi alırken ve kredi kartı kullanırken daha bilinçli şekilde kredi almaları ekonomik haklarının korunmasını sağlayacaktır. Zira tüketici kredisi alan tüketicilerin sözleşmeyi dikkatli incelemeyen, acele imzalayarak sözleşme şartlarını iyice düşünmeden karar vererek sözleşmeyle bağlanmaları ağır şartlar altında kredi borcunu ödemek zorunda kalmalarına neden olmaktadır.

Tüketici kredisi sözleşmesinin konusu, mesleki veya ticari olmayan bir kredinin tüketiciye kullanılmasıdır. Bir gerçek kişi adına düzenlenen bireysel kredi kartı ile ticari kredi kartı arasında çeşitli farklar vardır. Ticari kredi kartı bankalar tarafından yalnızca tüzel kişiler için düzenlenen ve birtakım sorumluluklar gerektiren kartlardır². Tüketici kredisi sözleşmesinin ve kredi kartı sözleşmesi tüketici sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesinin en önemli sebebi kredi alan/kredi kartı kullanan tarafın tüketici olmasıdır.

Tüketici sözleşmelerinde kişisel teminatların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4/VI hükmüne göre her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı ile ilgili bu kural bütün tüketici sözleşmeleri için geçerlidir. Tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmelerinde kişisel teminat olarak kefil veya kefiller alınmaktadır, çünkü tüketicinin borçlarını teminat almadan tüketiciyle sözleşme kurmayı kredi veren istememektedir. Ekonomik bakımdan güçlü olan kredi kuruluşlarının tüketicinin kredi borcunu ödemesiyle ilgili öncelikle tüketiciye daha sonra kefile başvurması gerekmektedir.

Çalışmamızda tüketici kredilerinin ve kredi kartlarının tüketiciler bakımından tehlikeleri, kişisel teminatların ilişkisi, Tüketici Hukukunda kişisel teminatlarla ilgili genel düzenleme, tüketici kredileri ve kredi kartları ile ilgili özel düzenlemeler ve bu sözleşmelere verilen diğer kişisel teminatlar güncel Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilerek incelenecektir.

I. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN VE KREDİ KARTI SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİLER BAKIMINDAN TEHLİKELERİ

Ülkemizde tüketici kredisi ve kredi kartı kullananların sayısı çok yüksek oranda olduğundan³ tüketicilerin borçlanması ile ilgili hukuki

2 <https://www.fonradar.com/ticari-kredi-karti-ile-normal-kredi-karti-arasindaki-7-fark/> (E. T. 26.04.2021)

3 Bireysel kredi kullanan kişi sayısı (takipteki krediler hariç) son bir yılda 2,5 milyon kişi

sorunlar çok artmıştır. 2020 yılında ise bütün dünyayı ve ülkemizi de etkileyen koronavirüs pandemisinin etkisiyle tüketici kredisi kullanan tüketicilerin sayısı daha fazla yükselmiştir⁴. Gerek tüketici kredisi ve gerekse kredi kartı sözleşmelerinde pek çok tüketici, geleceği düşünmeden aşırı borç altına girebilmektedir. Kredi alan tüketicilerin çoğu zaman kendi ihtiyaçlarına uygun seçimler yapmaması bu durumlara neden olmaktadır⁵. Sürekli reklamlarla bilinci etki altına alınan tüketiciler kredi kullanmaya teşvik edilmektedir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, ödünç veren satın alma gücünü ödünç alana faiz veya benzeri karşılıkla vermektedir. Kredi kartı sözleşmelerinde kredi kartı kullanan tüketiciler bonus, mil, puan gibi avantajların etkisinde kalarak alışverişlerinde ciddi miktarda borç altına girmektedir. Bu sözleşmelerde tüketiciler gecikme halinde borcunu hiç veya gereği gibi ödememekten dolayı çok yüksek miktarlarda geri ödeme yapmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle tüketicilerin bu türdeki kredi sözleşmeleri kurmadan önce kredi verenin sözleşme şartları bakımından doğru ve detaylı şekilde tüketicileri bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁶. Tüketicilerin bu sözleşmelerle ilgili reklamlara karşı korunması için Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁷ m.25 hükmünde finansal hizmetlerle ilgili reklamlarda belirtilen kurallara kredi verenin uyması gerekir. Bu hükmün birinci fıkrasında göre faiz ve kâr payı oranlarının yer aldığı reklamlarda, bu oranların doğru belirtileceği ve vade sonunda elde edilecek toplam tutarı etkileyecek koşullara yer verileceği, ikinci fıkrasında kredi hizmetlerine ilişkin reklamlarda faiz ve kâr payı oranlarına yer verilmesi durumunda; kredinin tüketiciye toplam maliyetinin aylık ve yıllık yüzde değeri açık ve anlaşılır şekilde reklamın ana vaadinde belirtileceği ,üçüncü fıkrasında kredinin türü ve vadesi, istenilen teminatların ya da aranan diğer özelliklerin veya geri ödeme koşullarında tüketicilerin yanılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca kredi verenin kredi itibarını değerlendirme ve aşırı borçlanmayı

artarak 34 milyon kişiye ulaşmıştır. (https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2626/Risk_Merkezi_Aylik_Bulten_Ozeti_Kasim_2020.pdf, E. T.: 07.02.2021). Türkiye 'de kredi kartı kullana sayısı Aralık 2020 itibariyle 75.697.214 sayısına ulaşmıştır. (<https://bkm.com.tr/pos-atm-kart-sayilari/>, E.T. : 07.02.2021).

4 <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/son-bir-yilda-287-bin-kisi-ilk-defa-ihtiyac-kredisi-kullandi-1765792>, erişim tarihi: 07.02.2021). CEYLAN, Ebru, Tüketici Hukuku Alanında Koronavirüs Sürecinin Etkileri , İstanbul Barosu Dergisi Temmuz – Ağustos 2020 , C. 94 S. 2020/4 , s. 15 vd.

5 ATAMER, M. Yeşim, **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, İstanbul 2016, s.12.

6 ATAMER, s. 67.

7 RG. 10.01.2015 S. 29232.



önlemek için önlemler alma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸. 2008/48 sayılı Tüketiciler için Kredi Sözleşmeleri Hakkında AB Direktifinin⁹ m. 8 hükmünde kredi sözleşmesinin kurulmasından önce kredi verenin, tüketicinin kredi itibarını, tüketiciden ve diğer bankalardan alacağı bilgiler çerçevesinde değerlendirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak burada tüketicinin itibarının ne zaman kredi almaya yeterli olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Hukukunda ise kredi kartı limitleri, tüketicinin gelirine göre belirlenmektedir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik m.22/III hükmüne göre¹⁰ ilk defa kredi kartı sahibi olacak bir gerçek kişinin tüm kart çıkaran kuruluşlardan temin ettiği kredi kartları için tanınacak toplam kredi kartı limitinin, ilk yıl için, ilgilinin aylık ortalama net gelirinin iki katını, ikinci ve sonraki yıllar için ise dört katını aşamayacağı belirtilmiştir.

Tüketici, tüketici kredisi sözleşmeleri ve kredi kartı sözleşmelerinin kurulması aşamasında¹¹ sözleşmenin belirli şekle bağlanması ve zorunlu içeriği ile korunmaktadır. Ayrıca tüketici kredilerinde tüketiciler cayma hakkına da sahiptir. Tüketici kredisi sözleşmeleri ve kredi kartı sözleşmelerinin ifası aşamasında¹² faiz ve benzeri taleplere karşı sınırlayıcı hükümlerle Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 'te tüketici kredileri için m. 10 ve kredi kartları için m.11 hükümlerindeki ücretlerle, ilgili sınırlamalarla ve yeniden yapılandırmalarla tüketiciler korunmaktadır.

II. TÜKETİCİ KREDİLERİ VE KREDİ KARTLARI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

A. Tüketici Kredileri Bakımından

4077 sayılı TKHK. 'nun yürürlüğe girmesine kadar kredi veren kuruluşlara karşı tüketicilerin korunması için bir düzenleme bulunmuyordu¹³. Tüketici kredisi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹⁴ (TKHK.) yürürlüğe girmesiyle m. 10 hükmünde

8 ATAMER, s. 82.

9 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0048&from=FR> (E. T. 01.02.2021).

10 Bu hüküm en son RG. T. 25.09.2020 S. 31255 'deki çıkarılan Yönetmelik ile yeniden düzenlenmiştir.

11 ATAMER, s. 90 vd.

12 ATAMER, s.115 vd.

13 AKİPEK, Şebnem, **Tüketici Kredileri, Milli Şerh**, Editörler: Av. Hakan Tokbaş –Yrd. Doç. Dr. Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s.482 vd.

14 RG. 08.03.1995 S. 22221.



ilk defa düzenlenmişti. 4077 sayılı TKHK. m. 10 hükmünde tüketici kredilerinin tanımı yapılmamıştı¹⁵. Bu hükümde tüketicilerin banka veya benzeri finans kurumlarına bir mal veya hizmeti satın almak amacıyla banka veya finansman kuruluşuna başvurarak tüketici kredisi alabilecekleri düzenlenmişti. Daha sonra 2003 yılında 4822 sayılı Kanunla¹⁶ değiştirilen m.10 hükmünde, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredinin tüketici kredisi olduğu belirtildi. Bu krediler yanında kredi kartı ile mal veya hizmet temini neticesinde nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekmek suretiyle kullanılan krediler de tüketici kredisi sayılarak TKHK. m. 10 hükümlerine tâbi oldu (4077 sayılı TKHK.m.10/A).

Tüketici kredileri mesleki ve ticari amaç dışında alınan kredilerdir¹⁷. Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi alan tüketici ile kredi vermeye yetkili kişiler arasında yapılan sözleşmedir¹⁸. Bu sözleşmenin tarafları kredi veren ve tüketicidir. İşte bu nedenle tüketici kredisi sözleşmesi, bir tüketici sözleşmesidir.

Kredi veren, 4077 sayılı TKHK m.3 k hükmüne göre mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketlerini belirtmekteydi, yeni 6502 sayılı TKHK.m.3ğ hükmüne göre, mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi belirtmektedir.

Krediyi alan kişinin mutlaka “tüketici” sıfatını taşıması gereklidir. Türk Hukukunda Avrupa Birliği Hukukundan farklı olarak tüketici niteliğini, gerçek ve tüzel kişiler taşıyabilir. Tüketici, eski 4077 sayılı TKHK. m. m.3e hükmüne göre bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi belirtmekteydi, yeni 6502 sayılı TKHK m.3 k hükmüne göre ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişidir.

Tüketici Hukukumuzdaki pek çok tanım, büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukukundan etkilenmiştir. 22 Aralık 1986 tarihli 87/102

15 AKİPEK, Şebnem, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara 1999, s. 143-144; GEZDER, Ümit, **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, İstanbul 1998, s. 22; REİSOĞLU, Seza, Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar :4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak, **Bankacılar Dergisi**, S. 69, 2008, s.50 vd.

16 RG. 14.03.2003 S. 25048.

17 AKİPEK, Şerh, s.482.

18 ASLAN, İ. Yılmaz, **Bankacılar İçin Tüketici Hukuku**, İstanbul 2016, s.108; KARA, İlhan, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 1181.

sayılı Tüketici Kredileri ile ilgili ilk Avrupa Birliği Direktifi'nde üye devletler açısından tüketici kredileri için bağlayıcı standart ölçütleri düzenlenerek üye devletlerin düzenleme yapmasını öngörmüştü. Bu Direktife göre "tüketici" Direktif kapsamına giren işlemleri mesleki ve ticari faaliyetleri dışında kalan özel amaçlarıyla hareket eden gerçek kişilerdi¹⁹. Bu Direktifin kaldırılmasından sonraki 2008/48 sayılı AB Direktifi m.3 a hükmüne göre de tüketicinin, mesleki ve ticari faaliyetleri dışında kalan özel amaçlarıyla hareket eden gerçek kişiler olduğu kabul edilmiştir²⁰. 87/102/CEE sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde tüketici kredisi sözleşmesi "*kredi verenin, bir tüketiciye ödemenin geri bırakılması, ödünç verilmesi veya başka benzeri mali destek verilmesini taahhüt ettiği ya da taahhüt etmeyi vaadettiği bir sözleşmedir*"²¹. 2008/48 sayılı Tüketiciler için Kredi Sözleşmeleri Hakkında Direktif m. 3 c hükmüne göre tüketici kredisi sözleşmesi "*kredi verenin, tüketiciye ertelenmiş ödeme, ödünç verme ve benzeri finansal kolaylıklar şeklinde kredi verdiği ya da kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme*" yi ifade etmektedir. 6502 sayılı TKHK.m.22/I hükmüne göre tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği*²² m.4 n hükmünde bu tanım bulunmaktadır.

Tüketici kredisi sözleşmesinin kurulabilmesi için, kredi kullanan kişinin tüketici sıfatına sahip olması, kredi verenin kredi vermeye yetkili bir kuruluş olması, alınan kredi ile tüketicinin finansmanının sağlanması, kredi verenin karşılığında faiz ya da benzeri bir menfaat elde etmesi ve tarafların sözleşme yapma konusunda anlaşmaları gerekir²³. Gerek 4077 sayılı TKHK.m.10 hükmüne ve gerekse 6502 sayılı TKHK.m.22/ III hükmüne göre bu sözleşmenin geçerli olması için yazılı şekilde kurulması gereklidir. Sadece tüketici, sözleşmenin geçerli olmadığını ileri sürebilir²⁴.

19 CEYLAN, Ebru, Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri I, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* Y. 2008, S. 79, s.35 vd.

20 CEYLAN, *Avrupa Birliği* -I, s.37 vd.

21 CEYLAN, *Avrupa Birliği*-I, s.37.

22 RG. T.22.05.2015 S. 29353.

23 ZEVLİLER, Aydın/ÖZEL, *Çağlar Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2016, s. 228 vd.; AKİPEK, Şerh, s.490; GÜMÜŞ, M. Alper, *Tüketici Kanunu Şerhi*, İstanbul 2014, s. 178 vd.; KARA, s. 1181-1187 ; CEYLAN, Ebru, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'undaki Tüketici Kredileriyle İlgili Yeni Düzenlemeler, *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hukuku Özel Sayısı*, C. 88, 2014 Özel sayı : 1, s. 64.

24 AKİPEK, Şebnem, Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Bakımından Tüketicinin Korunması, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C.9, Özel Sayı, Kasım 2014, s.60.



B. Kredi Kartları Bakımından

Kredi kartları, malları ve hizmetleri elde etmekte önemli bir ödeme aracı olarak günümüzde çok kullanılmaktadır. Kredi kartı kullanan tüketici ödemelerini belli bir vadede veya erteleyerek ödeyebilir, böylece kredi kartı çıkaran kuruluş tüketiciye bir kredi imkânı sunmuş olmaktadır²⁵. Tüketicilere iki alanda kredi kartları kolaylık sağlamaktadır. Birincisi tüketici malın veya hizmetin bedelini peşin ödemekten kurtulmaktadır, ikincisi döner kredi kullanma kolaylığı sağlamasıdır²⁶. Döner kredi tüketicilere verilen ve zaman sınırı veya taksit ödemesi bulunmayan bir kredi türüdür²⁷.

Kredi kartları 2003 yılında 4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı TKHK. 'na eklenen m.10/A hükmüyle ilk defa düzenlenmiştir²⁸. Bu hükümde kredi kartının tanımı yapılmamıştı, ancak tabi olacağı düzenleme belirtilmişti. Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin de m. 10 hükümlerine tabi olduğu düzenlenmişti. Ancak, bu tür krediler hakkında m.10/II hükmünün (a), (b), (h) ve (ı) bentleri ile m.10/IV hükmünün uygulanması yasaktı. Daha sonra 2006 yılında çıkarılan 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu²⁹ (BKKKK.) ile kredi kartı sisteminin ilişkileri ve işleyişi ile ilgili olarak geniş şekilde düzenlenmiştir³⁰. 5464 sayılı BKKKK. m. 3 e hükmüne göre kredi kartı, "nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarasını" ,kart çıkaran kuruluş ile "banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşlar", kart hamili ile "banka kartı veya kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi " belirtmektedir.

6502 sayılı TKHK. ise tüketici kredisi kapsamında m.22/II hükmünde bütün kredi kartı sözleşmelerini değil , bazı kredi kartı sözleşmelerini

25 AKİPEK, Şerh, s.493.

26 AKİPEK, Şerh, s.494.

27 bkz . <https://www.tbb.org.tr/tr/ana-sayfa/arama-sonuclari/315/?aranan=+d%C3%B6ner+kredi>; <https://egitimportali.tbb.org.tr/Egitim/Kategoriler> (E. T. 26.04.2021).

28 ASLAN, s. 148 ; AKİPEK, tüketici , s.63 ;CEYLAN , Ebru , Kredi Kartı Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu , **Doçentlik Tezi** , İstanbul 2010, s.16 vd.

29 RG. 01.03.2006 S. 26095.

30 ASLAN, s. 148;AKİPEK, tüketici ,s. 63 ; CEYLAN , Ebru , **5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununa Göre Kredi Kartları Hükümleri Çerçevesinde Tüketicinin Korunması, Tüketici Hukukunda Güncel Sorunlar** , Editör Dr. Gözde Zeytin Çağrı, İstanbul Şubat 2020 , s.29 vd.

düzenlemiştir³¹. Kredi kartının 6502 s. TKHK m.22/II anlamında tüketici kredisi sayılması için faiz veya benzeri menfaat karşılığında ödemenin üç aydan daha fazla süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlaması gerekir. Tüketici kredisi olarak nitelenen kredi kartlarına uygulanacak faiz oranının kredi kartı sözleşmesinde belirlenen orandan fazla olamayacağı da m.22/II hükmünde belirtilmiştir. Ayrıca 6502 s. TKHK.m.31/III hükmüne göre kart çıkaran kuruluşların tüketicilere yıllık üyelik kart aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı sunmak zorundadır. Böylece tüketicilerin ücretsiz şekilde kredi kartı kullanma imkânı da bu hükümle tanınmıştır³².

III. TÜKETİCİ HUKUKUNDA KİŞİSEL TEMİNATLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

A. Tüketici İşlemlerinde Kişisel Teminatın Kefalet Sayılması Kuralı

Tüketici sözleşmeleri, ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket edenlerle tüketiciler arasında kurulan işlemlerdir³³. 4077 sayılı TKHK.'da tüketici işleminin tanımı yapılmamıştı . 6502 sayılı TKHK.m. 3 (I) hükmüne göre *“mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemidir”*. Bu tanımla beraber taraflardan birinin tüketici olduğu bütün sözleşmeler geniş bir şekilde tüketici işlemi kapsamına girmiştir.

Gerek tüketicinin gerekse karşı tarafın, tüketici sözleşmesi nedeniyle borçlandığı edimi yerine getirmediği durumlarda teminat verilmişse bu teminatlar, alacaklının alacağına kavuşmasında önemli rol oynamaktadır. Teminatlarla ilgili emredici nitelikte genel bir düzenleme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 4/VI hükmünde bulunmaktadır. Bu hükme göre tüketicinin borcu için karşı

31 CEYLAN, Ebru, Kredi Kartıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'un Getirdiği Yenilikler, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 117, Mart – Nisan 2015, s.233 vd.

32 CEYLAN, kredi kartı, s.233 vd.

33 ZEVLİLER/ÖZEL, s. 95; GÜMÜŞ, s. 9; HAVUTÇU, Ayşe, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun 'un Kapsamı, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, C. 9, S. Özel sayı, Kasım 2014, s.8 vd .; CEYLAN , Ebru , 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmeleriyle İlgili Değerlendirmeler, **Legal Hukuk Dergisi** Haziran 2020, C. 18 S. 210, s. 2489-2528.

tarafa verilen ve karşı tarafın tüketiciye vereceği kişisel teminatlarla ilgili genel bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre tüketicinin edimlerine karşılık olarak kişisel teminat alınması halinde ismi ne olursa olsun adi kefalet sayılacağı, tüketiciye verilen kişisel teminatların ise aksine bir düzenleme yoksa müteselsil kefalet sayılacağı belirtilmiştir. Kanunun kişisel teminat veren kişiyi korumak istemesinin sebebi, kefillerin genellikle asıl borçluyla yakın ilişkilerine dayanarak yapmak zorunda kaldıkları kefalet sözleşmesinde ekonomik riske girmeleri ve gerek bilgi ve gerekse tecrübe bakımından ticari iş yapan banka karşısında zayıf konumda olmalarıdır³⁴.

4077 sayılı TKHK.'da, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce kişisel teminatlarla ilgili bir düzenleme yoktu. Eski 4077 sayılı TKHK döneminde ise sadece tüketici kredilerinde (m.10/III) ve konut finansmanı kredilerinde (m.10 /B-VIII) şahsi teminat verilmesi halinde kredi verenin asıl borçluya başvurmadan kefiliden borcun ifasının istenemeyeceği düzenlenmişti. Bu hükümlerle, tüketici kredisinde kefil olan kişinin kefaletinin adi kefalet olması yönünde bir kural getirilmiştir³⁵. Bu düzenlemelerdeki “*asıl borçluya başvurmadan*” ifadesindeki başvurudan ne anlaşılması gerektiği konusunda hükümde açıklık bulunmadığı için tartışma doğmuştu. Yargıtay kararlarında³⁶ ve doktrinde³⁷ pek çok yazar tarafından asıl borçluya ihtarname gönderilmesi halinde kredi borcunun ödenmesinin ve bu ihtarnamede verilen süre içinde ihtarın sonuçsuz kalmasının yeterli olmadığını, asıl borçluya icra takibi başlatılarak asıl borçlu hakkında aciz vesikasının alınmasının gerektiği belirtilmiştir.

01.03.2006 tarihinde Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun

-
- 34 SERDAR, İlknur, Tüketici Kredilerinde Teminat, **Terazi Hukuk Dergisi**, Özel Sayı, C. 9, Kasım 2014, s.78,79.
- 35 ZEVKLİLER, Aydın /AYDOĞDU,Murat , Tüketicinin Korunması Hukuku , 3. Baskı , İzmir 2004, s.293;ÖZTEK ,Selçuk ,Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar , **Bankacılar Dergisi** , S.67 ,2008 , s.13.
- 36 YHGK.22.06.2011 T. E. 2011/13-303 K.2011/437 s. K.; Y.19. HD.10.03.2010 T. E. 2010/394 K.2010/2499 s. K.; Y. 12. HD.11.02.2010 T. E. 2009/20733 K. 2010-2915 s. K. (www.lexpera.com.tr ; erişim tarihi: 26.12.2020).
- 37 ZEVKLİLER/AYDOĞDU,s.293; ÖZTEK, s.13-14 ; ALTOP, Atilla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Tüketici Kredisi Sözleşmesi, **Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu**, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, s.91; ÇEKER, Mustafa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII , S. 1-2 Yıl 2004 , s.430; HELVACI, İlhan , Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler ,İÜHF M C.LXV S. 1 ,Y. 2007 , s.272; AKİPEK, Şebnem, “ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları “**AÜHFD**, Y.2003 C.52 S.3 , s.116; CEYLAN , Ebru ,Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri II, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2009,S.80, s.135.

m.24/V hükmünde kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağına sözleşmede gösterileceği, sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ek şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınmasının şart olduğu, kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin Borçlar Kanununda belirtilen adi kefalet hükümlerine tâbi olduğu, asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilin borcun ifasının istenemeyeceği düzenlenmiştir. Eski TKHK.m. 10/A hükmünde ise kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin tüketici kredisi ile ilgili m.10 hükmüne atıf yapılmıştı. Bu durumda BKKKK. m.24/V hükmü ile bu hüküm arasında çelişki doğmuştu. Bu nedenle 6502 s. TKHK.m. 4/VI hükmü ile emredici kural konularak tüketici işlemlerinde şahsi teminatların tüketicinin edimlerine karşılık alındığı takdirde hangi isim altında olursa olsun TBK. 'da yer alan "*adi kefalet*" sayılması kanımızca isabetli olmuştur. Bu hüküm ile hem tüketici hem de tüketici lehine teminat veren kişi de korunmuştur. Tüketici Kredileri Yönetmeliğinin m.28 hükmünde de aynı kural tüketici kredileri tekrarlanmıştır.

TKHK.m.4/VI hükmü ile tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafın verdiği teminatların diğer kanunlarda hüküm bulunmadıkça "*müteselsil kefalet*" sayılacağı düzenlenmiştir. Böylece tüketici, alacakları bakımından da korunmuştur, ancak tüketiciye alacakları için verilen kişisel teminat eğer "*garanti*" ise müteselsil kefalet sayıldığında tüketicinin menfaati bakımından değerlendirildiğinde teminat değerini azalttığı için kanımızca da haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir³⁸. Müteselsil kefalet dönüşümünde müteselsil kefalet nazaran daha hafif sorumluluk getiren kişisel teminatlar için kabul edileceğinin düzenlenmesi kanımızca daha isabetli olurdu.

TBK.m.582/III hükmüne göre kefil kanundan aksi anlaşılmadıkça kendisine tanınan def'i hakkından önceden feragat edemez, ancak sonradan vazgeçebilir. Ancak 6502 s. TKHK. m.4/VI hükmünün emredici niteliği gereği tüketici sözleşmesine kefil olan kişi def'i haklarından

38 GÜMÜŞ, s.47; ÖZEN, Burak, Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Kişisel Teminatların Geçerliliği, 3. **Tüketici Hukuku Sempozyumu**, Düzenleyiciler: Av. Hakan Tokbaş, Prof. Dr. Fehim Üçışık, Ankara, 2014, s.294; COŞKUN YORULMAZ, Zeynep, Tüketici Sözleşmelerinde Şahsi Teminatlar, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2018, s. 98.



feragat edemez. Kanımızca tüketici sözleşmesine kefil olan kişinin def'i hakkından feragat edememesi tüketicinin korunması bakımından isabetli olmuştur, çünkü kanun koyucunun adi kefalet hükümleri aracılığıyla tüketici lehine sağlamaya çalıştığı koruma bakımından uygun olmuştur³⁹.

B. Kefalet Sözleşmesinin Şekil ve İçerik Bakımından Geçerli Olma Şartları

1. Adi Kefalet Sözleşmesi Bakımından

6098 sayılı TBK. 'nun adi kefalet sözleşmesi ile ilgili hükümleri kefilin korumak ve kefilin sözleşmeyi yaparken düşünmeye sevk etmek amacını taşımaktadır

Kefilin adi kefil sıfatıyla yükümlülük altına girdiği ve borcunun tali borç olduğu kefalet türüne "adi kefalet" denilmektedir⁴⁰.

Öncelikle adi kefalet sözleşmesinin geçerli olması için geçerli bir asli borcun bulunması gerekir. TBK.m.582 hükmüne göre asli borç, mevcut olabildiği gibi gelecekte doğacak veya koşula bağlı da olabilir. Bir başka deyişle asli borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda var olması şart değildir⁴¹. Kural olarak asıl borç geçerli olmalıdır. Ancak bunun istisnası olan TBK.m.582/II hükmüne göre yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa kefaletle ilişkili kanun hükümlerinden sorumlu olacaktır.

Kefilin kefalet ehliyetine sahip olması gerekir⁴². Evli kişilerin kural olarak kefil olması diğer eşin yazılı rızasına TBK.m.584 hükmünde bağlanmıştır. Evli kişilerin bazı hukuki işlemleri eşlerin evlilik yaşantısını etkilemektedir, kefalet sözleşmesi de borçlandırıcı bir sözleşme olduğu için özel şarta bağlanmıştır⁴³. Bu hükme göre, kefalet sözleşmesi kurulması ile ilgili eşin yazılı rızasını sözleşme kurulmadan önce veya en

39 Aynı kanaatte OĞUZ, Uğur, Tüketici Kredilerinde Kefalet Sözleşmesi, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Anabilim Dalı Ekonomi Hukuku Programı, İstanbul 2019, s.68.

40 EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2019, s.786; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2019, s.662; YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz –Prof. Dr. Faruk Acar –Prof. Dr. Burak Özen, İstanbul 2019, s.804.

41 EREN, s.781; KILIÇOĞLU, s.645.

42 EREN, s.783; KILIÇOĞLU, s. 650.

43 KILIÇOĞLU, s.653; YAVUZ, s. 793.



geç kurulması sırasında vermesi gereklidir. Eğer mahkemenin verdiği bir ayrılık kararı veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı varsa bu düzenleme uygulanmaz. Kefalet sözleşmesinde sonradan kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine veya kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olmayan değişiklikler için eşin rızası aranmamaktadır. Bu kuralın istisnaları TBK.m.584/III hükmünde⁴⁴ düzenlenmiştir.

TBK.m.583/I hükmüne göre adi kefalet sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekil şartlarına uygun düzenlenmesi gerekir. Bu hükme göre kefil, adi kefalet sözleşmesinde sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihinin kendi el yazısıyla belirtmek zorundadır⁴⁵. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye adi kefil olma vaadinde bulunulması halinde de aynı şekil şartları yerine getirilmelidir (TBK.m.583/II). Kefil ve alacaklının, adi kefalet sözleşmesinde adi kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırması mümkündür. Adi kefalet sözleşmesinde kurulduktan sonra yapılacak değişikliklerde kefilin sorumluluğunu artıracak değişiklik ancak adi kefaletin şekline uyularak yapılabilir (TBK.m.583/III).

2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesi Bakımından

Kefilin müteselsil kefil sıfatıyla yükümlülük altına girdiği kefalet türüne “müteselsil kefalet” denilmektedir⁴⁶. Müteselsil kefalette kefilin sorumluluğunun tali niteliği adi kefaletle göre daha zayıftır, ancak fer’i niteliğini korumaktadır⁴⁷.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin yapılması için bir geçerli asli borcun bulunması gerekir⁴⁸. TBK.m.582 hükmüne göre asli borç, mevcut olabildiği gibi gelecekte doğacak veya koşula bağlı olabilir.

44 Bu hükme göre ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı esnaf ve sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler , 27.12.2006 tarihli ve 5570 s. Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde ve tarım kredi , tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmamaktadır.

45 EREN, s. 785; YAVUZ, s. 799 vd.; KILIÇOĞLU, s. 651 vd.

46 KILIÇOĞLU, s.664; EREN, s. 787; YAVUZ, s.808.

47 YAVUZ, s.809.

48 EREN, s.781; KILIÇOĞLU, s.645.



Kefilin kefalet ehliyetine sahip olması gerekir⁴⁹. Evli kişilerle ilgili olarak belirtilen hususlar müteselsil kefalet için de uygulanır (TBK.m.584).

TBK.m.583/I hükmüne göre müteselsil kefalet sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekil şartlarına uygun düzenlenmesi gerekir. Bu hükme göre kefil, müteselsil kefalet sözleşmesinde sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olarak sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmek zorundadır⁵⁰.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye müteselsil kefil olma vaadinde bulunulması halinde de aynı şekil şartları yerine getirilmelidir (TBK.m.583/II). Kefil ve alacaklı, adi kefalet sözleşmesinde müteselsil kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırması mümkündür. Müteselsil kefalet sözleşmesinde kurulduktan sonra yapılacak değişikliklerde kefilin sorumluluğunu artıracak değişiklik ancak müteselsil kefaletin şekline uyularak yapılabilir (TBK.m.583/III).

C.Tüketici Sözleşmelerinde Kefaletten Başka Bir Kişisel Teminatın Kararlaştırılması

6502 s. TKHK. m.4 /VI hükmünde tüketiciden alınacak kişisel teminat bakımından adi kefalet zorunluluğu getirmiştir. Ancak TKHK. m.4 f. 6 hükmüne aykırılık halinde hangi yaptırımının geçerli olduğunu belirtmemiştir. Bu nedenle doktrinde yaptırım hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde bir görüş⁵¹, kefaletten başka bir kişisel teminatı tarafların kararlaştırmaları durumunda bu teminatın geçersiz olacağını ancak kesin hükümsüz sayılmayarak yasal tahvil ile kefalete dönüşeceğini ileri sürmüştür. TKHK.m.4/VI hükmüne aykırılık halinde diğer bir görüş⁵² “değiştirilmiş kısmi butlanın “geçerli olacağını ileri sürmektedir. Bu

49 EREN, s.783; KILIÇOĞLU, s. 650

50 EREN, s. 785; YAVUZ, s. 799 vd.; KILIÇOĞLU, s. 651 vd.

51 ALTOP, Atilla, **Bankacılık Sektöründeki Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Edimlerine Karşılık Olarak Alınan Şahsi Teminatlar**, Yürürlüğe Beş Kala 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerindeki Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2014, s.10-11; GÜMÜŞ, s.46.

52 ÖZEN, sempozyum, s.291; ÖZEN, Burak, **Madde 4: Temel İlkeler**, Milli Şerh, Editörler: Av. Hakan Tokbaş –Yrd. Doç. Dr. Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s.114; COŞKUN YORULMAZ, s.96.

görüş yapılan sözleşmenin tamamen kesin hükümsüz sayılmayacağını, tarafların adi kefalet sözleşmesi kurdukları yönünde anlaşmış sayılacaklarını belirtmektedir. Ayrıca TBK.m.27/II nedeniyle geçersiz olan kısım olmasaydı bu sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu da ileri sürülemez. Bu teminat türleri geçerli olmayacak, tarafların farazi iradelerine bakılmadan kendiliğinden adi kefalete dönüşecektir. Bu yazar tüketicinin alacaklarına ilişkin verilen kişisel teminatlar bakımından ise eğer kişisel teminat adi kefalet ise, burada değiştirilmiş kısmi butlanın söz konusu olacağını, borca katılma gibi kefalet dışında bir teminat ise burada da yasal tahvilin söz konusu olacağını ileri sürmektedir. Bir başka görüş⁵³ ise burada tahvilin veya değiştirilmiş kısmi butlanın söz konusu olmadığını, bir atfın söz konusu olduğunu adi kefalet sayılacağından kastedilenin, bu sözleşmelerin sonuçlarına adi kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.

Tahvil kavramı ve değiştirilmiş kısmi butlan kavramları birbirinden farklıdır. Tahvilde, sözleşmenin bütününün geçersiz olması aranmaktadır. Halbuki değiştirilmiş kısmi butlan halinde sözleşmenin yalnızca bir kısmı geçersizdir.

Borçlar Hukukunda bir sözleşme şekle uyulmadığı için geçersiz ise bu sözleşme yerine taraflar aynı veya benzer amaca başka bir sözleşme ile ulaşabileceklerse geçersiz olan sözleşmenin yerine bu sözleşmenin geçmesine “*tahvil*” denilmektedir⁵⁴. Tahvilin iradi ve kanuni olarak iki türü vardır. Tarafların tahvil edilen asıl işlemi yapma iradelerinin anlaşıldığı iradi tahvil halinde tahvil yoluyla işlem ayakta tutulmaktadır⁵⁵. Kanuni tahvilde ise kanun gereği tarafların iradeleri aranmadan bir işlem başka bir işleme dönüşmektedir⁵⁶. Tahvilin objektif ve sübjektif iki unsuru bulunmaktadır. Tahvilin objektif unsurundan geçersiz bir sözleşmenin var olması ve geçersiz sözleşme yerine geçecek bir sözleşmenin bulunması anlaşılmalıdır. Tahvilin sübjektif unsurundan ise tarafların farazi iradesi anlaşılmalıdır. Taraflar asıl işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi ikinci işlemin geçerli olmasını isteyecekler ise bu unsur gerçekleşir⁵⁷.

53 KELEŞ , Adem , Tüketici Sözleşmelerinde Teminat , **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı , Ankara 2015, s.221.

54 EREN, Fikret , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** , 24. Baskı , Ankara 2019, s.333.

55 KANETİ, Selim, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s.152-153.

56 KANETİ, s.157.

57 EREN, genel, s.334.



Kısmi butlanın türlerinden biri olan “değiştirilmiş kısmi butlan” kavramı⁵⁸ geçersiz hükmün yerine geçerli başka bir hükmün yerine ikâme edilmesini belirtmektedir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün “kanundaki emredici veya tamamlayıcı bir hükmün ikâme edilmesi” ve “ tarafların farazi iradelerine göre belirlenen hükmün ikâme edilmesi” olarak iki türü bulunmaktadır. Kanundaki emredici bir hükmün ikame edilmesi halinde, sözleşmenin geçersiz kısmı yerine kanunun emredici hükmü geçmektedir, kanundaki tamamlayıcı bir hükmün ikâme edilmesi halinde ise sözleşmenin geçersiz kısmı yerine ikâme edilecek hüküm tamamlayıcı nitelikte ise sözleşme boşluğu bu hükümle dolmaktadır⁵⁹. Eğer sözleşmenin geçersiz kısmı yerine ikâme edilecek kanunda uygun bir emredici veya tamamlayıcı bir hüküm bulunmazsa sözleşme boşluğu, tarafların farazi iradelerine dayanılarak doldurulmaktadır⁶⁰.

Kanımızca tüketici sözleşmelerinde tüketicinin borcu için verilen teminatla ilgili ifade “müteselsil kefalet “veya” garanti sözleşmesi” olarak sözleşmede bulunsa dahi bu ifadenin “adi kefalet” olarak değerlendirilmesi 6502 sayılı TKHK. 'na göre zorunludur . Ayrıca 6502 s. TKHK.m.4/VI hükmünde tüketicinin borcu için adi kefalet zorunluluğu getirilmesinden sonra buna aykırılık halinde getirilen teminatın Kanunda “kesin hükümsü” sayılmasının açıkça belirtilmesinde yarar vardır ⁶¹ .

D. Diğer Kişisel Teminatların Kefalet Sayılabilmesi İçin Kefaletin Geçerlilik Şartlarının Aranması ile İlgili Hukuki Sorun

TKHK.m.4/VI hükmündeki hükmün aksine bir kişisel teminat türünü tarafların kararlaştırmaları durumunda, bu kişisel teminata kefaletin geçerlilik şartlarına sahip olup olmaması hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde bir görüşe ⁶²göre tarafların karar verdikleri kişisel teminatın tahvili sonucunda TBK. 'nun kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümleri uygulanamaz. Bir başka görüşe⁶³ göre hem gerçek kişiler ve hem tüzel kişiler tarafından verilen kefalet dışındaki

58 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti 'ye Armağan, İstanbul 1996, s.29 vd.

59 COŞKUN YORULMAZ, s.95.

60 bkz. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s.27.

61 Aynı görüşte ÖZEN, Şerh, s.114.

62 GÜMÜŞ, s.47.

63 ALTOP, s.12; COŞKUN YORULMAZ, s.100.

kişisel teminatlara TBK.'nun hükümleri uygulanacağından bu kişisel teminatların kefaletin geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Kanımızca da kefalet dışındaki kişisel teminatlar için TBK.m.583 hükmünde kefaletle ilişkin belirtilen şartlar aranmalıdır. TBK.m.603 hükmündeki kefaletle ilişkin ehliyet ve şekil sınırlamalarına da dikkat etmek gereklidir⁶⁴. Zira bu hükmünde kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Garanti sözleşmesi kefalet sözleşmesine göre çok daha ağır yükümlülük getiren bir sözleşmedir. Kefaletle getirilen sınırlamaların garanti sözleşmesi için kabul edilememesi halinde bir çelişki ortaya çıkacaktır. Bu hükümle bu çelişkinin belirli oranda ortadan kalktığını belirten görüşe⁶⁵ katılıyoruz.

E. Tüketicinin Borçlarına Karşılık Verilen Kişisel Teminatın Kefalet Sözleşmesi Sayılmasının Hukuki Sonuçları

1. Adi Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri

Adi kefalet, TBK.m.585 hükmünde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinde kefilin “müteselsil kefil” olduğu el yazısı ile yazılmamışsa adi kefalet mevcuttur⁶⁶.

Adi kefalette kefilin borcu tali ve fer'i nitelik taşımaktadır⁶⁷. Kefilin borcunu tali olması ile alacaklının kural olarak borçluya başvurmadan önce kefilin takip edememesi ve rehne başvurulmadan kefile başvurulmaması belirtilmektedir⁶⁸. Alacaklının kefile doğrudan doğruya başvurması, TBK.m.585 hükmünde sayılan sınırlı durumlarda mümkündür. Bu durumlar, borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesinin alınması, borçlu aleyhine Türkiye 'de takibin imkânsız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmesi, borçluya konkordato süresi verilmiş olmasıdır.

Kefilin borcunun fer'i olması ile kefilin borcunun doğması devam etmesi ve sona ermesinin asıl borca bağlı olma özelliği taşıdığı belirtilmektedir⁶⁹.

64 ÖZEN, *Sempozyum*, s.294.

65 ÖZEN, *Sempozyum*, s.294.

66 KILIÇOĞLU, s.662.

67 EREN, s.776, 777; KILIÇOĞLU, s.655,656; YAVUZ, s.788.

68 EREN, s.777; KILIÇOĞLU, s.656; YAVUZ, s.788.

69 KILIÇOĞLU, s. 655; YAVUZ, s.788.



Adi kefalet müteselsil kefaletten pek çok açıdan farklıdır. Birincisi, adi kefalette alacaklı, önce kefile giderse kefil ona karşı tartışma def'ini ileri sürebilir. İkincisi, alacaklıya bir rehin verilmişse alacaklı, rehni paraya çevirmeden kefile giderse kefil ona karşı rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Ancak iki durumda (borçlunun iflasına veya konkordato mehli verilmesine karar verilmesi) alacaklı kefil sorumlu tutabilir (TBK.m.583/II).

Açığın kapatılması için kefil olunması halinde ise bazı durumlarda (borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesinin alınması, borçlu aleyhine Türkiye'de takibin imkansız hale gelmesi veya konkordatonun gerçekleşmesi) alacaklı, doğrudan doğruya kefile başvurabilir. Bu durumlardan birinin varlığına rağmen sözleşme ile alacaklının önce borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.

Kefil ile alacaklı arasındaki ilişkide, alacaklı kefile başvurduğunda asıl borç ilişkisine dayanarak ve kefalet sözleşmesine dayanarak savunmada bulunabilir⁷⁰. Kefilin sahip olduğu asıl borç ilişkisinden doğan def'iler, ödemelik def'i, zamanaşımı def'i, asıl borcun muaccel olmadığı def'idir. Adi kefalet sözleşmesine özgü kefilin sahip olduğu def'iler ise tartışma def'i, rehni paraya çevrilmesi def'i, adi birlikte kefalet sözleşmesindeki bölme def'idir⁷¹.

TBK.m.591 hükmüne göre kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri ileri sürmek zorundadır⁷². Kefilin alacaklıya karşı kullanabileceği def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini alacaklı ispatla yükümlüdür. Kefilin asıl borçluya karşı ileri süreceği def'iler asıl borcun yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle geçersiz olmasını da kapsamaktadır. Ancak TBK.m.591 hükmünde yanılma veya sözleşme ehliyetsizliği veya zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümü olmadığı bir borca bilerek kefil olması hallerinde kefil alacaklıya karşı def'ileri ileri süremez. Kefil asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden alacaklıya ödemedede bulunduğu rücu hakkına sahip olur (TBK.m.591/III).

Kefil ile borçlu arasındaki ilişkide kanunda sayılan durumlarda asıl borçludan güvence vermesini ve borç muaccel olmuşsa borçtan kurtarılmasını isteyebilir (TBK.m.595). Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur. Kefilin rücu hakkına ilişkin

70 KILIÇOĞLU, s.676; YAVUZ, s.821 vd.

71 KELEŞ, s. 232.

72 KILIÇOĞLU, s.;676 YAVUZ, s. 821.

zamanaşımı kefilin alacaklıya ifade bulunduğu anda işlemeye başlar (TBK.m.596/V).

2. Müteselsil Kefaletin Adi Kefalet Sayılmasının Hukuki Sonuçları

Müteselsil kefaletin “*adi kefalet*” sayılması kefil olan kişinin yararına olan bir durumdur, çünkü adi kefalette alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurması gerekecektir. Bu durum alacaklı olan tüketici sözleşmesinin karşı tarafının aleyhine olan bir durumdur, çünkü alacaklı tüketiciyi öncelikle takip etmek zorunda kalacaktır.

Müteselsil kefalet, kefil için ağır yükümlülükler getirdiğinden tüketiciye kefil olmak isteyenler için bu kefaletin “*adi kefalet*” sayılması kanımızca kefalet sözleşmesi kurulmasını teşvik etmiştir. Tüketicinin de kefil bulmasında lehine bir durum olmuştur.

3. Garanti Sözleşmesinin Adi Kefalet Sayılmasının Hukuki Sonuçları

Garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alana bir üçüncü kişinin edasını vaat etmektedir⁷³. TBK.m.128 hükmüne göre garanti veren bağımsız bir anlaşmayla garanti alana vaad ettiği üçüncü kişinin davranışını yerine getirmemesi halinde garanti alanın zararını tazmin edecektir. Garanti sözleşmesinin saf garanti ve kefalet benzeri garanti görünüş şekilleri bulunmaktadır⁷⁴. Garanti sözleşmesi TBK. ‘da açıkça düzenlenmemiş bir sözleşmedir, ancak TBK.m.128 hükmünün yardımıyla açıklanmaktadır. Bu sözleşme ivazsız bir sözleşme olup, garanti alanı belli bir amaca yöneltmeyi, garanti alanın hareket tarzından doğacak tehlikeyi bağımsız şekilde yüklenmeyi amaçlamaktadır⁷⁵.

Garanti sözleşmesi pek çok bakımdan kefaletten farklıdır. Garanti sözleşmesinin “*adi kefalet*” sayılması garanti verenin yararına olmuştur, çünkü kefilin borcu fer ‘i bir borç niteliği taşımakta iken garanti verenin

73 BARLAS, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman ‘a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s.947 vd.

74 KOCAMAN, Arif, Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan’a Armağan, C.III, *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel sayısı C.15 S.2 Temmuz 2016, s.487-488; BARLAS, “saf garanti sözleşmesi” ve “teminatı amaçlayan garanti” ifadelerini yerinde bulmamaktadır. Saf garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmesi kefalet benzeri garantiye göre daha bariz olduğunu belirtmektedir. Kefalet benzeri garantide garanti alan (alacaklı) ile edimi garanti edilen (borçlu) arasında temel bir borç ilişkisi bulunduğunu, ancak saf garantide ise böyle bir temel borç ilişkisi bulunmayıp garanti veren ve garanti alan arasında bir teminat ilişkisi bulunduğunu belirtmektedir. BARLAS, s.948, 949.

75 YAVUZ, s.851 vd.



borcu bağımsız niteliktedir⁷⁶. Garanti verenin borcu bağımsız bir borç olduğundan asıl borç geçerli doğmasa veya sona erse dahi devam edecek bir borçtur. Garanti verenin borcu asli borç olduğu için alacaklı, tüketiciye başvurmadan teminat verene başvurabilir⁷⁷. Halbuki adi kefalette alacaklı, tüketiciye öncelikle başvurmalıdır. Garanti sözleşmesinde teminat veren tüketiciye ait def'ileri kural olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Halbuki adi kefalette kefil asıl borca ilişkin def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir⁷⁸. Garanti sözleşmesinde tartışma def'i, rehnin paraya çevirme def'i ve bölme def'isini ileri sürme imkânı yoktur. Halbuki adi kefalette kefilin alacaklıya karşı bu def'ileri ileri sürme imkanı vardır⁷⁹. Garanti sözleşmesinde garanti veren ödeme yaptığı takdirde kanuni halefiyete sahip olmaz. Halbuki adi kefalette kefil ödemede bulunduğu ölçüde alacaklının haklarına halef olmaktadır⁸⁰. Garanti sözleşmesi için bir şekil zorunluluğu yoktur , ancak kefaletin geçerli olması için yazılı şekil zorunludur⁸¹.

E. Tüketicinin Alacaklarına Karşılık Verilen Kişisel Teminatın Müteselsil Kefalet Sayılmasının Hukuki Sonuçları

1.Müteselsil Kefaletin Özellikleri

Müteselsil kefalet, ticari olmayan işlerde istisnai olup asıl olan adi kefalettir⁸². Tarafların açıkça kararlaştırdıkları takdirde söz konusu olan bir kefalet türüdür. TTK.m.7 hükmüne göre ticari borçlara kefalette kefil, alacaklının karşısında asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Kefalet sözleşmesinden doğan müteselsil kefalette alacaklı kefile borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hallerinde doğrudan başvurabilir (TBK.m.586/I). Bu hükmün uygulanması için borçlunun temerrüdünün genel koşullarının gerçekleşmesi veya borçlunun ifada açıkça ödeme gücünün olmaması gereklidir⁸³. Borçlunun iflası, konkordato isteminde bulunması ödeme güçsüzlüğünü gösterir⁸⁴.

76 KOCAMAN, s.490; YAVUZ, s.852; EREN, s.779 BARLAS, s.950.

77 YAVUZ, s. 852; EREN, s.779.

78 YAVUZ, s. 821; EREN, s.796; BARLAS, s.950.

79 YAVUZ, s. 822; EREN, s.797.

80 EREN, s.780; BARLAS, s.950.

81 BARLAS, s.950.

82 EREN, s. 788.

83 KILIÇOĞLU, s.665 vd.

84 YAVUZ, s.808.



Borç için bir rehin varsa, alacaklının rehni paraya çevirmeden kefilî sorumlu tutup tutamayacağı konusunda TBK.m.586 hükmünde rehin türlerine göre ayırım yapılmıştır⁸⁵. Eğer borç için teslimî bağı taşıyır rehini veya alacak rehini ile teminat verilmişse alacaklı kural önce rehni paraya çevirmek zorundadır, daha önce kefile gidemez. Anca bu kuralın istisnası sayılan alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla karşılanmayacağı önceden hakim tarafından belirlenmişse veya borçlunun iflası veya konkordato mehli verilmesi durumlarında alacaklı daha önce kefile gidebilir (TBK.m.586/II). Eğer borç için taşınmaz rehni ile teminat verilmişse rehin paraya çevrilmeden önce kefilî takip edebilir. Ancak bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması şarttır (TBK.m.586/I).

G.Tüketici Kredisi Sözleşmesindeki ve Kredi Kartı Sözleşmesindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Özel Düzenlemeler

1. Tüketici Kredisi Sözleşmesindeki Özel Düzenlemeler

a. Genel Olarak

Tüketici kredilerinde kişisel teminatlarla ilgili ilk düzenleme, 4077 sayılı TKHK.m.10/III hükmünde yapılmıştı. Bu hükme göre tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren asıl borçluya başvurmadan, kefiliden borcun ifasını istemeyeceğini düzenlemişti. 6502 sayılı TKHK.m.4/VI hükmünde bütün tüketici sözleşmeleri için genel bir düzenleme getirilmiş olduğundan tüketici kredileri ile ilgili hükümlerde kişisel teminatlarla ilgili bir hüküm getirilmemiştir. Böylece emredici kural ile kredi verenin tüketici kredisi borcu için tüketiciye öncelikle başvurmadan kefile başvuramayacağı açıkça düzenlenmiştir⁸⁶. Kanımızca TKHK.m.4/VI hükmünde açıkça “adi kefalet” sayılacağı belirlenmiş olması eski hükme göre (TKHK.m.10/III) daha isabetli olmuştur , çünkü yeni TBK. m.586/I hükmüne göre kefalet müteselsil olsa bile asıl borçluya başvurmadan kefiliden talepte bulunulmayacaktır⁸⁷.

Tüketici kredisi sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasına göre zorunlu içeriğinde teminatlar da sayılmıştır (Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yön. m. 11k, m.12ğ). Tüketici Kredileri Sözleşmeleri

85 YAVUZ, s. 808; EREN, s.788.

86 Yargıtay Kararlarında da bu kuralın emredici olduğu üzerinde durulmuştur. Y. 19. HD. T.27.06.2019 E. 2018/1722, K. 2019/4129 sayılı kararı (karararama.yargitay.gov.tr; E. T. 10.12.2020).

87 CEYLAN, **Tüketici kredisi**, s.75.



Yönetmeliği, m.4 /I b 'ye göre "belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesi" ile sözleşmenin kurulduğu tarihte, kredi ilişkisinin sona erme tarihinin taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı tüketici kredisi sözleşmeleri, m.4/I c 'ye göre "belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi" ile sözleşmenin kurulduğu tarihte, kredi ilişkisinin sona erme tarihinin taraflarca sözleşmede kararlaştırılmadığı tüketici kredisi sözleşmeleri ifade edilmektedir. Tüketici kredisi sözleşmeleri, serbest kredi veya bağlı kredi olarak da düzenlenebilir⁸⁸.

Kişisel teminat sözleşmelerinde, teminat alacaklısına bir şey üzerinde aynı bir hak değil, alacak hakkı tanınmaktadır. Asıl borçlunun yükümlülüğüne ek olarak üçüncü kişi yükümlülük altına girerek zarar rizikosunu üstlenmektedir⁸⁹.

Tüketicinin teminat gösterme borcunun tüketici kredisi sözleşmesinde mutlaka yer alması şart değildir. Kredi itibarı yüksek ise krediyi, teminatsız da kullanma imkanını kredi veren sağlayabilir. Ancak çoğunlukla standart olarak kredi veren tarafından hazırlanan tüketici kredisi sözleşmelerine tüketicilerin borçlarını geri ödememesi riskine karşı kişisel veya aynı teminat kayıtları koyulmaktadır⁹⁰. Tüketici kredisi sözleşmeleri taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanılarak kurulan sözleşmelerdir⁹¹. Bu nedenle kredi veren ekonomik durumu güven veren tüketiciyle sözleşme yapmaya önem vermektedir. Tüketici, tüketici kredisi sözleşmesi kurulmadan önce teminat getiremeyeceği açıkça belli ise kredi veren tüketiciye kredi kullandırmamaktadır. Ancak tüketici kredisi sözleşmesi kurulduktan sonra tüketicinin teminat gösterme borcunda temerrüde düşmesi durumunda kredi veren sözleşmeye haklı sebeple feshetme hakkına sahiptir⁹². Tüketicinin tüketici kredisi borcunu ödemesi halinde kural olarak teminatlar sona ermektedir, çünkü kredi verenin menfaati ortadan kalkmaktadır. Bu durumda kredi verenin teminatları tüketiciye veya üçüncü kişiye geri vermesi şarttır. TKHK. 'da teminatları iade etmeyle ilgili bir yükümlülük düzenlenmemiş olsa da kredi verenin teminatları geri vermesi dürüstlük kuralının bir gereğidir. Kredi veren kambiyo senedini veya kişisel teminat olarak getirilen banka teminat mektubunu tüketiciye iade etmelidir⁹³.

88 CEYLAN, *Tüketici kredisi*, s.72.

89 KUNTALP, Erden, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s.289 .

90 KILIÇ, Umut, *Tüketici Kredilerinde Aynı Teminat Sorunu, Yüksek Lisans Tezi*, 2019, s.45.

91 YILMAZ, Abdülhamit, *Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul 2018, s. 218.

92 ZEVLİLİLER/ ÖZEL, s.95; ASLAN, s. 23; GÜMÜŞ, s. 9 vd; KARA, s.164.

93 YILMAZ, s.543.

Tüketici kredisi sözleşmesinde kredi alan tüketicinin borçları, sözleşme görüşmeleri aşamasında kredi verene bilgi verme borcu, krediyi kabul etme borcu, krediyi geri ödeme borcu, faiz ödeme borcu, teminat gösterme borcu, sigorta yaptırma borcu ve sözleşme masraflarını ödeme borcudur⁹⁴.

Kredi veren kuruluşun tüketicileri tüketici kredisi sözleşmesi sözleşme kurulmadan önce ve kurulduktan sonra tüketici kredisi sözleşmesiyle ilgili bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁵. Bunun amacı, tüketicinin sözleşme kurma kararını vermeden önce iradesinin açıklığa kavuşmasını sağlamaktır⁹⁶. Tüketici kredisi sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu şartlar eski ve yeni TKHK. 'da düzenlenmiştir. Teminatlar da zorunlu şartlar olarak tüketici kredisi sözleşmesinin içeriğinde yer alması gereken hususlardan biridir. 6502 s. TKHK. m.23 hükmüne göre kredi verenin ve varsa kredi aracısının tüketiciye teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu sözleşmenin kurulmasından makul süre önce vermeleri zorunludur. Kanımızca makul süre olarak tüketiciye yeterli düşünme süresi tanınmalıdır. Tüketici kredisi sözleşmesi kurulmadan önce ve kurulduktan sonra kefilin tüketici kredisi sözleşmesinin şartları hakkında bilgilendirilmesi gereklidir. Böylece kefil, tüketici kredisi sözleşmesinin taşıdığı riskler ve hukuki sonuçları hakkında bilinçli şekilde hareket edebilir⁹⁷.

Tüketici kredisi sözleşmesinin geçerli şekilde kurulması için yazılı şekilde yapılması gerekir. Kredi veren tarafından düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesinin sonradan geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürmesi yasaktır. Bu sözleşmenin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin, kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur (6502 s.TKHK.m.22/ III, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yön. m. 10) Kanımızca tüketici kredisi sözleşmesinin bir nüshasının kefile de verilmesi yönünde bir düzenlemenin Kanunda yapılmasında kefilin korunması için yarar vardır⁹⁸. Tüketici kredisi sözleşmesinde tüketicinin cayma hakkı

94 CEYLAN, **Tüketici kredisi**, s.73,74.

95 CEYLAN, **Tüketici kredisi**, s. 73; İŞINTAN, Pelin, **Bankacılık İşlemlerinde Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları**, Editör Dr. Gözde Zeytin Çağrı, İstanbul 2020, s. 255; SERDAR, s.81.

96 AKİPEK, Şerh, s.500.

97 SERDAR, s.81.

98 Aynı görüşte SERDAR, s.82.



bulunmaktadır (6502 s. TKHK.m.24). Kanımızca kefilin de cayma hakkından yararlanması gerekir. Bu düzenlemenin Kanunda yer almasında kefilin korunması için yarar vardır⁹⁹.

4077 sayılı TKHK. döneminde YHGK.T.22.06.2011 E.2011/13-303 K.2011/437 sayılı kararında¹⁰⁰ kredi verenin kişisel teminat veren kefiliden asıl borcun ödenmesini istemesi için asıl borçlu hakkında İİK.m.105 ve 143 hükümleri kapsamında kesin aciz vesikası alması gerektiği üzerinde durulmuştur. Aciz belgesi ile borçlunun malvarlığının alacaklının alacağını karşılamaya yetmediğini gösteren ispat aracı olduğu ve kesin aciz belgesi ile icra takibi sonucunda paraların paylaşılmasından sonra alacaklıya verilen belge olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasını gösteren kararlarında¹⁰¹ tüketici kredilerinde asıl borçlu hakkında takip yapıp sonuçsuz kalmadan kefil hakkında icra takibinin yapılmayacağı belirtilmektedir. Kefil, tüketici kredisiyle ilgili takip edilmesinden dolayı davacı olarak iptalini talep etmektedir. Bireysel kredi sözleşmesi başlıklı sözleşmenin "tüketici kredisi" niteliğinde olduğu anlaşıldığından kefilin talebi kabul edilmiştir¹⁰².

b.Sigorta Sözleşmeleri

Sigorta sözleşmeleri, tüketici kredisi sözleşmelerinde gösterilen kişisel teminatlardan biridir¹⁰³. Sigorta sözleşmeleri, sigortacının bir prim karşılığında kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan rizikonun meydana gelmesi halinde tazmin etme veya bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmeleridir (TTK.m.1401).

Sigorta sözleşmesinin bir tüketici işlemi olması için taraflarından birinin tüketici olması ve karşı tarafın sigortacı olması gereklidir¹⁰⁴. Burada sigorta sözleşmesinin türü, poliçe tutarı veya sözleşme süresinin

99 Aynı görüşte SERDAR, s.82.

100 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (E.T. 12.12.2020)

101 Y.13 HD. 13.12.2018 E.2016/11689 K.2018/12144 sayılı kararı (KARA, s.1246 dn.126); Y.13. HD. 11.12.2018 E.2016/14833 K.2018/11952 sayılı kararı (KARA, s.1246 dn.126).

102 Y.12. HD.T.29.11.2017 E. 2016/23425 K. 2017/14794 sayılı kararı (<http://kazanci.com.tr/gunluk/12hd-2016-23425.htm>) (E.T.12.12.2020)

103 KELEŞ, s.181 vd.

104 KARA, s.363.



bir önemi yoktur. Yargıtay¹⁰⁵da 6502 sayılı TKHK. yürürlüğe girdikten sonra tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi olduğunu kabul etmiştir.

Tüketici kredisi sözleşmesine sigorta yaptırılması ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. TKHK.m.29 hükmüne göre, tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmadan kredi ile ilgili sigorta yaptırması yasaktır. Tüketicinin sigorta yaptırması halinde istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir. Böylece kredi kuruluşları, tüketiciyi tüketici kredisi sözleşmesinde sigorta yaptırmaya ve kendi sigorta şirketiyle sözleşme yapmaya zorlayamaz. Böylece tüketiciye sigorta şirketini seçme özgürlüğü tanınmıştır¹⁰⁶. Bu hükme aykırılık halinde TKHK.m. 77/III hükmü gereği idari para cezası uygulanacaktır, Sigortacılık K.m.32/V hükmüne göre de “Kişilerin, sigorta şirketini seçme hakkı sınırlandırılmaz. Bir sözleşmenin unsurları içinde, taraflardan birinin bu sözleşmede yer alan herhangi bir hususta sigorta yapmaya zorunlu tutulduğu hallerde, söz konusu sigortanın belli bir şirkete yaptırılmasına ilişkin sözleşmeye konulmuş her türlü şart hükümsüzdür”. Sigortacılık K.m.32/V hükmüne aykırılık halinde de idari para cezası uygulanmaktadır. İki Kanun arasında idari para cezaları bakımından uyum olmaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir¹⁰⁷. Kanımızca TKHK.m.29 hükmüne aykırılık halinde kredi kuruluşlarına yönelik yaptırım düzenlemesine ihtiyaç vardır, sadece TKHK.m.77 hükmündeki idari yaptırım uygulanması yeterli görülmemektedir¹⁰⁸.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.28 hükmüne göre her türlü sigortacılık işlemleri denetime tabidir. Denetim yetkisi ve görevi Sigorta Denetleme Kurulu tarafından yapılmaktaydı, bu yetki ve görev 18.10.2019 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 47 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹⁰⁹ ile Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumuna verilmiştir.

105 Y.17. HD. T.14.06.2017 E.2016/13975 K.2017/6758 sayılı Kararı (KARA, s.364 dn.143); Y.17. HD. T.05.11.2015 E. 2015/13985 K.2015/11730 K. sayılı Kararı (KARA, s. 364 dn.143).

106 AKİPEK, Şerh, s.529; DEMİRKOL, Elit Meviza, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Sigorta Sözleşmelerine Etkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2020, s.95 vd.

107 SÜZEL, Cüneyt, **Bireysel Kredilerle Bağlantılı Kurulan Sigorta Sözleşmeleri Mevzuatının Değerlendirilmesi, Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları**, İstanbul 2017 s.109.

108 ATAMER, s.182; SÜZEL, s.108; DEMİRKOL, s.99.

109 RG. T. 18.10.2019 S. 30922.



Sigorta sözleşmesi, sigortalının uğradığı zararın tazminini hedefleyen bir sözleşmedir¹¹⁰. Sigorta sözleşmesinin tanımı TTK.m 1401/I hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.

Kredi sigortasında, sigorta ettiren tüketicinin sigorta şirketine prim ödemesi karşılığında borçlarını zamanında veya hiç ödememesi nedeniyle alacaklının uğrayacağı zarar teminat altına alınmaktadır. Kefalet ivazsız bir sözleşme iken, kredi sigortasında sigortacı yüklediği rizikoya karşı prim aldığından ivazlı bir sözleşmedir ve kefaletten farklı olarak fer 'i ve tali özellik taşımamaktadır. Kredi sigortası sözleşmesinin esaslı unsurları sigortacı, sigorta ettiren tüketici, riziko, sigorta menfaati, sigorta tazminatı ve primdir¹¹¹.

Kredi sigortası ve krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde rizikolar çeşitlidir¹¹². Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi tüketici kredisi sözleşmelerinde çok uygulanmaktadır. Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği m.2 hükmüne göre Türkiye 'de faaliyet gösteren her türlü kredi kuruluşunun sağladığı bireysel kredilerle bağlantılı yaptırılan ihtiyari veya zorunlu sigortaları ve bu sigortalar dâhilinde verilecek teminatları kapsadığı belirtildiğinden sigorta sözleşmesinin taraflarının ticari-mesleki amaçla hareket edip etmediğine değil, kredi sözleşmesinin bireysel veya ticari kredi niteliğine bakılması gerekmektedir¹¹³. Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde tüketicinin hem Sigorta Hukuku hem de Tüketici Hukuku ile koruma altında olduğu görüşü¹¹⁴ ileri sürülmüştür. Taşkın¹¹⁵, Sigorta hukukunun yegane amacının sözleşmenin zayıf tarafını korumak olmadığını,

110 YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2020, s. 72.

111 TAŞKIN, Melda, Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2015, s.16 vd.

112 Sigorta Hukukunda riziko ile "gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ancak gerçekleşmesi halinde zarar veya diğer bir ekonomik ihtiyaç doğuran olay" olarak tanımı yapılmaktadır. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s.74.

113 TAŞKIN, s. 31 dn.97.

114 TAŞKIN, s.32.

115 TAŞKIN, s.33.



bu nedenle sigorta hukukunun kapsamına giren konuların TKHK. hükümlerine tabi tutulmasını isabetsiz bulmaktadır.

Sigorta sözleşmelerinde sigortacının tüketiciyi bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁶. Bilgilendirmelerin usulüne uygun yapıldığını ispat yükü sigortacıya aittir.

Yargıtay 'ın sigorta konusundaki yeni uygulamasına göre¹¹⁷ sigorta poliçesindeki riziko gerçekleştiğinde bankanın henüz vadesi gelmemiş kredi taksitlerinin ödenmesi için öncelikle sigorta şirketine başvuru yapması gerekmektedir. Sigorta şirketi sigorta poliçesinin yapılmasından bizzat sorumlu olduğu için sigorta şirketinin bankaya karşı bir def 'i veya itiraz yapması mümkün olmaz. Kredi kullanan tüketicinin ölmesi durumunda, banka sigorta yapılırken tüketicinin kanser gibi rahatsızlığı olduğunu ileri sürerek mirasçılara başvuramaz. Kara 'ya göre hayat sigortasının kredi veren banka ile aynı şirkette bulunan sigorta şirketine yaptırılmasının engellenmesi gereklidir¹¹⁸.

Yargıtay 13. HD. T.10.02.2020 E.2017 /639 K.2020/1772 sayılı kararında¹¹⁹ tüketici kredisi alan tüketicinin kredi teminatı olarak hayat sigortası yapılması halinde takiple ilgili önemli açıklamalar yer almaktadır. Bu davada davacı banka vekili davalılardan murisin ölümünden önce tüketici kredisini kullandığını , ödenmeyen bakiye borçtan mirasçı olmaları nedeniyle sorumlulukları bulunan davalılar hakkında takip yapıldığını , ancak takibe davalıların itirazı üzerine itirazın iptali ve takibin devamını talep etmiştir, davalılar vekili davanın reddini istemiş , ilk derece mahkemesi davayı kabul edip takibe vaki itirazın iptaline ve takibin devamına karar vermiştir, hüküm hem davalılar vekili hem katılma yoluyla da davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir ve Yargıtay ilk derece mahkemesinin hükmünü kanımızca isabetli gerekçelerle bozmuştur. Yargıtay kararında , hayat sigortasının tüketicinin kendi isteğiyle yaptırdığı bir sigorta olmayıp , bu sigortanın tüketicinin aldığı kredinin teminatı olarak düzenlenmiş olduğunu; tüketici kredisi sözleşmesinde ve tüm sigorta poliçelerinin üzerinde kredi veren bankanın adına dain ve mürtehin kaydı bulunacağı yazılı olup sigorta şirketinin menfi yanıtına karşı davacı bankanın lehtar

116 KARA, s.367.

117 Y.13. HD.T.18.03.2019 E.2016 /26289 K.2019/3448 sayılı kararı (KARA, s. 365 dn.147); Y.13. HD.T. 06.02.2019 E.2016/18862 K.2019/1327 sayılı kararı (KARA, s.365 dn.147).

118 KARA, s.365.

119 www.lexpera.com/içtihat (Erişim tarihi: 12.12.2020).



olduğunu; sigorta poliçesindeki hakları talep ettiğinde sigorta şirketinin ona karşı ileri sürebileceği bir def 'i ve itiraz hakkının bulunmadığını ; sigorta poliçesinde tüketicinin sigortalı , bankanın lehtar olduğu ve poliçenin sigorta şirketi tarafından düzenlenmiş olduğunu ; rizikonun gerçekleşmesi halinde bankanın poliçe teminatı kapsamındaki bakiye kredi alacağını öncelikle sigorta şirketinden tahsil etmesi gerektiğini; sigorta şirketinin bankaya karşı tüketicinin sorunları olduğunu ileri süremeyeceğini, bankanın TMK.m.2 de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketiciye yönelik takibi başlatmış olduğu belirtmiştir. Kanımızca Yargıtay'ın tüketici kredisi nedeniyle hayat sigortası yapılması halinde bankanın poliçe limiti içinde kalan kredi alacağını öncelikle sigorta şirketinden tahsil etmesinin zorunlu olduğunu işaret etmesi tüketicinin korunması bakımından yerinde olmuştur, çünkü tüketici adına yapılan hayat sigortası varken bankanın tüketicinin ölümü nedeniyle tüketicinin mirasçılardan kredi alacağını tahsil için takibe başlaması Yargıtay kararında belirtildiği gibi “ Sigorta hukukunun temel ilkelerine ve sigorta yapılmasının amacına aykırılık oluşturacağı gibi sigorta yapılmasına duyulan güveni ve itimadı da zedeler”. Ayrıca bankanın bütün hukuki yolları tüketmeden tüketiciden tahsil edilmesi için takibe gitmesi, TMK.m.2 'deki dürüstlük kuralına açıkça aykırıdır.

2. Kredi Kartı Sözleşmesindeki Özel Düzenlemeler

Kredi kartı çıkaran kuruluş, alacağını teminat altına almak için kart hamili tüketiciden kişisel veya aynı teminat isteyebilir¹²⁰. Uygulamada çoğunlukla kredi kartı sözleşmelerinde aynı teminat masraflı ve zahmetli olduğu için seçilmemektedir. Kredi kartıyla sağlanan kredinin limiti diğer kredi türlerine göre daha düşük olduğundan ipotek tesisine gidilmemektedir¹²¹. Kart hamili tüketici olabilir veya olmayabilir. Kart hamilinin tüketici olduğu kredi sözleşmeleri, tüketici sözleşmesi niteliği taşımaktadır¹²².

4077 sayılı TKHK.m.10/A ve 5464 sayılı BKKKK.m. 'ndan önce kredi kartı sözleşmesinde kişisel teminatın olarak garanti veya müteselsil kefalet olacağı hakkındaki hükümlerin geçerliliği tartışılmalı bir konuydu¹²³. Uygulamada kart çıkaran kuruluşların kişisel teminat

120 KARA, s.1394.

121 CEYLAN, **Doçentlik tezi**, s.164.

122 CEYLAN, Ebru, **5464 Sayılı Kanun**, s.29 vd.

123 BARLAS, s.969 vd.



seçimi kefaletten garantiye kaymıştır¹²⁴. Bu sözleşmelerin büyük çoğunluğunda tüketicinin kredi kartı borcu için verilen kişisel teminatın “garanti” olduğu yazılmış olduğundan bu durum tüketici aleyhine sonuç yaratmaktaydı¹²⁵. Bankalar, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla geçerliliği bir limit belirlenmesine ve belirli şekilde yapılmasına gerek olmayan garanti taahhüdünü teminat olarak kredi kartı sözleşmelerine koymuşlardı¹²⁶. Ülkemizde kredi kartı sözleşmeleri bütün bankalar bakımından standart bir metin halinde olmadığından kredi kartı sözleşmelerinin içerikleri bankalara göre değişmektedir. Verilen kişisel teminatın hukuki niteliği belirlenirken bankanın tek taraflı hazırladığı kredi kartı sözleşmesi metnindeki garanti veya kefalet ifadeleri yerine gerçek iradelerinin anlamının ve içeriğinin araştırılarak fer’ilik ve aslilik kriterinin öncelikli kriter olarak belirleyici olduğu üzerinde durulmuştur¹²⁷.

Yeni TBK. yürürlüğe girince m.583 hükmünde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kendi el yazısı ile yazılması zorunluluğu getirildi. Yargıtay ‘ın 2001 yılından itibaren verdiği kararlarda¹²⁸ kredi kartı sözleşmesine verilen kişisel teminatın adi kefalet olduğunu belirtmiştir. 5464 sayılı BKKKK. m. 24/V hükmünde kredi kartı sözleşmelerine verilen kefaletin TBK. ‘da düzenlenen adi kefalet hükümlerine tâbi olduğu kabul edilmiştir. Böylece kefilin tüketici sıfatına sahip kart hamiliyle beraber müteselsilen kefil olmak veya garanti vermek ile ilgili dair kayıtların yer alması 5464 sayılı BKKKK. ‘da yasaklanmıştır. 6502 sayılı TKHK.m.4/VI hükmünde de bütün tüketici sözleşmeleri için aynı düzenleme yer almaktadır. Kefil, kredi kartı sözleşmesinde yer alan ve kefil olmayı kabul ettiği miktar kadar sorumludur.

Kredi kartı sözleşmesinin zorunlu şartları içinde kefalet ile ilgili de düzenleme bulunmalıdır. BKKKK. m.24/I ve BKKKY .m 17 hükmüne göre kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az on iki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı şekilde veya uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek

124 BARLAS, s.940.

125 CEYLAN, **Doçentlik tezi**, s.164 vd.

126 BARLAS, s.944.

127 BARLAS, s. 972.

128 bkz. kararlar için KARA, s.1395.



ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulacak sözleşmeler ile düzenlenir ve buna ilişkin usûl ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. Sözleşmenin bir örneği, kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur. Böylece kredi kartı sözleşmesi hakkında kefilin bilgi sahibi olması için kefile de sözleşmenin bir örneği verilmektedir. Kanımızca kefile kredi kartı sözleşmesinin bir nüshasının verilmesi ile bilgilendirilmesinin sağlanması yerinde bir düzenlemedir.

BKYYY. m.24/IV hükmüne ve BKKKY.m.17/V i hükmü gereği kredi kartı sözleşmesinin şartları içinde kredi kartı sözleşmesi için kefil alınması halinde, sözleşmede veya kefalet sözleşmesinde nelerin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükme göre kefil için temerrüt halinin, kart hamilinin borcunun kendisine bildirilmesi ile başlayacağı, kefaletin Türk Borçlar Kanunu'nun adi kefalet hükümlerine tabi olduğu ve önce asıl borçluya başvurulup tüm tahsil yolları denenmeden kefilin borcun ifasının istenemeyeceği ve mevcut sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artıracak değişikliklerin ve kart limitindeki artışın kefil açısından geçerli olabilmesinin kefilin yazılı onayına bağlı olduğunun belirtilmesi zorunludur. Böylece kefil için temerrüt halinin başlangıcı belirtilmiştir ve kefilin adi kefalet hükümlerine tâbi olduğu açıkça düzenlenmiştir¹²⁹.Kefilin sorumluluğunu artıracak değişikliklere karşı korunması için kanımızca isabetli olarak kefilin yazılı onayı aranmıştır.

Yargıtay'ın bir kararında ¹³⁰ kefilin vekilinin açtığı davada Bankası tarafından dav dışı...isimli şahsa verilen kredi kartı sözleşmesine kefil sıfatıyla imza attığını, kefalet sözleşmesinde kefalet limiti belirtilmediğinden geçerli bir kefalet sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini, ayrıca borcun zamanaşımına uğradığını iddia ederek icra takibi nedeniyle müvekkilinin borçlu olmadığını tespitine, %40'dan az olmamak üzere tazminata karar verilmesini talebine karşı , davalı vekili, kefalet sözleşmesinin hukukuna uygun olup, davacının sözleşmede müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzasının bulunduğu, 20 yıllık zamanaşımı süresinin olduğunu belirterek, davanın reddini istemiştir. Mahkeme davacının kredi kartı sözleşmesini kefil sıfatıyla imzaladığı, 6502 sayılı Yasa uyarınca davalının asıl borçluya başvurmadan kefile başvuramayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne,

129 CEYLAN, 5464 Sayılı Kanun, s.39.

130 Y.19. HD. T.03.12.2015 E. 2015/4870 K. 2015/16250 sayılı kararı (karararama. yargitay.gov.tr, E. T. 10.12.2020).



şartlar oluşmadığından kötü niyet tazminatı isteminin reddine karar vermiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Y. 19. HD. ise 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24/son maddesi uyarınca kredi kartı kullanımlarındaki kefaletin Borçlar Kanunu'nda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabi olması, asıl borçluya başvurulup, borcun tahsili için tüm yollar tüketilmeden kefilen borcun ifasının istenemeyecek olmasına göre hükmü onamıştır. Kanımızca Y. 19 HD. 'nin kararı , davacının kredi kartı sözleşmesinde “ müşterek borçlu ve müteselsil kefil “ olarak yer alan ifadeleri kefil imzalarsa da gerek 6502 s. TKHK. ve gerekse 5464 s. BKKKK. gereği geçersiz olduğu için isabetlidir.

Yargıtay 19 HD. 2016/15741 E. 2018/552 sayılı kararına¹³¹ konu davada davacı kefil , kredi kartı sözleşmesinin geçersiz olduğunu, sözleşmede kefalet miktarının belirtilmemesi nedeniyle sorumlu olmayacağı ve davalının asıl borçluya yönelik bir icra takibi bulunmadan kefile başvurulamayacağı , alacağın zamanaşımına uğradığı iddialarına karşılık davalı banka ise kredi kartı sözleşmesinde davacının kefil olduğunu ve kredi kartı sözleşmesine ek olarak garanti taahhünamesini imzaladığını ve bu taahhünamede limitle bağlı olmadan kefilliği kabul etmiş olduğunu ve yapılan kredi kartı sözleşmesinin yürürlükteki hükümleri uygun bir sözleşme olduğunu, zamanaşımının 20 yıl olduğunu savunmuştur. Mahkeme alacaklının öncelikle borçluya başvurarak işlemin semeresiz kalması halinde kefile yönelmesi gerektiğini, takip dosyasına göre kefile borçlu ile birlikte doğrudan icra takibi yapıldığını belirterek davayı kabul etmiştir. Davacı bankanın temyiz itirazı üzerine konu Yargıtay dairesinin önüne gelmiştir. Kredi kartı sözleşmesinde “garanti taahhünamesi” başlıklı kısmı davacının imzalaması Yargıtay kararında tartışılmıştır. Garanti sözleşmesinde kefalette olduğu gibi limit belirleme koşulu bulunmasa da belirsizliğin garantisinin olmadığı, sözleşme kurulduğu anda garanti edenin neyi garanti ettiğini bilmeye veya bu konudaki bilgilerin sözleşmede yer alması gerektiği belirtilmiştir. Somut olayda özel yasa olan 5464 sayılı BKKKK. m.24/son hükmündeki adi kefaletle ilişkin hükmün gözetilmemesinin uygun olmadığını belirterek davanın kabulü gerektiğini belirtmiştir. Kanımızca Y. 19. HD 'nin kararında, kredi kartı sözleşmesindeki “garanti taahhünamesini” imzalayanın garanti veren olarak sorumlu olmayacağı, 5464 sayılı BKKKK. m.24/son hükmündeki adi kefaletle ilişkin hükme göre sorumlu olacağı yönündeki değerlendirilmesi isabetlidir.

131 Y. 19. HD.T.12.02.2018 E. 2016/15741, K. 2018/552 sayılı kararı (karararama.yargitay.gov.tr)



SONUÇ

Ülkemizde tüketicilerin yeterli nakde sahip olmamaları nedeniyle yöneldikleri tüketici kredisi ve kredi kartı kullanımı reklamların ve etkili pazarlama yöntemlerinin sonucunda çok artmıştır. Tüketicilerin pek çoğu kredi kartıyla sadece alışveriş yapmamaktadır, limiti içinde para çekebilme ve taksitlendirme yaparak farkında olmadan aşırı borç altına girebilmektedir. Tüketiciler, tüketici kredisinin geri ödenmesindeki borç yükünü ödemede zorlanabilmektedir. Tüketicilerin aşırı borçlanması koronavirüs pandemisinin yaşandığı dönemlerde daha da arttığı görülmektedir. Tüketici kredisi veya kredi kartı borcu ödenmemesi halinde banka kart hamili lehine bankaya karşı teminat veren üçüncü kişiye başvurarak tahsil etmek istediği için tüketicinin borcu üçüncü kişiyi de yakından ilgilendirmektedir.

Tüketicinin tüketici kredilerinde ve kredi kartlarında teminatlar bakımından korunması amacıyla 6502 sayılı TKHK. 'nda önemli düzenlemeler getirilmiştir. Tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmeleri, tarafların güven ilkesine bağlı olarak kurulan sözleşmelerdir. Kredi veren tüketicilerin ekonomik durumu inceleyerek kredi vermek ister. Tüketicilerin borçlarını ödememe riskine karşı kredi veren tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmelerinde aynı veya kişisel teminatlara başvurmaktadır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde ve kredi kartı sözleşmelerinde kişisel teminatlar zorunlu şartlar olarak sözleşmenin içeriğinde bulunmaktadır.

6502 sayılı TKHK. m.4 /VI hükmünde tüketici sözleşmelerinde kişisel teminatın “adi kefalet” sayılması gerektiği genel kuralı ile kefaletten başka bir teminat türü kararlaştırılması halinde adi kefaletin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Böylece alacaklı kredi verenin öncelikle tüketiciye daha sonra ise kefile başvurusu gerekecektir ve kefil, adi kefaletle özgü def ‘ileri ve asıl borç ilişkisine özgü def ‘ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Adi kefilin borcu tali ve fer ‘i niteliktedir. Böylece tüketici kredisi veya kredi kartı sözleşmesinde “müteselsil kefalet “veya “garanti sözleşmesi” kuralı getirilmiş olsa dahi kefil için adi kefalet söz konusu olacaktır. Böylece tüketiciye kefil olmak isteyenler için teşvik edici olmuştur. TKHK.m.4/VI hükmünde tüketicinin borcu için adi kefalet zorunluluğu getirilmesinden sonra buna aykırılık halinde Kanunda “kesin hükümsüz” sayılması gerektiğinin açıkça vurgulanmasında yarar vardır.

6502 sayılı TKHK. m.4/VI hükmünde tüketicinin alacaklarına karşı verilen kişisel teminatın ise müteselsil kefalet olunca müteselsil kefilin sahip olduğu savunmaları alacaklıya karşı yapabilecektir. Böylece alacaklı TBK.m.586 'daki hükümdeki şartlara göre müteselsil kefile başvurabilecektir. Bu kural, tüketicinin alacaklarının korunması için yararlı bir kural olarak görünebilir, ancak tüketicinin yararına gözüken bu kural girişimcinin müteselsil kefaletten daha ağır bir sorumluluk öngörmesi halinde tüketicinin aleyhine olacağı için kanımızca haklı olarak eleştirilmiştir.

Tüketici kredisi sözleşmelerinde ve kredi kartı sözleşmelerinde tüketicileri sözleşme kurulmadan önce ve kurulduktan sonra sözleşme şartlarıyla ilgili kredi verenin/ kart çıkaran kuruluşun bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün bu sözleşmelere teminat veren kefil için de geçerlidir, çünkü kefil, bu sözleşmelerin ekonomik riskini üstlenmek zorunda kalabilir. Tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmeleri geçerli olmaları için belirli şekilde yapılmaları kanunen zorunlu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin zorunlu içeriğine uygun olarak düzenlenmeleri gereklidir.

Tüketicinin yanında tüketici kredisi sözleşmesinde sözleşmesinin şartları konusunda bilgi edinmesi için banka tarafından kefile de bir nüshasının verilmesi gerektiği kanımızca Kanunda açıkça düzenlenmelidir. Tüketici kredisi sözleşmesinde tüketicinin cayma hakkı bulunmaktadır (6502 s. TKHK.m.24). Kanımızca kefilin de cayma hakkından yararlanması gerekir. Bu düzenlemenin Kanunda yapılmasında kefilin korunması için yarar vardır. Elbette kefilin cayması kredi veren bakımından zor durum yaratabilir. Burada tarafların menfaatlerinin de değerlendirilmesinde yarar vardır.

Tüketici kredisi sözleşmesinde sigorta yaptırılması tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmadan kredi ile ilgili sigorta yaptırmasının yasaklanması ile tüketiciye seçme özgürlüğü tanınmış olması olumludur. Böylece kredi kuruluşları, tüketiciyi, tüketici kredisi sözleşmesinde sigorta yaptırmaya ve kendi sigorta şirketiyle sözleşme yapmaya zorlayamayacaktır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.28 hükmüne göre her türlü sigortacılık işlemleri denetime tabi işlemlerdir. Ancak kanımızca TKHK.m.29 hükmüne aykırılık halinde kredi kuruluşlarına yönelik yaptırım düzenlemesine ihtiyaç vardır, sadece TKHK.m.77 hükmündeki idari yaptırımın uygulanması yeterli değildir.



Kredi kartları ile ilgili 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanunda kredi kartı sözleşmelerine kefaletin adi kefalet hükümlerine tabi olduğu ve sözleşmenin bir nüshasının kefile verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca kefilin sorumluluğunu artıracak değişikliklerin ve kart limitindeki artışın kefil açısından geçerli olabilmesinin kefilin yazılı onayına bağlı tutulması kefilin korunması için kanımızca isabetli olmuştur. 6502 sayılı TKHK. ise tüketici kredisi kapsamında m.22/II hükmünde bütün kredi kartı sözleşmelerini değil, bazı kredi kartı sözleşmelerini düzenlemiştir. Kredi kartının 6502 s. TKHK. m.22/II anlamında tüketici kredisi sayılması için faiz veya benzeri menfaat karşılığında ödemenin üç aydan daha fazla süre ertelenmesi veya benze şekilde taksitle ödeme imkanı sağlaması gerekir. Tüketici kredisi olarak nitelenen kredi kartlarına uygulanacak faiz oranının kredi kartı sözleşmesinde belirlenen orandan fazla olamayacağı da m.22/II hükmünde tüketiciyi korumak için düzenlenmiştir.

Ülkemizde aşırı borç yükü altında olan tüketiciler yanında her ne kadar kefil koruyucu hükümler bulunsa da Tüketici Hukuku kapsamında banka karşısında ekonomik ve tecrübe bakımından daha zayıf olan kefilin korunması için çalışmamızda belirttiğimiz gibi daha kapsamlı düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç vardır.



KAYNAKLAR

AKİPEK, Şebnem: **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara 1999. (atıf şekli: mukayeseli hukuk)

AKİPEK, Şebnem: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, **AÜHFD**, Y.2003 C.52, S.3, s. 103-119. (atıf şekli: kredi kartı)

AKİPEK, Şebnem: Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Bakımından Tüketicinin Korunması, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, C.9, Özel sayı, Kasım 2014, s. 57-65. (atıf şekli: tüketici)

AKİPEK, Şebnem: **Tüketici Kredileri, Milli Şerh**, Editörler: Av. Hakan Tokbaş –Yrd. Doç. Dr. Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s.480-540. (atıf şekli: Şerh)

ALTOP, Atilla: **Bankacılık Sektöründeki Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Edimlerine Karşılık Olarak Alınan Şahsi Teminatlar, Yürürlüğe Beş Kala 6502 Sayılı Kanun'a Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerindeki Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Ankara 2014. (atıf şekli: bankacılık)

ALTOP, Atilla: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Tüketici Kredisi Sözleşmesi, **Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu**, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, s.80-95. (atıf şekli: tüketici kredisi)

ASLAN, İ. Yılmaz: **Bankacılar İçin Tüketici Hukuku**, İstanbul 2016.

ATAMER, Yeşim M. : **Krediler ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, İstanbul 2016.

BARLAS, Nami: Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, **Prof. Dr. Ömer Teoman 'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, İstanbul 2002, s. 937-989.

CEYLAN, Ebru: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'undaki Tüketici Kredileriyle İlgili Yeni Düzenlemeler, **İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hukuku Özel Sayısı**, C. 88, 2014 Özel sayı : 1 , s. 61-80.(atıf şekli : tüketici kredisi)



CEYLAN, Ebru: Kredi Kartı Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, **Doçentlik Tezi**, İstanbul 2010. (atıf şekli: Doçentlik tezi)

CEYLAN, Ebru: Kredi Kartıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'un Getirdiği Yenilikler, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 117, Mart – Nisan 2015, s.233-284. (atıf şekli: kredi kartı)

CEYLAN, Ebru: **5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununa göre Kredi Kartları Hükümleri Çerçevesinde Tüketicinin Korunması, Tüketici Hukukunda Güncel Sorunlar**, Editör Dr. Gözde Zeytin Çağrı, İstanbul Şubat 2020, s.29-69. (atıf şekli: 5464 Sayılı Kanun)

CEYLAN, Ebru: Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri I, **TBB Dergisi** Y. 2008, S. 79 s.35-60. (atıf şekli: Avrupa Birliği, I)

CEYLAN, Ebru: Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri –II, **TBB D**, Y.2009, S.80, s.121-148. (atıf şekli: Avrupa Birliği, II)

CEYLAN Ebru: Tüketici Hukuku Alanında Koronavirüs Sürecinin Etkileri, **İstanbul Barosu Dergisi** Temmuz – Ağustos 2020, C. 94 S. 2020/4, s. 15-42. (atıf şekli: koronavirüs)

CEYLAN, Ebru: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmeleriyle İlgili Değerlendirmeler, **Legal Hukuk Dergisi** Haziran 2020 C. 18 S. 210, s. 2489-2528.

COŞKUN YORULMAZ, Zeynep: Tüketici Sözleşmelerinde Şahsi Teminatlar, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalı, İstanbul 2018.

ÇEKER, Mustafa: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, S. 1-2 Yıl 2004, s.415-442.

DEMİRKOL, Elit Meviza: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Sigorta Sözleşmelerine Etkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2020.



- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2020.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019.
- GEZDER, Ümit: **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, İstanbul 1998.
- GÜMÜŞ, M. Alper: **Tüketici Kanunu Şerhi**, İstanbul 2014.
- HAVUTÇU, Ayşe: 6502 Sayılı Tüketicinin korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun 'un Kapsamı, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, C. 9, S. Özel sayı, Kasım 2014, s.8-19.
- HELVACI, İlhan: Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, **İÜHFİM C.LXV S. 1**, Yıl 2007, s. 263-272.
- İŞINTAN, Pelin: **Bankacılık İşlemlerinde Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları**, Editör Dr. Gözde Zeytin Çağrı, İstanbul 2020, s.245-290.
- KANETİ, Selim: **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul 1972.
- KARA, İlhan: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2021.
- KELEŞ, Adem: Tüketici Sözleşmelerinde Teminat, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2015.
- KILIÇ, Umut: Tüketici Kredilerinde Aynı Teminat Sorunu, **Yüksek Lisans Tezi**, 2019.
- KILIÇOĞLU , Ahmet : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler** , Ankara 2019.
- KOCAMAN Arif: Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme-Kefaletle İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı, Prof. Dr. M. İlhan Uluslan'a Armağan,C.III, **Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** ,Özel sayısı C.15 S.2 Temmuz 2016 , s.483-510.



KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler, **Prof. Dr. Selim Kaneti 'ye Armağan**, İstanbul 1996, s.29 vd.

KUNTALP, Erden: Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul 1995, s.263- 299.

OĞUZ, Uğur: Tüketici Kredilerinde Kefalet Sözleşmesi, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Anabilim Dalı Ekonomi Hukuku Programı, İstanbul 2019.

ÖZEN, Burak: Tüketici Kredileri Çerçevesine Verilen Kişisel Teminatların Geçerliliği, **3. Tüketici Hukuku Sempozyumu**, düzenleyiciler: Av. Hakan Tokbaş, Prof. Dr. Fehim Üçışık, Ankara, 2014, s.286-296. (atıf şekli: sempozyum)

ÖZEN, Burak: **Madde 4: Temel İlkeler, Milli Şerh**, Editörler: Av. Hakan Tokbaş –Yrd. Doç. Dr. Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s.61-120. (atıf şekli: Şerh)

ÖZTEK, Selçuk: Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar, **Bankacılar Dergisi**, S, 67, 2008, s.6-27.

REİSOĞLU, Seza: Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar :4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak, **Bankacılar Dergisi**, S. 69, 2008, s.50-72.

SERDAR, İlknur: Tüketici Kredilerinde Teminat, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, Özel sayı, Kasım 2014, s.70-86.

SÜZEL, Cüneyt: **Bireysel Kredilerle Bağlantılı Kurulan Sigorta Sözleşmeleri Mevzuatının Değerlendirilmesi, Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları**, İstanbul 2017, s. 93-141.

TAŞKIN, Melda: Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2015.

YAVUZ, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz –Prof. DR. Faruk Acar –Prof. Dr. Burak Özen, İstanbul 2019.



YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2020.

YILMAZ, Abdülhamit: **Belirli Süreli Tüketici Kredisiz Sözleşmeleri**, İstanbul 2018.

ZEVKLİLER, Aydın /AYDOĞDU, Murat: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, Aydın /ÖZEL, Çağlar: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2016.



HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN KAVRAMSAL GELİŞİMİ

(Conceptual Development of the Legal Security Principle)

Dr. Mehpare ÇAPTUĞ¹

ÖZ

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuki güvenlik, hukukun uygulanmasındaki belirsizlik veya ani değişim riskini ortadan kaldırmaya yönelik bir garanti veya koruma olarak tanımlanabilir. Hukuki güvenlik ilkesinin doğru tanımlanması, ilkenin içeriğinin doğru belirlenmesi açısından önemlidir. Bu bağlamda, geçmişten günümüze ulusal ve uluslararası hukukta hukuki güvenliğin kavramsal gelişiminin analiz edilmesi faydalı olacaktır.

Son zamanlarda, özellikle Avrupa Adalet Divanı kararlarında sıkça yer vermeye başlanan hukuki güvenlik ilkesi, hukuki güvenlik kavramını gündemde tutmaktadır. Uluslararası hukukun yansımaları olarak ulusal hukukta da yer vermeye başlanan hukuki güvenlik kavramı günden güne yargısal içtihatlarla şekillenerek hukuk sistemlerinde yerini almaktadır. Hukuki güvenliğin oldukça geniş bir kullanım alanı olmakla birlikte, kavramsal boyutta yeknesaklığın sağlanması önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki güvenlik, hukuk devleti, hukuki belirlilik, hukuki istikrar, hukuki öngörülebilirlik.

ABSTRACT

As a requirement of the rule of law, legal security can be defined as a guarantee or protection to eliminate the risk of uncertainty or sudden change in the application of law. The correct definition of the legal security principle is important for the correct determination of the content of the principle. In this context, it will be useful to analyze the conceptual development of legal security in national and international law from past to present.

1 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, mehpare.captug@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1377-2742



The principle of legal security, which has been frequently included in the decisions of the European Court of Justice recently, keeps the concept of legal security on the agenda. The concept of legal security, which has begun to be included in national law as a reflection of international law, takes its place in legal systems day by day by being shaped by judicial jurisprudence. Although legal security has a wide range of use, it is important to ensure uniformity in the conceptual dimension.

Keywords: Legal security, rule of law, legal certainty, legal stability, legal predictability.

GİRİŞ

Hukuk devleti, en temel tanımıyla temel hak ve özgürlükleri tanıyan ve bu hak ve özgürlükler için güvence sistemi oluşturan ve böylece bireylerin hukuki güvenliğini sağlamayı taahhüt eden devlettir. Bu anlamda, hukuk devleti ilkesi, bütün hukuki ilke ve kavramların dayandırılabilceği oldukça kapsamlı bir içeriğe sahipken, hukuki güvenlik kavramı bu içeriğin somutlaştırılması bakımından önemli bir yere sahiptir. Şüphesiz, hukuki kavramlar içleri dolduruldukça somutlaşmakta ve böylelikle uygulanabilirlikleri artmaktadır. Bu sebeple, hukuki güvenlik ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir adım ilerisi olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

Yakın tarihte, çalışma kapsamında inceleneceği üzere ulusal ve uluslararası hukukta daha sık yer vermeye başlanmış olan hukuki güvenlik kavramı, gerek çeşitli yargı içtihatları ile gerekse doktrinde yapılan çalışmalar ile çerçevesi çizilmeye çalışılan bir kavram olmuştur. Bu kapsamda ilkenin dayanağı, alt unsurları ve gerekleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Gerçekten de gerek bireylerin devletle olan ilişkileri gerekse ekonomik hayatın gereği olarak özel hukuk sözleşmeleri bağlamında hukuki güvenlik kavramı günden güne önem kazanmaktadır.

Çalışmamız kapsamında, hukuki güvenlik gibi geniş kapsamlı bir konunun sadece kavramsal boyutla sınırlı bir değerlendirmesi yapılacaktır. Bu anlamda, karşılaştırmalı hukuk verilerinden istifade edilerek kavramın ortaya çıkışı, farklı ülkelerdeki ifade edilmiş şekli ve kavramsal çerçevenin doğru çizilmesi konularına yer verilecektir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Yargı kararları ve doktrinde “hukuki güvenlik” kavramının kullanımına baktığımızda, çoğu kez bir ifade birliği olmadığı görülmektedir. Genellikle hukuki güvenlik kavramı ile aynı anlama

gelecek şekilde “hukuk güvenliği” kavramı ya da hukuki güvenlik kavramını tam olarak karşılamayan, daha dar anlamlara gelebilecek ifadeler kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuki güvenlik kavramı, bazen “hukuki güvenlik”², bazen “hukuksal güvenlik”³ ve çoğunlukla “hukuk güvenliği”⁴ olarak kullanılmıştır. Doktrinde ise bazı yazarlar “hukuki güvenlik” kavramını tercih ederken⁵ bazı yazarlar “hukuk güvenliği” kavramını tercih etmektedir⁶. Bazı yazarlar ise “hukuki güvenlik” ve “hukuk güvenliği” kavramını bir arada kullanmaktadır⁷. Bu farklılığın temelinde Almanca çalışmalarda, ilke için kullanılan “rechtssicherheit” kavramının dilimize “hukuk güvenliği” olarak çevrilmesi yatmaktadır⁸. Almanca’daki “rechtssicherheit” kavramı dilimizde karşılığını bu şekilde bulsa da, Fransızca ve İngilizce metinlerde ve kararlarda kullanılan “la sécurité juridique”, “legal certainty/ legal security” kavramlarının tam karşılığı, güvenlik kelimesini hukukilik sıfatıyla vurgulayan “hukuki güvenlik” kavramıdır.

Hukuki güvenlik kavramı İngilizce konuşulan ülkelerde genellikle “legal certainty” kavramı ile ifade edilmektedir. Ancak çok sık

-
- 2 AYM, E.2005/85, K.2009/15, T.29.01.2009, RG.03.04.2009/27189; AYM, E.2001/36, K.2003/3, T.16.01.2003, RG.21.11.2003/25296.
 - 3 AYM, E.2008/7, K.2011/80, T.18.05.2011, RG.19.09.2013/28770; AYM, E.2004/68, K.2005/104, T.23.12.2005, RG.21.09.2006/26296; AYM, E.1996/56, KÇ1997/58, T.24.06.1997, RG.13.01.2005/25699.
 - 4 AYM, E.2005/38, K.2008/53, T.7.2.2008, RG.8.4.2008/26841; AYM, E.2008/19, K.2010/17, T.28.01.2010, RG.28.04.2010/27565; AYM, E.2009/34, K.2010/72, T.20.05.2010, RG.30.12.2010/27801; AYM, E.2010/7, K.2011/172, T.22.12.2011, RG.14.02.2012/28204; AYM, E.2011/53, K.2012/27, T.22.02.2012, RG.06.07.2012/28345; AYM, E.2012/18, K.2013/80, T.18.06.2013, RG.28.12.2013/28865; AYM, E.2013/72, K.2013/126, T.31.10.2013, RG.24.01.2014/28892.
 - 5 GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, Ekin Yayınevi, İkinci Bası, Bursa, 2009, s. 126, (“İdare Hukuku”); AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2020, s. 108 vd.; ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 121; SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT Lale Burcu/ US DOĞAN Eser/ KASAPOĞLU TURHAN Mine/ SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2020, s. 65.
 - 6 ERKUT Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s. 74-79; KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, ss. 584-585.
 - 7 TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 53; GİŞİ Selçuk, **Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 93-95.
 - 8 KATOĞLU Tuğrul, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, **Hukuk Güvenliği**, 8-9 Kasım 2013, Ankara, (Haz. Ece Göztepe), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:277, s. 145.

karşılaşmamakla birlikte, hukuki güvenliği ifade etmek üzere “legal security”⁹ kavramı da kullanılabilir. “Certainty” kelimesinin Türkçe karşılığı “kesinlik” veya “belirlilik” olduğu için “legal certainty” kavramını dilimize “hukuki kesinlik” ya da “hukuki belirlilik” olarak çeviren ve bu şekilde kullanan yazarlar da vardır¹¹. Ancak hukuki belirlilik kavramı, hukuki güvenlik kavramının gereklerinden yalnızca biri olup hukuki güvenlik kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Ayrıca Avrupa Birliği idare hukukunda “legal certainty” kavramının, Alman hukukundaki “rechtssicherheit”, Fransız hukukundaki “la sécurité juridique” kavramlarını karşılayacak şekilde kullanımı, bu kavramın hukuki kesinlik ya da hukuki belirlilik anlamında kullanılmadığını göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Fransızca ve İngilizce resmi metinlerinde de “la sécurité juridique” ve “legal certainty” kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir¹². Amerika’da ise hukukunun muğlak, belirsiz ve güvensiz olduğunu ifade etmek için sıklıkla “legal indeterminacy” kavramı kullanılmaktadır. “Legal certainty” kavramı yerine ise, “legal indeterminacy” kavramının karşıtı olan “legal determinacy” kavramı kullanılmaktadır¹³.

- 9 Legal security kavramının, devletin hukuk vasıtasıyla kişilerin mal ve canlarına zarar vermesi veya haklarını ihlal etmesi olarak kullanıldığı da görülmektedir. Ancak kavramın bu şekilde olumsuz anlam yüklenerek kullanılması doğru bir kullanım değildir. Aynı yazar, legal certainty kavramını ise, hukuki istikrar ve belirlilik çerçevesinde değerlendirerek hukuki güvenlik kavramını kapsayacak şekilde kullanmıştır. FRÄNDBERG Ake, *From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence*, Springer, 2014, ss. 123-124, 143.
- 10 MacCormick, “legal certainty” ve “legal security” kavramlarını ayrı kavramlar olarak değerlendirmiştir. MacCORMICK Neil, “Rhetoric and the Rule of Law”, *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*, (Ed. D. Dyzenhaus), Hart Publishing, Oxford, 1999, s. 163.
- 11 OÇURLU Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 41; ÇAĞLAR Selda, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 181.
- 12 AİHM, Jecius/Litvanya kararının İngilizce resmi metninin 56. ve 62. paragraflarında “legal certainty” kavramını kullanırken, aynı kararın Fransızca resmi metninde aynı anlama gelmek üzere “la sécurité juridique” kavramını kullanmıştır. (Jêcius V. Lithuania, no. 34578/97, 31.07.2000, hudoc.echr.coe.int, E.T. 23.10.2020)
- 13 MAXEINER James R., “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law”, *Valparaiso University Law Review*, C. 41, S. 2, Winter 2007, s. 524-525, (Legal Indeterminacy); Aynı yazar “legal indeterminacy” kavramının Avrupa’daki “legal certainty” kavramının karşıtı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. MAXEINER James R., “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, C. 15, S. 2, Y.2007, s. 601, (“Legal Certainty”).

II. HUKUKİ GÜVENLİK KAVRAMININ HUKUKUN GENEL İLKESİ OLARAK KULLANILMASI SÜRECİ

Hukukun genel ilkeleri, genel olarak, uygar ülkelerde kabul edilen hukukun bilinen prensipleri olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Vedel ve Delvolvé, hukukun genel ilkelerinin esasında yargı organları dışında, toplumu oluşturan bireylerin “toplumsal konsensüsü” sonucunda oluştuğunu, yargı organlarının ise toplumsal uzlaşma sonucu oluşan hukukun genel ilkelerini somutlaştırma vazifesi gördüğünü, yargı makamlarının hukukun genel ilkelerini ihdas etme değil ve fakat tespit etme misyonu üstlendiğini ifade etmiştir¹⁵. Günümüzde hukukun genel ilkelerinin, uluslararası ve ulusal yargı kararlarında dayanak olarak kabul edildiği ve her geçen gün hukukun genel ilkeleri kavramının içerisine yenilerinin eklendiği görülmektedir¹⁶. Fransız doktrininde, hukukun genel ilkeleri anayasal ya da anayasa üstü değerde kabul edilmese de, normlar hiyerarşisinde kendilerinden alt basamaklardaki işlemler üzerinde etkili oldukları kabul edilmektedir. Bununla birlikte Conseil d’État, hukukun genel ilkelerinin yürütmeyi bağlayan ilkeler olduğunu sıklıkla ifade etmektedir¹⁷.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukukun genel ilkelerinin, Anayasa kurallarının ve taraf olunan uluslararası sözleşmelerin ölçü norm¹⁸ olarak kullanıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kurulduğu ilk zamanlardan bu yana, kanun koyucunun, yasama tasarrufunda bulunurken sınırsız bir yetkiye sahip olmadığını, genel hukuk esasları ve özellikle Anayasa’nın ilkeleri ile bağlı olduğunu¹⁹, hatta kanunlarımızın, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen ilkelere uygun olması gerektiğini²⁰ kararlarında ifade etmiştir. Örneğin bir kararında Mahkeme, hukuk devletini tanımlarken, yasa koyucunun da bozamayacağı evrensel

14 KABOĞLU İbrahim Ö., “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.8, S. 2, Aralık 1997, s. 311, (“Hukukun Genel İlkeleri”); ERKUT, s. 19.

15 VEDEL George / DELVOLVÉ Pierre, *Droit Administratif*, Puf, 10 éme edition, 1988, s. 393.

16 OĞURLU, ss. 35, 36.

17 LATOURNEIRE Roger, *Conseil d’État’nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme*, (Çeviren: Yıldızhan YAYLA), İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İstanbul, 1982, ss. 46,52.

18 Yargı organının, yargısal denetim yaparken, belirli ilke, kriter veya üst normlara uygunluk bakımından bir değerlendirme yaparken kullandığı ölçütler “ölçü norm” olarak nitelendirilmektedir. ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 411.

19 AYM, E.1963/138, K.1964/71, T.11.12.1964, RG.02.04.1965/11969.

20 AYM, E.1963/166, K.1964/76, T.22.12.1964, RG.28.04.1965/11985.

hukuk ilkeleri olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *“Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.”*²¹

Hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukuktaki pozitif dayanağı olarak kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün²² 38. maddesinde hukukun kaynakları arasında “uygar uluslarca tanınmış genel hukuk ilkeleri” de sayılmıştır. Hukuki güvenlik ilkesi ise bu kapsamda Avrupa Birliği hukukunun genel ilkeleri arasına Avrupa Adalet Divanı kararları ile girmiş²³ ve anlamı, kapsamı ve koşulları Divan içtihatları ile belirlenerek zamanla gelişme göstermiştir.

Hukuk devleti, laiklik, eşitlik gibi bazı ilkeler, Anayasa’da ifade edilerek pozitif dayanağa sahip olduğu için Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçü norm olarak kullanılabilir. Hukuki güvenlik ilkesi ise, Anayasa’da yer almamakla birlikte hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ve Anayasa’daki diğer kurullarla birlikte, ilke-ölçü norm olarak kullanılmaktadır²⁴. Mahkeme birçok kararında hukuki güvenlik ilkesini, hukukun genel ilkeleri arasında şu şekilde göstermiştir: *“Evrensel hukuk ilkeleri ya da hukukun genel ilkeleri denildiğinde, hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet, sözleşmeye bağlılık, ayrımcılık yapılmaması, ölçülülük, kazanılmış haklara saygı, haklı beklentilerin korunması, yasaların geriye yürümezliği, hukuk güvenliği, adalet, eşitlik, kanunilik, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi evrensel düzeyde kabul gören hukukun üstün kuralları anlaşılmaktadır.”*²⁵

21 AYM, E.2003/31, K.2003/87, T.08.10.2003, RG.24.02.2004/25383.

22 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün tam metni için bkz. <https://www.icj-cij.org/en/statute>, E.T. 21.04.2020.

23 Divan, Kühne & Heitz NV kararında, “hukuki güvenlik ilkesinin Birlik hukukunun genel ilkelerinden birisi olduğunu” ifade etmiştir. Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, C-453/00, T.13.01.2004, (curia.europa.eu).

24 Gözler’e göre, Anayasa Mahkemesi sadece Anayasa metninde yer alan ilkeleri ölçü norm olarak kullanabilir. Hukukun genel ilkeleri ve uluslararası sözleşmeler, Anayasa Mahkemesince ölçü norm olarak kullanılamaz. GÖZLER Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, AÜSBFD, S. 3, C. 55, Y. 2000, ss. 86-88, (“Anayasallık Bloğu”).

25 AYM, E.2012/33, K.2012/174, T.8.11.2012, RG.21.09.2013/28772.

III. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN TANIMI

Hukuki güvenliğin sağlanması, ancak “hukuki güvenlik” kavramının önceden tanımlanabilir olması ile mümkün olabilir. Bununla birlikte, hukuki güvenlik tam olarak tanımlanması zor bir kavramdır. Kavramı anlamak tanımlamaktan çok daha kolaydır. Hukuki güvenlik basitçe, hukuki durumlarda güvenlik, istikrarlılık ve süreklilik olarak düşünülebilir. Daha genel olarak, hukuki güvenlik, hukukun uygulanmasındaki belirsizlik veya ani değişim riskini ortadan kaldırmaya yönelik bir garanti veya koruma olarak tanımlanabilir²⁶.

Avrupa Birliği İdare Hukukuna ilişkin olarak yapılan çalışmalarda, hukuki güvenlik ilkesi, kamusal yetki ve ayrıcalıkların hukuk tarafından sınırlanması, hukuk sükelerinin kamusal yetki ve ayrıcalıkların keyfi kullanımına karşı yine hukuk tarafından korunması olarak tanımlanmaktadır²⁷. Avrupa Birliği İdare Hukukunda hukuki güvenlik ilkesinin kapsamı Alman ve Fransız²⁸ hukukundan etkilenerek, bu iki hukuk sisteminin hukuk devleti ilkesine yaklaşımının ortak noktası olarak, devletin temel hukuki değerlere saygı göstermesi²⁹ ve saygı gösterildiğine duyulan güven olarak değerlendirilmiştir.

Hukuki güvenlik ilkesinin doğru tanımlanması, ilkenin içeriğinin doğru belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak hukuki güvenlik ilkesi, diğer ilkelerle kıyaslandığında kapsamının oldukça geniş olması nedeniyle, tam bir tanımının yapılmasının kolay olmadığını belirtmek gerekir. Avrupa Birliği İdare Hukuku bakımından bunun başlıca nedeni olarak Avrupa Adalet Divanı'nın bu kavramı hem maddi hukuk hem de usul hukuku meselelerinde kullanması gösterilmektedir³⁰.

Pek çok yazar hukuki güvenlik ilkesi için bir tanım vermekten ziyade ilkenin gereklerinin neler olduğu ya da işlevinin ne olduğunu

26 KDHİR Moncef, “Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?”, *La Revue Administrative*, Y. 46, S. 276, s. 538.

27 CRAIG Paul, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 607 vd.; SCHWARZE Jürgen, *European Administrative Law*, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, 2006, s. 867 vd.

28 Her ne kadar Avrupa Birliği hukukunun Fransız “hukuk devleti” anlayışından etkilendiği belirtilse de, hukuki güvenlik kavramına Fransız Danıştay tarafından sadece Birlik hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar dolayısıyla atf yapıldığı ve bu sebeple eleştirildiği belirtilmelidir. PACTEU Bernard, “La sécurité juridique, un principe qui nous manque?”, *AJDA*, juin 1995, n° spécial du cinquantenaire, s. 151.

29 LAUGHLIN Martin, *Foundation of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 324.

30 TRIDIMAS Takis, *General Principles of EU Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 243.

belirtmekle yetinmiştir. Örneğin, Maxeiner'a göre³¹ hukuki güvenlik, hukukun muhataplarına yol göstererek, hayatlarını daha az belirsizlik içinde planlamalarını sağlar ve onları kamu gücünün keyfi kullanımından korur.

Paunio'ya göre, hukuki güvenlik ilkesi, fiilen gerçekleşmesi imkân dâhilinde olmayan ideal hukuk düzenini hedeflediğinden ancak teorik düzeyde bir tanım yapılabilir. Yazar, ancak öngörülebilir usulle ve rasyonel açıdan kabul edilebilir, şeffaf, hukuki değerlere dayanan bir hukuk düzeninin hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk düzeni olabileceğini ifade ederek, hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk düzeninin nasıl olması gerektiğini ortaya koymuştur³².

Hukuki güvenlik, hukuki statülerin sürekli sorgulanmasını engeller ki bu, tüm hukuk sistemlerinin temel kaidesidir³³. Totksyi, hukuki güvenlik ilkesini, kural koyma ve bu kuralların uygulanma sürecinde, bireysel hukuki statülerin devamını ve istikrarını sağlamak amacıyla hukuk sisteminin işlev ve örgütlenmesinde bulunması gereken nitelikler olarak ifade etmiştir³⁴.

Hukuki güvenlik ilkesinin somut bir tanımının yapılmamasının ve hatta somut bir tanım yapılmaktan kaçınılmasının sebebi, hukuki güvenlik ilkesinin kapsamının geniş olması ve bu kapsamı yapılacak sınırlı bir tanımlama ile daraltmaktan kaçınma eğilimidir³⁵. Türk hukuk doktrinde de ilkenin tam bir tanımlaması yapılmamış, daha çok ilkenin gereklerinin neler olduğu belirtilmekle yetinilmiştir³⁶. Örneğin; Gözler, bireylerin kendini hukuki güvenlik içinde hissetmeleri için, bir hukuk devletinde bireylerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve kendi davranışlarını onlara göre

31 MAXEINER James R, "Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", **The Rule of Law in Comparative Perspective**, (Ed. Mortimer Sellers/ Tadeusz Tomaszewski), Springer, 2010, s. 30, ("Some Realizm").

32 PAUNIO Elina, "Beyond Predictability-Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order", **German Law Journal**, Vol.10, No.11, 2009, ss. 1492-1493.

33 Hukuki güvenlik, liberal düşüncede, özellikle korunması gereken en önemli özgürlük tezahürlerinden biri olarak görülür. KDHIR, dn. 2.

34 TOTSKYI Bronislav, "Legal Certainty as a Basic Principle of Land Law of Ukraine", **Jurisprudance**, C. 21, S. 1, Y.2014, s. 207.

35 AYHAN Taha, "Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukuku'nda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 43, S. 3, Eylül 2010, s. 179.

36 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 109'da hukuki güvenlik ilkesinin gereklerini maddeler halinde saymıştır. İlkenin gereklerine detaylı bir şekilde yeri geldikçe değinilecek olup bu başlık altında yer verilmeyecektir.



ayarlayabilme imkânuna sahip olması gerektiğini belirtmiştir³⁷. Kaboğlu'na göre, hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için hukuk kuralları, muhatapları için açık, belirli ve kararlı bir çerçevede oluşturulmalı; yani muhataplarına emin olma bakımından güvenlik (inanç) öğelerini sağlamalı ve eylemlerinin sonuçlarını öngörme olanağı vermelidir³⁸.

Anayasa Mahkemesi 1990'lı yıllardan itibaren kararlarında hukuki güvenlik ilkesine yer vermekle birlikte ilk kez 2003 yılında vermiş olduğu bir kararda ilkenin tanımını yapmıştır. Söz konusu kararda şu ifadelere yer vermiştir: *“Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır.”*³⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuki güvenlik ilkesini genellikle şu şekilde tanımlamıştır: *“Hukuk güvenliği, temel hak ve güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.”*⁴⁰

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarının belirli, istikrarlı ve öngörülebilir olması, bireylerin bu kuralların kendilerine uygulanması sırasında idarece gerçekleştirilen tüm işlem ve eylemlerde devlete güven duymaları ve bu güvenin hukuk tarafından korunması olarak tanımlanabilir.

IV. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Geniş Anlamda Hukuki Güvenlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Hukukun ilk işlevi aslında modern insanın güvenliğini sağlamaktır. Bu açıdan hukuki güvenlik olmadan hukukun varlığından söz edilemez⁴¹. Bu sebeple geniş anlamda hukuki güvenliğin başlangıcı,

37 GÖZLER, İdare Hukuku, s. 126.

38 KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 26, (“Anayasa Hukuku”).

39 AYM, E.2003/30, K.2003/38, T.29.04.2003, RG.09.07.2003/25163.

40 AYM, E.2006/64, K.2006/54, T.04.05.2006, RG. 05.10.2006/26310; Benzer tanımlamalar için bkz. AYM, E.2004/3, K.2008/47, T.31.1.2008, RG.20.03.2008/26822; AYM, E.2013/72, K.2013/126, T.31.10.2013, RG.24.01.2014/28892; AYM, E.2013/67, K.2013/164, T.26.12.2013, RG. 27.05.2014/28954; AYM, E.2013/52, K.2013/160, T.26.12.2013, RG.09.05.2014/28995; AYM, E.2013/110, K.2014/8, T.16.01.2014, RG.09.05.2014/28995.

41 KDHIR, s. 538.

hukukun başlangıcına kadar götürülebilir. Geniş anlamda hukuki güvenlik ilkesi, bir konunun ilkel toplumlarda dahi olsa kural halinde düzenlenmesi, yani “bir alanın kuralla önceden düzenlenmesini” ifade eder⁴². Hukuk devleti ilkesinin henüz hukukun bir niteliği olarak değerlendirilmediği dönemlerde dahi, hukukun bilinebilirliği ve erişilebilirliği, hukuk düzenlerinin temel değeri olarak kabul edilmiştir⁴³. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuki güvenlik ilkesinin tarihi, daha ziyade hukuk devleti idealinin tarihine paralel olarak gelişim göstermiştir.

Bu kapsamda hukuki güvenlik ilkesinin geçmişini Roma Hukuku dönemine kadar götüren yazarların⁴⁴ yanı sıra, modern dönemdeki hukuki güvenlik gibi rasyonellik ve öngörülebilirlik temeline dayanmasa da, hukuki güvenliğin tarihini hukuk kurallarının yapımı ve uygulanması bağlamında Antik Çağ’ın Atina yönetimine kadar dayandıran yazarlar⁴⁵ da vardır.

Ağırlıklı olarak Roma hukukundan esinlenen kodifikasyon hareketlerinin tüm dünyada hızla yayılmasının ardında yatan neden, hukukun herkesçe bilinebilirliğinin sağlanmasıdır. Kanunların ilgili bireylere rehberlik edebilme işlevini yerine getirebilmesi ve böylelikle hukuki güvenliğin sağlanabilmesi bakımından kodifikasyon, bilinen en eski yöntemdir. Kodifikasyon hareketi, asıl etkisini 19. yüzyılda göstermiştir. Kıta Avrupası ülkelerinde özel hukuk alanında oldukça yaygın bir coğrafyada uygulanan kodifikasyon hareketi böylece hukuki öngörülebilirliğin önemli bir güvencesi haline gelmiştir. Sömürgeleşme ile birlikte ise, Latin Amerika, Asya ve Afrika’daki kolonilerde de etkili hale gelmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sistemleri ise uzun bir süre kodifikasyon hareketine uzak durmuştur⁴⁶.

Hukuki güvenlik ilkesinin ortaya çıkışı çeşitli gerekçelerle farklı zaman dilimlerine dayandırılabilir. Ancak çalışmamız kapsamında,

42 KÖKÜSARI İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 44.

43 ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, “Thomas Hobbes-Hayati, Eserleri ve Hukuki Fikirleri” **AÜHF**, C. 16, S. 1-4, Y. 1959, s. 280.

44 Totskyi, “legal certainty” ilkesinin “res juridicata”dan geldiğini ileri sürmüştür. TOTSKYI, s.206; Bir başka yazar, hukuki güvenlik (legal certainty)ve adalet (equity) kavramları arasındaki çatışmanın, Roma Hukuku döneminde “ius strictum” ve ius equum” kavramları ile ifade edildiğini ileri sürmüştür. NEUHAUS Paul Heinrich, “Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws”, **Law and Contemporary Problems**, S. 4, C. 28, Y. 1963, s. 795.

45 TOTSKYI, s. 205.

46 BERKOWITZ Daniel/ PISTOR Katarina/ RICHARD Jean-Francois, “Economic Development, Legality, and the Transplant Effect”, **William Davidson Working Paper**, Number 410, September 2001, s. 1-6.

moderniteden sonra, hukuk devleti ilkesinin gelişimine paralel olarak ortaya çıkan dar anlamda hukuki güvenlik ilkesi inceleme konusu yapılacaktır.

B. Dar Anlamda Hukuki Güvenlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Dar anlamda hukuki güvenlik, özellikle bireyler için toplumsal yaşamda öngörülebilirliği sağlamaya yönelik olarak, kuralların, idari uygulamanın ve mahkeme kararlarının belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik gibi temel şartları sağlamasıdır. Dar anlamda hukuki güvenlik kavramının ortaya çıkışı çok eski bir tarihe dayanmamaktadır. Aydınlanma dönemi ve devamında modernitenin başlarında, hukuk anlayışının temelinde, temel olarak hukukun kesinliğini ileri süren teoriler olan, rasyonalizm ve pozitivism olmuştur. Bu bağlamda, dar anlamda hukuki güvenliğin başlangıcı olarak aydınlanma dönemi ve klasik modernite olarak gösterilebilir⁴⁷.

1. Avrupa’da Hukuki Güvenlik İlkesinin Gelişimi

Hukuki güvenlik ilkesinin terimsel olarak ilk defa, Avrupa’da 19. yüzyılın başları veya ortalarında ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Farklı görüşler olmakla birlikte, ilkenin Alman hukukunda “rechtssicherheit” olarak 19. yüzyılda kullanıldığı ileri sürülmektedir⁴⁸.

Hukuki güvenlik kavramı, Kıta Avrupası hukuk sisteminin temel bir karakteristiğidir. 20. yüzyılın başlarında Kıta Avrupası hukuk sisteminde altın çağını yaşayan hukuki güvenlik düşüncesi, açık ve belirli kurallara dayalı hukuk sistemi aracılığıyla hukuki ilişkileri güvenceye kavuşturmayı hedeflemiştir⁴⁹. 21. yüzyılda ise, hukuki güvenlik kavramı, Avrupa ortak hukukunda hukuk devletinin bir unsuru olarak kabul edilmiş, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında zamanla gelişen bir ilke haline gelmiştir⁵⁰.

İlkenin yargı kararlarında yer almaya başlama sürecine bakıldığında, ilk defa⁵¹ 1950’li yıllardan itibaren Alman Yüksek İdare Mahkemesi ve

47 KÖKÜSARI, ss. 21, 44-45. Ayrıca hukuki güvenlik ilkesinin felsefik temellerini oluşturan teoriler açısından detaylı bilgi için bkz. KÖKÜSARI, ss. 49-65.

48 KÖKÜSARI, s. 45.

49 NEUHAUS, s. 795.

50 MAXEINER, Some Realism, s. 31.

51 Erdoğan Bülbül, ilkenin ilk defa Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında ortaya çıktığını ileri sürmüştür. BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 41.



Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kullanıldığı görülmektedir⁵². Fransız Anayasa Konseyi ilk defa 1984 yılında vergi kanununun geçmişe yürümemesi ile ilgili olarak verdiği bir kararda, hukuki güvenlik (la sécurité juridique) kavramını kullanmıştır⁵³. Fransız Danıştay ise, diğer ülkelere nazaran daha geç bir tarihte, 2006 yılında verdiği bir kararda hukuki güvenlik ilkesi kavramını kullanmıştır⁵⁴.

Hukuki güvenlik ilkesi Avrupa Birliği hukukunun genel ilkeleri arasına Avrupa Adalet Divanı kararları ile girmiş⁵⁵ ve anlamı, kapsamı ve koşulları Divan içtihatları ile belirlenerek zamanla gelişme göstermiştir. Divan, ilk kez 1962 tarihli Bosch v Van Rijn kararında hukuki güvenlik ilkesine gönderme yapmıştır⁵⁶. Divan bu kararda, hukuki güvenlik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel ilkelerinden biri olup Antlaşmanın uygulanmasında dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Divan 1976 tarihinde verdiği CNTA(SA) kararında ise, hukuki güvenlik ilkesinin “hukukun üstün ilkeleri” arasında yer aldığını belirtmiştir⁵⁷. Divan’ın hukuki güvenlik ilkesinin Topluluk hukukunun genel ilkelerinden birisi olduğunu belirttiği ilk kararı ise 1983 yılında vermiş olduğu Deutsche Milchkontor kararıdır⁵⁸.

Avrupa Adalet Divanı’nın hukuki güvenliğe ilişkin kararlarına bakıldığında, sorunların genellikle Avrupa Birliği’nin halen tutarlı ve

52 RAITIO Juha, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Kluwer Academic Publisher, 2003, s. 215.

53 Conseil Constitutionnel, 29.12.1984 tarih ve 84-184 DC sayılı karar (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-decembre-1984.8137.html>), E.T. 22.01.2020).

54 Her ne kadar bu tarihe kadar Fransız Danıştay kararlarında yer verilmese de, 1991 yılında hazırlanan bir raporda terim olarak hukuki güvenlik ilkesine yer verilmiştir. CHEVALLIER Jacques, *Hukuk Devleti*, (Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 101.

55 Divan, Kühne & Heitz NV kararında, “hukuki güvenlik ilkesinin Birlik hukukunun genel ilkelerinden birisi olduğunu” ifade etmiştir. Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, C-453/00, T.13.01.2004, (curia.europa.eu).

56 Bosch v Van Rijn, C-13/61, T.06.04.1962, (curia.europa.eu). Divan’ın bu kararı geçmişe yürümezlik ilkesine ilişkin olup, Avrupa Kömür Çelik Topluluğu’nu kuran Antlaşmanın bazı maddelerinin üye devletlerde uygulanmasına ilişkin Tüzüğü yürürlüğe girmesinden önce akdedilen sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin oluşan tereddüdün giderilmesine yöneliktir.

57 CNTA (SA) v Commission of the European Communities, C-74/74, T.15.06.1976, (curia.europa.eu). Divan bu kararda, “kamu yararının üstünlüğünün söz konusu olmadığı hallerde, Komisyonun 189/72 sayılı Tüzük’e geçiş dönemine ilişkin hükümler koymamasının hukukun üstün ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik ve haklı beklentilerin korunması ilkesini ihlal ettiği” ifadelerine yer vermiştir.

58 Deutsche Milchkontor GmbH and others v Federal Republic of Germany, C-205/82, T.21.09.1983, (curia.europa.eu). Divan bu kararda, “hukuki güvenlik ve haklı beklentilerin korunması ilkesinin Birlik hukukunun genel ilkelerinden birisi olduğunu belirttiğinden sonra, üye devletlerin de ulusal düzenlemelerinin bu ilkelerle uyum içinde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.

kapsamlı yazılı idari usul kuralları olmamasından kaynaklanmakta olduğu ve çoğunlukla Divan'a yapılan başvuruların aleyhe sonuçlandığı görülmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi, 1980'li yıllardan itibaren doktrinin de ilgi alanına girerek, Avrupalı hukukçular tarafından yoğun olarak incelenmeye başlanmıştır. Ancak henüz Avrupa Birliği düzeyinde herhangi bir mevzuat hükmünde yer almamaktadır⁵⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1990'lı yılların sonlarına doğru hukuki güvenlik ilkesine kararlarında yer vermeye başlamıştır⁶⁰. Mahkeme hukuki güvenlik ilkesini daha çok adil yargılanma hakkı çerçevesinde kullanmaktadır⁶¹. Ancak kimi kararlarında bu ilkeyi, Sözleşme'nin diğer maddeleri kapsamında da değerlendirebilmektedir. Örneğin, 2013 yılında vermiş olduğu mülkiyet hakkına ilişkin, *Fabris v France* kararında⁶², her ne kadar hukuki güvenlik Sözleşme ile garanti altına alınan haklardan olmasa da, yeni kanunun mevcut durumlara uygulanmasında hukuki güvenlik ilkesine ve öngörülebilirlik şartına uyulması gerektiğine hükmetmiştir.

2. Amerika'da Hukuki Güvenlik İlkesinin Gelişimi

Amerika hukuk sisteminde hukuki güvenlik kavramının dilsel karşılığı ve içeriği, Avrupa hukuk sisteminden farklı olarak kullanılmaktadır. Amerika hukuk sisteminde "legal certainty" kavramı yerine "legal determinacy" kavramı kullanılmaktadır. Amerikan hukukçuları tarafından bu kavrama başvurulacağı zaman, genellikle olumsuz ekle "legal indeterminacy" şeklinde kullanımı tercih edilmektedir. Şüphesiz bu kavramsal farklılık bilinçli bir tercihin sonucudur. Bu tercihin gerisinde Avrupa ve Amerika sistemlerinin hukuki güvenlik kavramına yükledikleri anlam farklılığı yatmaktadır. Avrupa'da kullanılan "legal certainty" kavramı, Amerika'da kullanılan "legal indeterminacy" kavramına göre daha geniş kapsamlıdır. "Legal certainty" kavramının iki işlevi vardır: Bunlardan ilki, bireylerin hukuka uygun davranabilmeleri için rehberlik etmektir. İkincisi ise, yasa yapma (yasama) yetkisi ile hukuku uygulama (yürütme ve yargı) yetkisini kontrol altına alarak, bireyleri devletin keyfi faaliyetlerine

59 DALKILIÇ Elvin Evrim, *Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, ss. 1, 8, 11, 43.

60 ECHR, *Case of Pérez De Rada Cavanilles v Spain*, Application No.116/1997/900/1112, T.28.10.1998, (hudoc.echr.coe.int).

61 ECHR, *Case of Brumărescu v Romania*, Application No.28342/95, T.28.10.1999; ECHR, *Case of Tarbuk v Croatia*, Application No.31360/10, T.29.04.2013, (hudoc.echr.coe.int).

62 ECHR, *Case of Fabris v France*, Application No.16574/08, T.07.02.2013, (hudoc.echr.coe.int).

karşı korumaktır. “Legal indeterminacy” ise bu iki işlevden sadece ikincisini ifade eder. Yani hukukun uygulanması ve uygulama ile ortaya çıkabilecek sonuçların önceden belirlenebilmesiyle ilişkili bir anlama sahiptir⁶³.

20. yüzyılın ikinci yarısında Amerika’da “yeni hukuk devleti” modeli olarak ileri sürülen yaklaşıma göre, hukuk devleti ideali, evrensel kuralların tek biçimde, aynı tarzda uygulanmasıdır. Dünya Bankası ile birlikte, gelişmekte olan ülkelere bu yönde hukuk reformu desteği yapılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri ve Dünya Bankası’nın üzerinde uzlaştığı bu modelde, hukuku uygulayan hukukçular, profesyonel ve rasyonel olmalı, hukuk devleti politik kurum ve yapıların etkilerinden uzak olmalı ve hukukun özerkliğine saygı duyulmalıdır. Hukuki güvenliğin önemi şu noktada ortaya çıkmaktadır ki; Dünya Bankası gelişmekte olan ülkelere yapacağı kredi sözleşmelerini ülkede istikrarlı ve güvenilir bir hukuk düzeninin geliştirilmesi koşuluna ve belli bazı kriterlere bağlamaktadır. Buna göre, yardımlar, kuralların uygulanmasını güvence altına alacak kurumların işlev ve uygulamalarının yazılı hukuk kurallarına dayalı bir sistem içinde gerçekleştirilmesi şartıyla yapılmaktadır. Dünya Bankası, toplumsal istikrar ve ekonomik büyümenin, ancak bu şekilde bir hukuk düzeni içinde mümkün olacağı yönünde bir düşünceyi benimsemiştir. Ancak bu “yeni hukuk devleti” modeli, hukuk devleti ilkesinin bağımsızlık unsurunu ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bir başka eleştiri ise, modelin hukuki ilişkileri güvenceye kavuşturduğu alanın sadece ticaret ve ekonomi ile sınırlı olması hususuna karşıdır⁶⁴. Gerçekten de, uluslararası yatırımlar söz konusu olduğunda her yatırımcının kendini hukuki olarak güvende hissetmek istemesi gerekliliği karşısında, salt ekonomik ve ticari alanla sınırlı bir modelin amacı ve kapsamı bakımından “yeni hukuk devleti” olarak nitelendirilmesi doğru bir yaklaşım değildir.

3. Türkiye’de Hukuki Güvenlik İlkesinin Gelişimi

Türk hukuk doktrininde hukuki güvenlik ilkesi, terim olarak ilk kez 1935 yılında Honig’in “Hukuk Başlangıcı ve Tarihi” isimli eserinin Türkçe’ye çevirisinde kullanılmıştır⁶⁵. Daha sonra 1940

63 MAXEINER, *Some Realism*, ss. 48-49.

64 UPHAM Frank, “Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy”, *Working Papers*, Rule of Law Series-Democracy and Rule of Law Project, S. 30, Eylül 2002, ss. 9-11.

65 HONIG Richard, *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, (Çev. M. Yavuz), Burhaneddin Matbaası, İstanbul, 1935.

yılında, Velidedeoğlu tarafından, kanunlaştırma hareketi ile bağlantısı bağlamında “hukuki emniyet” kavramı kullanılmıştır⁶⁶. 1949 yılında Hamide Topçuoğlu “Kanuna Karşı Hile” adlı doktora tezinde “hukuki emniyet” kavramını ilk kullanan yazarlardan olmuştur⁶⁷. Ülkü Azrak ise, 1968 yılında, “Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme” isimli makalesinde, yargı kararlarının kesinliğinin hukuk güvenliğinin bir gereği olduğunu ifade etmiştir⁶⁸.

İlkenin yargı kararlarında yer almaya başlama sürecine bakıldığında, ilk olarak 1969 yılında, Anayasa Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla önüne gelen bir davada, hukuk devleti ilkesinin bir gereğinin idare edilenlere “hukuk güveni” sağlamak olduğu ifade edilerek verilen iptal kararında kullanılmıştır⁶⁹.

Daha sonra, Yargıtay’ın 1983 tarihli bir kararının karşı oy yazısında “hukuki emniyet” kavramının kullanıldığı görülmektedir⁷⁰. 1988 yılında ise, ilk defa bir çoğunluk gerekçesinde kullanılmıştır. Yargıtay bu kararında, daha sonra çıkarılan bir yasa ile, bir taşınmazın tescilinin iptali için açılacak davanın hak düşürücü süreye bağlanmasına ilişkin kuralın, davada yasaların zaman içerisinde uygulanması, kazanılmış haklar, geçmişe yürümezlik gibi nedenlerle hukuk güvenliği düşüncesini tamamen sarsacağını ifade etmiştir⁷¹. Danıştay ise ilk olarak, 1989 yılında verdiği bir kararda, hukuki güvenlik ilkesini geçmişe yürümezlik ilkesi ile irtibatlandırarak kullanmıştır⁷².

Ülkemizde hukuki güvenlik algısının geç yerleşmesinde ve gelişmesinde, kabul edilen Anayasa metinlerinin genellikle olağanüstü ve antidemokratik yöntemlerle yapılmış olması da etkili olmuştur.

66 VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, **Tanzimat I**, Maarif Matbaası, İstanbul 1940, s. 174.

67 TOPÇUOĞLU Hamide, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınmanın Yolları)**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950, s. 12.

68 AZRAK Ülkü, “Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 34, S. 1-4, Y. 1968, s. 134.

69 AYM, E.1968/61, K.1969/23, T.29.04.1969, (AYMKD, S. 8, s. 5 vd.).

70 “Eksiksiz benzerlik içinde bulunan iki ayrı davanın ardarda çözümlenmesinde değişik gerekçelere dayanmak hukuki emniyet ve kararlılığı ortadan kaldırması nedeniyle kamu düzeni açısından sakıncalıdır.” Yargıtay HGK, E.1987/2, K.1988/2, T.02.03.1983, (kazanci.com.tr).

71 Yargıtay HGK, E.1988/1-825, K.1988/964, T.23.11.1988, (kazanci.com.tr).

72 Danıştay, iki mahkeme arasındaki, çıkarılan bir kanunun yürürlük tarihinden önceki vergilendirme dönemlerine ait tarhlara gecikme faizi uygulayacak şekilde geçmişe yürütülüp yürütülemeyeceği konusunda çıkan ihtilafı karara bağlamıştır. Bu kararda, söz konusu kanunun geçmişe yürütülmesinin hukuki güvenlik ile çelişeceği ifade edilmiştir. Dan. İBĞK, E.1988/5, K.1989/3, T.03.07.1989, (kazanci.com.tr).

Zira, bu anayasa metinleri, askeri darbeler neticesinde, temsili olmayan ve demokratik temelden yoksun kişi veya gruplarca, antidemokratik yöntemlerle hazırlanmıştır. Böyle durumlarda, hukuk ve demokrasi kesintiye uğrar ve hukuki kesintinin doğurduğu boşluk hukuki güvenliği zedelemekten öte, ortadan kaldırır⁷³. Dolayısıyla, temel norm olan Anayasanın hukuki güvenliği yeterince korumadığı bir hukuk sisteminde, Anayasanın altında yer alan hukuk normlarının ve bu normlardan oluşan hukuk sisteminin hukuki güvenlik ilkesi bakımından zayıflık göstermesi anlaşılabilir bir durumdur.

V. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN HUKUK DEVLETİ İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre⁷⁴, *“Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.”* Çalışmamız kapsamında hukuk devleti ilkesine sadece hukuki güvenlik ilkesi ile olan ilişkisi kapsamında değinilecektir.

Hukuki güvenlik ilkesinin ortaya çıkışından çok daha eskiye dayanan ve esasında hukuki güvenlik ilkesine dayanak olan hukuk devleti ilkesinin tanımından hukuki güvenlik ilkesinin çıkarılması zor değildir. Hukuk devleti, gerek adaletli bir hukuk düzeni kurması gerekse temel hak ve özgürlükleri koruması⁷⁵ yönüyle bireylerin hukuki güvenliğini taahhüt etmektedir ya da etmelidir diyebiliriz⁷⁶. Ancak salt bu kriterler bireylerin hukuki güvenliğini sağlamaya yetmemektedir. Bu sebeple hukuki güvenlik ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir adım ilerisi olarak nitelendirebiliriz.

Hukuk devleti bazı yazarlar tarafından, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet olarak tanımlanmaktadır⁷⁷. Kavramı bu şekilde

73 YAZICI Serap, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2009, ss. 16-22.

74 AYM, E.2012/107, K.2013/90, T.10.07.2013, RG. 22.11.2013/28829; AYM, E.2009/34, K.2010/72, T.20.05.2010, RG.20.05.2010/27801.

75 Erkut temel hak ve özgürlükleri koruyan devletin hukuki güvenlik düşüncesine dayandığı görüşündedir. ERKUT, s. 74.

76 DALKILIÇ, s. 106,

77 SOYSAL Mümtaz, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 243; ÖZBUDUN, s. 123.

tanımlayanların çoğu, hukuki güvenliğin hukuk devletinin merkezi kavramlarından biri olduğunu ifade etmektedir⁷⁸. Hukuki güvenlik ilkesi, genel olarak hukuk devleti ilkesinin bir gereği⁷⁹ veya bir alt ilkesi⁸⁰ olarak ifade edilmektedir. Hukuki güvenlik, hukuk devleti olmayı hak eden bir hukuk sisteminin bireyler için güvenilir sonuçlar yaratacak şekilde planlanması ve işletilmesi olarak da tanımlanmaktadır⁸¹. Anayasa Mahkemesi de kararlarında hukuki güvenlik ilkesini hukuk devleti ilkesinin ön koşulu olarak ifade etmiştir⁸².

Anayasa Mahkemesi, 29.04.2003 günlü ve E.2003/30, K.2003/38 sayılı kararında, hukuk devleti ile hukuki güvenlik ilkesinin ilişkisini şu şekilde kurmuştur: *“Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir.”*

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği başka bir kararında ise hukuki güvenlik ilkesinin hukuk devletinin zorunlu bir koşulu olduğunu belirterek iki ilkeyi şu şekilde ilişkilendirmiştir: *“Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurulurak ‘hukuki güvenlik’ sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur.”*⁸³

Danıştay da hukuk devletini, *“vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem”*⁸⁴ olarak tanımlamıştır. Mahkeme başka bir kararında,

78 MAXEINER, *Some Realism*, s. 28; PECZENIK Aleksander, *“Law State, Legal Certainty and Legitimacy of Law”*, **Law, Justice and the State IV: Nordic Perspectives** (Edt. Mikael M. Karlsson- Qlafur Pall Jonsson) Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1995, s. 118; AKKAYA KİA Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 60.

79 ÖZBUDUN, s. 123; DALKILIÇ, s. 1.

80 ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınevi, Konya, 2013, s.93; ERDOĞAN Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2001, s. 114.

81 KATOĞLU, s. 136. Yazara göre, hukuki güvenlik, hukuk devletinden beklenen bir işlemdir; bir ilke ya da hukuk devletinin zorunlu unsuru değildir. Hukuki güvenlik hukuk devletini oluşturan bir unsur değil, sonuçtur. Ancak yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Zira hukuki güvenlik, hukuk devletinin bir sonucu olmakla birlikte aynı zamanda bir unsurdur.

82 AYM, E.2005/38, K.2008/53, T.7.2.2008, RG.8.4.2008/26841.

83 AYM, E.2007/105, K.2008/75, T.06.03.2008, RG.18.03.2009/27173.

84 Dan. 11. D., E.2006/8049, K.2009/4464, T.05.05.2009, (kararara.com.tr); Dan. 13D., E.2010/1001, K.2011/729, T.22.02.2011, (legalbank.net).



hukuk devleti olmanın en başta gelen gereklerinden birinin yönetilenlere hukuk güvenliği sağlanması olduğunu ifade etmiştir⁸⁵.

Hukuk devleti ilkesi, devletin güç ve yetkilerinin belirli kurallara bağlanarak bireylere karşı keyfi kullanımını önlemek amacıyla geliştirilmiş, koruyucu bir ilke olarak kabul edildiğinde, hukuka tabi bireylere devlet gücü vasıtasıyla yapılacak uygulamaları önceden görebilme imkânını sunan, hukuk kurallarının sürekli, istikrarlı ve uyum içinde uygulanacağı konusunda güvence veren bir hukuk sistemi akla gelmektedir. Hukuk devletinin hukuki güvenlik olarak ifade edilen bu işlevini yerine getirebilmesi ise, bir yandan tüm kurum ve kuruluşları ile devletin hukuka bağlı kalmasını gerektirirken, bir yandan da bireylere, devlet-toplum-birey ilişkilerinde hukuka uygun davranma sorumluluğu yükler. Gerek devletin gerekse bireylerin hukuka uygun davranabilmesi hukukun bilinmesi ve anlaşılmasına bağlıdır. Bu gerekliliği sağlayacak şekilde kural konması ve uygulanması hukuki güvenliğin sağlanması bakımından zorunludur⁸⁶.

Hukuk devleti ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesi arasında yapısal ve amaçsal olmak üzere iki tür ilişki vardır denilebilir. Yapısal ilişki, hukuki güvenliğin hukuk devleti ilkesinin asgari şartları arasında sayılması, yani hukuk devletinin bir alt ilkesi olarak değerlendirilmesidir. Amaçsal ilişki ise, iki ilkenin de ortak amaçlarının temel olarak devleti hukukla sınırlandırarak bireyleri korumasıdır⁸⁷. Statüler hukuku olan idare hukukunda, hukuki güvenliğin korunabilmesinin en önemli güvencesi, hukuk devletinin temel gereklerinden biri olan idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal denetiminin etkinliği ise, hukuki güvenlik ilkesine gösterilen azami önem ile doğrudan ilgilidir⁸⁸.

VI. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN GELİŞİMİNİN ETKİ VE SONUÇLARI

A. Demokratik Yönetimde İdare-Birey İlişkilerine Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi

Hukuk devleti ilkesinin en temel gereği demokratik rejim olup, demokratik olmayan bir rejimde hukuk devleti ilkesinden söz etmek mümkün değildir. Demokratik rejim ise hukukun üstünlüğünü

85 Dan.7.D., E.2001/4650, K.2005/1507, T.30.06.2005, (kazanci.com.tr).

86 ÇAĞLAR, s. 29.

87 KÖKÜSARI, s. 25.

88 DALKILIÇ, ss. 2-3.



benimsemeyi gerektirir. Zira demokratik rejimi sürdürülebilir kılan, geliştiren, istikrarlı kılan ise hukukun üstünlüğü anlayışı ve uygulama düzeyidir⁸⁹.

Demokratik rejimin olmazsa olmaz unsuru, hiç tartışmasız kabul edildiği üzere seçme ve seçilme hakkının sağlanmasıdır. İdarenin genel karar organları ve giderek yürütme ile görevli yetkililerin seçim ile iş başına gelmesi, demokratik rejimin vazgeçilmez bir koşulu olarak görülmektedir. Ancak, seçim demokratik rejimi gerçekleştirmeyi bir oranda sağlasa da, idarenin işleyişinde demokrasinin gerçekleşmesi konusunda yetersiz kalmaktadır. Demokratik rejimin varlığından söz edilebilmesi için bireylere seçme ve seçilme hakkı tanınmasının yanı sıra yönetimde demokrasinin sağlanması ve uygulamaya geçirilmesi gerekir. Yönetimde demokrasinin gerekleri ise, ilk olarak idarenin karar alma sürecinin önceden herkes tarafından bilinebilir, saydam, erişilebilir ve kolay anlaşılabilir kurallara bağlanması; ikinci olarak, idarenin elindeki bilgilere yurttaşın ulaşabilmesi ve bu belgeleri inceleyebilmesi ve üçüncü olarak idarenin karar alma sürecine yurttaşın katılımının sağlanması ve bunun kolaylaştırılmasıdır⁹⁰. Yönetimde demokrasiyi sağlamaya yönelik olarak bireylere sağlanan söz konusu haklar, aynı zamanda idare karşısında bireyin hukuki güvenliğini de sağlamaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesi, birey-devlet ilişkilerinde sadece yönetimde demokrasiyi sağlamak amacıyla hizmet etmemekte, aynı zamanda bireylerin Devlete güven duymasını da sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi de hukuki güvenliğe atıf yaptığı pek çok kararında, bireylerin devlete güvenmesi unsuruna yer vermiştir. Mahkeme hukuki güvenliği genellikle şu şekilde ifade etmiştir: *“Hukuk güvenliği... bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.”*⁹¹ Mahkemenin güven unsuruna yer verdiği bazı kararları ise

89 KUTLU GÜRSEL Meltem, “Hukuk Devleti İlkesinden Hukukun Üstünlüğüne Geçiş Sürecinde Yönetimde Demokrasinin Gereklerinden Biri Olarak Birey ile İdare Arasındaki İlişkilerin Düzenlenmesi ve Fransa Örneği”, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No:91, 10 Mayıs 2016, Ankara, s. 173.

90 ÖZAY İl Han, *Günüşğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, ss. 1-3; ÖZAY İl Han, “Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi” *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s. 275 vd.

91 AYM, E.2006/64, K.2006/54, T.04.05.2006, RG. 05.10.2006/26310; Benzer tanımlamalar için bkz. AYM, E.2004/3, K.2008/47, T.31.1.2008, RG.20.03.2008/26822; AYM, E.2013/72, K.2013/126, T.31.10.2013, RG.24.01.2014/28892; AYM, E.2013/67, K.2013/164, T.26.12.2013, RG. 27.05.2014/28954; AYM, E.2013/52, K.2013/160, T.26.12.2013, RG.09.05.2014/28995; AYM, E.2013/110, K.2014/8, T.16.01.2014, RG.09.05.2014/28995.

şu şekildedir: “Vatandaşların Devlete karşı güven duyabilmeleri, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistem içinde olanaklıdır.”⁹² “Bireylerin devlete olan güveninin korunması da ancak hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla mümkündür.”⁹³ Bu kararlarda, hem bireylerin devlete güveninin hukuki güvenliğin bir gereği olduğu hem de hukuki güvenliğin bir sonucu olarak bireylerin maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca gerçekleştirebilmeleri, yani bireysel otonominin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin en önemli niteliklerinden birinin de “güvenlik” olduğunu ifade ettiği bir kararında⁹⁴, “Hukuk devleti, Devletin bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu tür Devlette de ‘Hukuk güvenliği’ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Devlet, görevlerini yerine getirirken, ‘Hukuk devleti’ niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerde kabul edilen temel ilkelerini sürekli gözönünde tutmalıdır. Böyle bir düzende, ‘Devlete güven’ ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar.” diyerek devlete güvenin, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesinin bir sonucu olduğunu belirtmiştir.

Başka bir kararında⁹⁵ Mahkeme, “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri hukuksal güvenliktir. Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür. Hukuksal güven, Anayasa’da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının da ön koşuludur.” ifadelerine yer vererek güven unsurunun önemine vurgu yapmıştır.

Terimsel olarak güven, bireyin bir kişi ya da kurumun eylem ve işlemlerinden zarar görmeyeceğini umması ve neticenin de bu beklentiye uygun olarak gerçekleşmesidir. Böyle bir güvenin tesisi ise, güveni zedelemeyen işlemler yapmayı teamül haline getirmeye bağlıdır. Bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmeleri, böyle bir teamülün oluşmuş olmasına bağlıdır⁹⁶. Zira, “Bugün iktisap ettiği durumun devam edeceğinden emin olmayan fertler korku ile hareket ederler ve birçok teşebbüsleri yapmaktan vazgeçebilirler.”⁹⁷

92 AYM, E.1995/24, K.1995/52, T.28.09.1995, RG.11.06.1998/23369.

93 AYM, E.2008/7, K.2011/80, T.18.05.2011, RG.19.09.2013/28770.

94 AYM, E.1989/11, K.1989/48, T.12.12.1989, RG.22.01.1990/20410.

95 AYM, E.2004/68, K.2005/104, T.23.12.2005, RG.21.09.2006/26296; Aynı yönde AYM, E.2004/24, K.2008/165, T.20.11.2008, RG.10.03.2009/27165.

96 KÖKÜSARI, s. 297.

97 ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Ümumi Esasları*, Cilt 1, İstanbul, 1966, s. 370.



Hukuk devletinin unsurlarından biri olan hukuki güvenlik, başka bir ifade ile “güvenin korunması ilkesi”, ilgilinin hukuki durumunun süreceğine olan güveni dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Güvenin korunması, her zaman mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında olmasa da, her düzenleme değişikliğinde yasakoyucunun ve düzenleyici işlem yapma yetkisi olan idarelerin göz önünde bulundurması gereken bir husustur⁹⁸.

Örneğin, Danıştay bir kararında, “... yeni Yönetmelikte öngörülen boy şartının davaya konu olayda olduğu gibi üstün kamu yararının da bulunmadığı bir durumda, mezun olduğunda itfaiye eri olma konusunda haklı bir beklenti içinde olan davacı hakkında uygulanmak istenmesinin idare hukukunun genel ilkelerinden olan haklı beklenti ve idareye güven ilkesini zedeleyici nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, davaya konu işlemde hukuka uyarlılık bulunmadığı...”⁹⁹ ifadelerine yer vermiştir. Mahkeme başka bir kararında ise, “İdareye güven ilkesi uyarınca düzenlenen yarışmaya katılan, yarışma sonucunda verilecek ödülü birinci olması halinde almak için haklı beklentiye giren davacının, ödülün verilmemesinden kaynaklanan zararının, olayda hizmet kusuru saptanan davalı idareye tazmin edilmesi gerekmektedir.”¹⁰⁰ yönünde karar vermiştir.

B. Ekonomik İlişkilere Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi

Liberal ve serbest piyasa ekonomisinde, şirketlerin ve piyasada bireysel işlem yapan kişilerin rasyonel karar alabilmesinde ve uzun vadeli amaçlarını gerçekleştirebilmelerinde hukuki güvenlik önemli bir güvence sağlamaktadır¹⁰¹. Ayrıca, bu güvencenin bulunmaması ekonomik pazarda, güvensizlik ve belirsizlik yaratacağından, iş ve yatırım yapmak güç olacağı için, yatırımcıların ya piyasaya hiç girmemesine ya da kısa sürede piyasadan çekilmesine yol açacaktır. Bu sebeple, serbest piyasada yatırımcıların güvenini ve rasyonel karar verme imkânını sağlayabilmek için, hem kurallar oluşturulurken, iyi kural koyma ilkelerine ve öngörülebilirliğe uygun hareket edilmesi, hem de kuralların uygulamasının istikrarlı, açık ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Bu kapsamda, kodifikasyon hareketinin az olduğu ve

98 SÖZER Ali Nazım, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl: 1989, Cilt: 63, Sayı: 10-11-12, Ekim Kasım Aralık, s. 552.

99 Dan. 12.D., E. 2012/7707, K. 2015/4804, 15.9.2015, (kazanci.com.tr).

100 Dan.10. D., E. 2008/11336, K. 2012/1405, 11.4.2012, (kazanci.com.tr).

101 RAITIO, “Legal Certainty, Non-Retroactivity”, ss. 8-9.



büyük oranda yargıçların kararlarından oluşan Common Law hukuk sisteminde, Kıta Avrupa'sına göre öngörülebilirliğin daha az olduğu ve bu durumun da piyasadaki girişimcilerin güvenini ve yatırım yapma kararını etkileyebildiği gözlemlenmektedir¹⁰².

Hukuk, ekonomik etkinliğin sağlanmasına imkân tanınmalıdır. Weber'e göre, ekonomik bakış açısından hukuki belirlilik, kapitalist ekonomide teşebbüsler için ön şarttır¹⁰³. Ekonomide planlama, spekülasyona ve aşırı devlet müdahalelerine kapalılık, piyasanın istikrarı gibi kavramlar, yatırımlar ve kârın maksimizasyonu açısından oldukça önemlidir. Bunların gerçekleştirilebilmesi bakımından, özellikle müdahaleci ekonomik sistemlerin bulunduğu ülkelerde, diğer pek çok aracın yanında, hukuki güvenlik önemli bir araç niteliğindedir. Özellikle belirtmek gerekir ki, günümüzde devlet bizzat ekonomik aktör olmaktan ziyade, düzenleme ve denetleme faaliyeti çerçevesinde ekonomik hayata müdahil olmaktadır. Bu durum ise, hukuki güvenliğin ekonomi üzerindeki önemini artırmıştır¹⁰⁴.

Hukuki güvenlik, ekonomide verimliliğin ve kamu yararının sağlanmasının temel gereklerinden birisidir. Ekonomik alanda hukuki güvenliği sağlamanın asgari şartı, yatırımcıların ve şirketlerin kendilerine hangi kuralların uygulanacağını bilmesi ve bu kuralların sonuçlarını öngörebilmesidir¹⁰⁵. Bu anlamda, devletin ekonomi alanında gerek doğrudan gerekse düzenleyici ve denetleyici kurullar vasıtasıyla rol aldığı ekonomik düzende idari usul kurallarının bilinebilir nitelikte olması önem arz etmektedir.

Hukuki güvenlik ilkesi ile ekonomi arasındaki ilişkinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, hukuk sisteminin bir bütün olarak devamlılık sağlaması, yani askeri darbelerle veya keyfi yönetim değişiklikleriyle kesintiye uğramamasıdır. Zira, bir ülkedeki hukuki istikrarsızlığın, hukuki açıdan yaratacağı olumsuzlukların yanı sıra ekonomik açıdan da birçok olumsuz sonuçları olabilir. Bir ülkedeki hukuki istikrar, uluslararası şirketlerin o ülkede yatırım yapmaya karar vermesinde oldukça önemli rol oynamaktadır. Hukuki istikrarın sağlanamaması durumunda, ekonomik faaliyetlerde bulunan özel

102 KÖKÜSARİ, ss. 193, 195.

103 WEBER Max, *Économie et Société*, Tome1, Paris, 1971, s. 350.

104 UYANIK Halit, "Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseler Üzerine Değerlendirmeler", *İÜHFİM*, Cilt: LXXII, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 49-50.

105 İMRE Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayını, Yenilik Basımevi, İstanbul, 1971, ss. 69-70.

teşebbüslerin devlete güveni kalmayacağı için, bunlar o ülkede yatırım yapmakta çekingen davranabilir veya zarara uğrama ihtimali nedeniyle mevcut yatırımlarını başka ülkelere taşıyabilir. Hukuki güvenlik ilkesi ile ekonomi arasındaki ilişkinin ikinci yönü, bizzat devletin düzenleme faaliyeti veya diğer tasarrufları ile hukuki güvenliği zedelemesi durumudur. Bu durum, düzenlemelerin muğlak olması, ekonomik alanda sürekli değişiklikler yaşanması, vergi oranlarında beklenmedik artışlar olması, idarenin genel kurallara ve uygulamalarına aykırı bir şekilde, öngörülemeden tasarruflarda bulunması şeklinde gerçekleşebilir¹⁰⁶.

Hukuki güvenlik ilkesi, özel girişim ve sözleşme özgürlükleri açısından özel bir önem taşımaktadır. Anayasa'nın 48. maddesinde özel girişimin çalışma ortamı için aranan "güven ve kararlılık"ın ana unsurları, kazanılmış hakların korunması ve yasaklayıcı hükümlerin geçmişe etkili olmamasıdır¹⁰⁷. Anayasa Mahkemesi de sözleşme özgürlüğünün hukuki güvenliğin bir sonucu olduğuna hükmettiği kararında¹⁰⁸, "Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devlet'in, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'da koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir." ifadelerine yer vermiştir.

SONUÇ

Hukuki güvenlik kavramı, gerek demokratik rejimin bir gereği olarak birey-devlet ilişkilerinde gerekse ekonomik ilişkilerde güven ortamının sağlanması bağlamında yadsınamaz bir öneme sahip hale gelmiştir. Her hukuki kavram gibi, hukuki güvenlik kavramının da

106 KÖKÜSARI, ss. 194-195.

107 TAN, s. 53.

108 AYM, E.2004/87, K.2009/5, T.08.01.2009, RG.08.07.2009/27282.



içinin doğru bir şekilde doldurulması, bu anlamda anlam ve kapsamının doğru belirlenmesi gerekmektedir. Bu ise, hukuki güvenliğin ulusal ve uluslararası hukukta başta kavramsal olarak doğru kullanılması ile mümkün olacaktır.

Hukuk devleti ilkesinin somutlaşması fonksiyonunu sağlayan hukuki güvenlik kavramının kendi içinde de doğru biçimde anlamlandırılarak somutlaştırılması gerekmektedir. Bu anlamda geçmişten günümüze kavramın temel unsurları, belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki istikrar olarak çerçevelendirilmiştir. Özellikle ekonomi alanında, serbest piyasada yatırımcıların güvenini kazanmak isteyen bir devletin bu unsurları sağlaması elzemdir.

Bu noktada ifade edilmesi gereken önemli bir husus da devletlerin kodifikasyon faaliyetine önem vermesi gereğidir. Çünkü hukuki güvenlik söz edilebilmesinin temel şartı, hukukun sükûlünün hareket alanının önceden kurallar ile belirlenmiş olmasıdır. Elbette bu belirleme yapılırken de yine hukuki güvenlik kavramı önem arz etmektedir. Bu sebeple, hukuki güvenlik kavramını doğru anlamlandırıp uygulayamayan hiçbir devlet uzun vadede varlığını sürdürmekte başarılı olamayacaktır.



KAYNAKLAR

AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2020.

AKKAYA KİA Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınevi, Konya, 2013.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2009.

AYHAN Taha, "Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukuku'nda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 43, S. 3, Eylül 2010.

AZRAK Ülkü, "Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 34, S. 1-4, Y. 1968.

BERKOWITZ Daniel/ PISTOR Katarina/ RICHARD Jean-Francois, "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect", **William Davidson Working Paper**, Number 410, September 2001.

BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

CRAIG Paul, **EU Administrative Law**, Oxford University Press, Oxford, 2006.

CHEVALLIER Jacques, **Hukuk Devleti**, (Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

ÇAĞLAR Selda, **Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

DALKILIÇ Elvin Evrim, **Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

ERDOĞAN Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2001.

ERKUT Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.

FRÄNDBERG Ake, **From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence**, Springer, 2014.

GİŞİ Selçuk, **Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.



GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, Ekin Yayınevi, İkinci Bası, Bursa, 2009, (“İdare Hukuku”).

GÖZLER Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **AÜSBFD**, S. 3, C. 55, Y. 2000, (Anayasallık Bloğu”).

HONIG Richard, **Hukuk Başlangıcı ve Tarihi**, (Çev. M. Yavuz), Burhaneddin Matbaası, İstanbul, 1935.

İMRE Zahit, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul Üniversitesi Yayını, Yenilik Basımevi, İstanbul, 1971.

KABOĞLU İbrahim Ö., “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, S. 2, Aralık 1997, (Hukukun Genel İlkeleri”).

KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, (“Anayasa Hukuku”).

KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KATOĞLU Tuğrul, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, **Hukuk Güvenliği**, 8-9 Kasım 2013, Ankara, (Haz. Ece Göztepe), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:277.

KDHİR Moncef, “Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?”, **La Revue Administrative**, Y. 46, S. 276.

KÖKÜSARI İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

KUTLU GÜRSEL Meltem, “Hukuk Devleti İlkesinden Hukukun Üstünlüğüne Geçiş Sürecinde Yönetimde Demokrasinin Gerekerinden Biri Olarak Birey ile İdare Arasındaki İlişkilerin Düzenlenmesi ve Fransa Örneği”, **148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, No:91, 10 Mayıs 2016, Ankara.

LATOURNEIRE Roger, **Conseil d'État'nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme**, (Çeviren: Yıldızhan YAYLA), İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İstanbul, 1982.

LAUGHLIN Martin, **Foundation of Public Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

MacCORMICK Neil, “Rhetoric and the Rule of Law”, **Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order**, (Ed. D. Dyzenhaus), Hart Publishing, Oxford, 1999.



MAXEINER James R., “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law”, **Valparaiso University Law Review**, C. 41, S. 2, Winter 2007, (“Legal Indeterminacy”).

MAXEINER James R., “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?”, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, C. 15, S. 2, Y. 2007, (“Legal Certainty”).

MAXEINER James R., “Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, **The Rule of Law in Comparative Perspective**, (Ed. Mortimer Sellers/ Tadeusz Tomaszewski), Springer, 2010, (“Some Realizm”).

NEUHAUS Paul Heinrich, “Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws”, **Law and Contemporary Problems**, S. 4, C. 28, Y. 1963.

ONAR Siddık Sami, **İdare Hukukunun Ümumî Esasları**, Cilt 1, İstanbul, 1966.

OĞURLU Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

ÖZAY İl Han, **Günüşığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, (“Günüşığında Yönetim”).

ÖZAY İl Han, “Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi” **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, (“Demokratik Yönetim”).

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

PACTEU Bernard, “La sécurité juridique, un principe qui nous manque?”, **AJDA**, juin 1995, n° spécial du cinquantenaire.

PAUNIO Elina, “Beyond Predictability-Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order”, **German Law Journal**, Vol.10, No.11, 2009.

PECZENIK Aleksander, “Law State, Legal Certainty and Legitimacy of Law”, **Law, Justice and the State IV: Nordic Perspectives** (Edt. Mikael M. Karlsson- Qlafur Pall Jonsson) Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1995.

RAITIO Juha, **The Principle of Legal Certainty in EC Law**, Kluwer Academic Publisher, 2003.

SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT Lale Burcu/ US DOĞAN Eser/ KASAPOĞLU TURHAN Mine/ SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2020.



SCHWARZE Jürgen, **European Administrative Law**, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, 2006.

SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasa'nın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

SÖZER Ali Nazım, "Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1989, Cilt: 63, Sayı: 10-11-12, Ekim Kasım Aralık.

TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

TOPÇUOĞLU Hamide, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınmanın Yolları)**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950.

TOTSKYI Bronislav, "Legal Certainty as a Basic Principle of Land Law of Ukraine", **Jurisprudance**, C. 21, S. 1, Y. 2014.

TRIDIMAS Takis, **General Principles of EU Law**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

UPHAM Frank, "Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy", **Working Papers**, Rule of Law Series-Democracy and Rule of Law Project, S. 30, Eylül 2002.

UYANIK Halit, "Türk İdare Hukukunda Zımnî Red ve Zımnî Kabul Müesseseler Üzerine Değerlendirmeler", **İÜHFİM**, Cilt: LXXII, Sayı: 1, Yıl: 2014.

VEDEL George / DELVOLVÉ Pierre, **Droit Administratif**, Puf, 10 éme edition, 1988.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", **Tanzimat I**, Maarif Matbaası, İstanbul 1940.

YAZICI Serap, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2009.

ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, "Thomas Hobbes-Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri" **AÜHFD**, C. 16, S. 1-4, Y. 1959.

WEBER Max, **Économie et Société**, Tome1, Paris, 1971.



KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE, AÇIK RIZA HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNİN, 95/46 SAYILI DİREKTİF VE GDPR'LA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

(In the Processing of Personal Data, the Reason of Compliance with the Law of Explicit Consent in a Comparative with the Directive No. 95/46 and GDPR)

Serdar ÇELİKEL¹

ÖZ

Açık rıza, kişisel verilerin korunması hukukunda, veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getiren nedenlerden biridir. Açık rıza ile aynı zamanda, kişiler kendilerine ait verilerin geleceğini belirleme ve verileri üzerinde kontrol sağlama haklarını da kullanmaktadırlar. Açık rızanın geçerli olabilmesi için belirli bir konuya ilişkin olma, bilgilendirmeye dayanma, özgür iradeyle açıklanmış olma, herhangi bir tereddüde yol açmayacak açık bir irade beyanı ile verilmiş olma unsurlarının tamamını bir arada taşıması gerekmektedir. 95/46 sayılı Direktifte ve GDPR'da kavram, bazen rıza bazen açık rıza olarak yer alsa da esasında unsurları itibarıyla bu kavramlar arasında ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer alan açık rıza kavramı arasında herhangi bir fark olmadığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel verilerin işlenmesi, hukuka uygunluk nedenleri, rıza, açık rıza, açık rızanın unsurları.

ABSTRACT

Explicit consent is one of the reasons that make data processing lawful in the personal data protection law. At the same time as explicit consent, individuals also exercise their rights to determine the future of their data and to have control over their data. In order for explicit consent to be valid, it must contain all the elements of being related to a specific subject, being based on information, being disclosed with free will, given with an open declaration of will that will not cause any hesitation.

1 Hakim, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26. Ceza Dairesi Üyesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, serdarcelik655@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8406-2019



Although the concept is sometimes included as consent and sometimes as explicit consent in Directive 95/46 and GDPR, it is seen that there is no difference between these concepts in essence and the concept of explicit consent in the Law on Protection of Personal Data.

Keywords: Processing of personal data, reasons for legality, consent, explicit consent, elements of explicit consent.

GİRİŞ

Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmek üzere kullanılan çok geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu kapsamda değerlendirilebilecek her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilebilecektir. Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve diğer özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir.

Kişisel verilerin işlenebilmesi için 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu²'nin (KVKK) 5 ve 6. maddelerinde öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin gerçekleşmesi gerekli olmakla birlikte ek olarak veri işleme faaliyetinin Kanun'un 4. maddesindeki genel ilkelere uygun şekilde yürütülmesi de gerekmektedir³. Ayrıca, KVKK'nın 28. maddesindeki kanundan tam ve kısmi istisna halleri de hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim bu haller Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation⁴, GDPR)'nde veri işleme şartları arasında gösterilmiştir. KVKK'da da 28. maddede düzenlenen hallerin, hukuka uygunluk nedenleri arasında düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Çünkü bu düzenleniş şekliyle 28. maddedeki hallere yanlış bir algı ile veri koruma hukukundan istisna hükümleri gibi yaklaşılmasına neden olunmaktadır. Oysa burada istisnanın kapsamı KVKK'nın veri sorumlusuna getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinden ve ilgili kişiye tanınan hakların kullanılmasından istisnadır, yoksa tümüyle kişisel verileri koruma hukukunun tüm ilke ve kurallarından istisna tutulma veya bu konuda veri koruma hukukunun geçerli olmadığı hukuksuz bir alan oluşturma gibi bir amaç söz konusu değildir.

2 Kanun No: 6698, Kabul Tarihi: 24/3/2016, R.G. Tarih: 7/4/2016, Sayı: 29677.

3 POLATER, Salih, "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 7. ÇEKİN, Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2018, s. 54.

4 <https://gdpr-info.eu/>, E.T. 20.02.2021.



Açık rıza, KVKK'nın 5 ve 6. maddelerinde hem genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde hem de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getiren nedenlerden birisi olarak düzenlenmiştir. Açık rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için belirli bir konuya ilişkin olma, bilgilendirmeye dayanma, özgür iradeyle açıklanmış olma, herhangi bir tereddüde yol açmayacak açıklıkta bir irade beyanı ile verilmiş olma unsurlarının tamamını bir arada taşıması gerekmektedir. Makalede genel hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile açık rızanın karşılaştırılması yanında, KVKK'da yer alan açık rıza kavramının 95/46 EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi⁵ (95/46 Sayılı Direktif) ve GDPR'da yer alan rıza ve açık rıza kavramlarıyla karşılaştırılması da yapılmıştır. Son bölümde ise açık rızanın unsurları incelenmiştir.

I. GENEL HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK RIZA

Kişilik hakkına yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda, kişilik hakkı zarar görenin rızası, saldırı eylemini hukuka aykırı olmaktan çıkartmakta yani bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir⁶ (Türk Medeni Kanunu⁷ (TMK) m. 24/2). Zarar görenin rızası bazı hallerde ise bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemekte, tazminatta indirim yapılmasına veya tazminatın kaldırılmasına olanak tanımaktadır⁸ (Türk Borçlar Kanunu⁹ (TBK) m. 52).

Genel hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olarak rızanın hangi yöntemle verileceği, içeriğinin ve niteliğinin ne olacağı konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, bu rızanın ilgili kişinin açık bir irade beyanıyla verilebileceği, hatta davranışlara dayalı örtülü (zımnî) bir irade beyanıyla da verilebileceği, genel kabul gören bir görüştür¹⁰.

5 <https://kisiselveri.com/9546ec-turkce>, E.T. 22.02.2021.

6 REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 166. von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1983, s. 371. TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 31.

7 Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, R.G. Tarih: 8/12/2001, Sayı: 24607.

8 REİSOĞLU, s. 166. von TUHR, s. 371. TANDOĞAN, s. 32. OKTAY, Gonca, **Kişilik Haklarının Korunması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya 2011, s. 84.

9 Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, R.G. Tarih: 4/2/2011, Sayı: 27836.

10 EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 21. Bası, Ankara 2017, s. 625. PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Burada rızanın bir irade açıklaması olduğu kabulünden yola çıkılmakta ve TBK m. 1/2'de ifade edilen irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceğine ilişkin hüküm, yorum yoluyla rızanın açıklanması konusunda da uygulanmaktadır. Ancak kanunlarda rızanın niteliğine ve verilme şekline yönelik bazı özel hükümlerle karşılaşılabilmektedir. Örneğin, TMK'nın 23/2. maddesinde, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin ancak yazılı rıza ile mümkün olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren rıza beyanında, genel bir rıza değil, nitelikli rıza, yani açık rıza aranmaktadır. Başka bir ifadeyle, kişisel verilerin işlenmesinde, genel ve örtülü bir rıza açıklaması geçerli olmayacak ancak kanunda öngörülen şartları taşıyan rıza açıklamalarına hukuka uygunluk nedeni olarak geçerlilik tanınabilecektir.

A. Rızanın Hukuki Niteliği

Rıza beyanının hukuki niteliğinin belirlenmesi, ona bağlanacak hukuki sonuçlar bakımından önemlidir. Öncelikle açık rıza ile genel hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasında hukuki nitelik farkı olmadığını, doktrinde genel rızanın hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen görüşlerin açık rızanın hukuki niteliği için de geçerli olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz.

Rıza beyanının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşler, rıza ile karşı tarafa bir temsil yetkisi verildiği, rıza vermenin bir tasarruf işlemi olduğu, rıza ile bir sözleşme ilişkisi kurulduğu, rızanın kamu hukukuna ait bir hukuki işlem olduğu, rızanın bir hukuki işlem benzeri olduğu, en nihayetinde de rızanın bir hukuki işlem olduğu şeklindedir¹¹. Doktrinde genel kabul gören görüş, rıza göstermenin, hukuki niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yönündedir¹².

Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 262. İŞGÜZAR, Hasan, "3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", **Ankara Barosu Dergisi**, 1990/6, s. 865. ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2009, s. 201. ZORLU, Süheyla, **İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2010, s. 95. ATASOY, Kemal, "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası", **Cevdet Yavuz'a Armağan**, 2016, s. 282. POLATER, s. 8. Daha geniş bilgi için bkz. POLAT, Alperen, **Sorumluluk Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 122.

11 Rızanın hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. POLAT, s. 11-18.

12 EREN, s. 625. von TUHR, s. 371. ÖZDEMİR, s.201. BAŞARA, Gamze Turan, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Eylül 2018, Ankara, s. 71. POLAT, s. 18. ÇEKİN, s. 57. DETERMANN, Lothar;

Hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgu olarak tanımlanmaktadır¹³. Tek taraflı hukuki işlemler ise hukuki sonuç meydana getirmek için, tek tarafın irade beyanının yeterli olduğu hukuki işlemlerdir¹⁴.

B. Rızanın Geçerlilik Şartları

KVKK'da rızanın geçerliliğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş, sadece açık rızanın unsurları sayılarak, konu tamamen genel hükümlere bırakılmıştır. Aynı şekilde 95/46 Sayılı Direktifin rızanın geçerliliği hususunda Medeni Kanunu tümüyle dışlamadığı, aralarında bir çelişki değil örtüşme olduğu, bu nedenle Direktifin Medeni Hukuk bağlamında rızanın geçerliliğinin genel koşullarını düzenlemediği, rızanın geçerliliği için Medeni Kanundaki genel şartlara ek olarak Direktifin 2/(h) maddesindeki rıza tanımındaki gerekliliklere de uyulması gerektiği ifade edilerek rızanın geçerliliği hususunda genel hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır¹⁵.

Genel olarak rızanın tek taraflı bir hukuki işlem niteliğinde olduğu kabul edildiğinden, rızanın da hukuki işlemlerin geçerliliği için gerekli geçerlilik şartlarını taşıması gerektiği ifade edilebilecektir. Bu nedenle rızanın geçerliliği için öncelikle rıza verecek kişinin hak ve fiil ehliyetine sahip olması, gerekmektedir¹⁶ (TMK m. 9). Bir kişinin fiil ehliyetine sahip olduğundan bahsedebilmek için ise ergin olması, ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlı olmaması gerekmektedir (TMK m. 10).

Rıza verilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir işlem olduğundan kısıtlı veya küçüğün kanuni temsilcisinin dahi onun yerine rıza beyanında bulunamayacağı ifade edilmiş ise de¹⁷ genel hukuka uygunluk nedeni

Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu – Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uyumu, Çeviri: Av. Hilal Temel, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2020, s. 108.

13 EREN, s. 119, 160. REİSOĞLU, s. 50. TERCİER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016 s. 61. İNAN, Ali Naim, YÜCEL, Özge, **İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 130.

14 İNAN/YÜCEL, s. 136.

15 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 01197/11/EN, WP187, Opinion 15/2011 on the definition of consent, Adopted on 13 July 2011, s. 6, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf, E.T. 20.03.2021.

16 ÖZDEMİR, s. 203. EREN, s. 625.

17 ÖZDEMİR, s. 203.



olan rıza beyanı için kabul edilebilecek bu görüşe, günümüz bilgi çağının bir gereği olan kişisel verilerin işlenmesi hususunda katılmak mümkün görünmemektedir. Çünkü GDPR'ın 8. maddesine göre kişisel verilerin işlenmesinde, çocuk 16 yaşından büyükse rızasına geçerlilik tanınmakta, 16 yaşından küçükse yasal temsilcisi tarafından verilen rıza da geçerli kabul edilmektedir.

İkinci olarak rıza beyanının bir irade sakatlığı ile sakatlanmamış olması ve rıza verilmesi, bir hakkın kullanılmasından vazgeçme niteliğinde ise bu vazgeçmenin hukuka, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir¹⁸. Bu anlamda rıza, ancak rıza beyanında bulunan şahsın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklara ve değerlere ilişkin olduğu takdirde geçerli kabul edilebilecektir¹⁹. Bir hak üzerinde serbestçe tasarruf edilirken, sözleşme özgürlüğünün sınırları içerisinde hareket edilmelidir. Nitekim bir kimsenin sözleşme yapamadığı bir konuda, tek taraflı bir hukuki işlem olan rıza beyanında da bulunamaması gerekir. Bu noktada kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan rıza beyanları kesin olarak hükümsüz sayılacaktır (TMK m. 23/2 ve TBK m. 27).

II. AÇIK RIZA

A. Genel Olarak

Açık rızaya KVKK'nın 5, 6, 8 ve 9. maddelerinde veri işlemeyi ve aktarmayı hukuka uygun hale getiren nedenler arasında yer verilmiştir. Açık rızanın tanımı ise KVKK'nın 3/1-a maddesinde yapılmıştır. Buna göre; açık rıza, "Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı", ifade etmektedir. Burada rızanın tanımından çok açık rızanın unsurlarına yer verilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkını, kişisel verilerin başkalarının eline geçmesiyle ilgili kişinin verileri üzerindeki kaybolan hakimiyetini yeniden sağlamaya yönelik bir hak olarak nitelendirebiliriz. Açık rıza ile veri işlenmesi ise verilen rızanın her zaman geri alınabilmesi, veri işleme amacının değişmesi halinde ilgili kişiden yeniden açık rıza alınmasının gerekmesi nedenleriyle ilgili kişinin verileri üzerindeki kontrol ve

18 EREN, s. 625. von TUHR, s. 371. REİSOĞLU, s. 166. ANTALYA, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 120. OKTAY, s. 84.

19 TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 490.

hakimiyetini en iyi derecede sağlamaya ve dolayısıyla ilgili kişinin haklarını korumaya yönelik bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilecektir.

Açık rıza, ilgili kişinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf etme ve kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkını kullanması anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda veri sorumlularından, ilgili kişiden kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin rızalarını talep ederlerken, ilgili kişiye rıza vermeme seçeneğini sunmaları ve kişisel verilerin kontrolünü ilgili kişilere vermeleri beklenmektedir²⁰. Bu anlamda açık rıza hukuka uygunluk nedenini, kişinin verilerin geleceğini belirleme hakkını kullanmasının bir gereği ve görünümü olarak nitelendirebiliriz.

B. 95/46 Sayılı Direktif, GDPR ve KVKK'da Rıza ve Açık Rıza Kavramları

95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'da yalnızca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza aranmakta iken, KVKK'da kural olarak, verilerin özel nitelikli veya genel nitelikli olup olmadığına bakılmaksızın her türlü kişisel veri işleme faaliyetinde açık rıza arandığı, bu bakımından KVKK'nın, Direktif ve GDPR'a göre daha nitelikli koruma öngördüğü ifade edilmiştir²¹. Aşağıda da ifade edeceğimiz gibi bu görüşe katılmak bizim için çok da mümkün görünmemektedir. Çünkü 95/46 Sayılı Direktifin genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde aradığı manada rıza, genel ve niteliksiz bir rıza beyanı değil zaten KVKK'nın 3/1-a maddesinde nitelikleri belirtilen açık rızadır. Hem 95/46 Sayılı Direktifteki hem de GDPR'daki rıza tanımlarıyla KVKK'da yapılan açık rıza tanımı birbirlerine benzemektedir. Burada 95/46 Sayılı Direktifte ve GDPR'da aranan rıza veya açık rıza ile KVKK'da aranan açık rıza arasında kavramsal bir fark olup olmadığının ortaya konulması

20 AŞIKOĞLU, Şehriban İpek, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Kasım 2018, İstanbul, s. 82. YILMAZ, Sabire Sanem, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 118. AVCI BRAUN, Cihan, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 18. KÜZECİ, Elif, "Kişisel Verilerin İşlenme Şartları: Örnekler Üzerinden Bir İnceleme", *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Editörler: Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-I, 17 Nisan 2019, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2020, s. 138.

21 ÖZTÜRK, Bahri, ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 293. POLATER, s. 8. TÜRKMEN, Sevgi, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 115.



gerekmektedir. Ancak bu kavramsal farklılık ortaya konulduğu zaman, bu üç düzenlemenin aradığı rızanın nitelikleri yönünden farklı olduğunu ifade etmek mümkün olabilecektir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından hazırlanan Açık Rıza Rehberinde ise 95/46 Sayılı Direktifte yalnızca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza aranmakta iken, Kanunda ve GDPR'da kural olarak her türlü kişisel verinin işlenmesi için açık rızaya ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir²². Bize göre bu çıkarım da özellikle GDPR bakımından yanlıştır. Bu çıkarımın doğru olabilmesi için GDPR'da sadece açık rızanın bir veri işleme nedeni olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. Oysa, GDPR'ın 9. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza (explicit consent) aranırken, genel nitelikli kişisel veri işleme için (GDPR m. 6/1-a) açık rıza aranmamıştır sadece rıza (consent) verilmesi yeterli görülmüştür. Peki bu iki maddedeki rıza şartları arasında bir fark öngörülmüş müdür? diye sorulacak olursa; aslına bakılırsa GDPR'da consent/explicit consent ayrımının soyut olarak yapıldığı görülmekte, ancak bu iki rıza arasında kavramsal bir fark ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.

GDPR'da ilgili kişinin rızasıyla ilgili olarak 95/46 Sayılı Direktif ve KVKK'ya göre daha ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. GDPR'ın 4/11. maddesinde ilgili kişinin rızası, *"ilgili kişinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine rıza verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge"* şeklinde tanımlanmıştır. GDPR'ın 4/11. maddesinde yapılan tanıma baktığımızda, aslında GDPR'da da KVKK anlamında açık rızanın düzenlendiğini ve genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde de arananın açık rıza olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü GDPR'ın rıza tanımı, KVKK'da yapılan açık rıza tanımının unsurlarını fazlasıyla içerisinde barındırmaktadır.

22 Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza Rehberi, s. 2. Aynı yönde, AŞIKOĞLU, s. 80. Bu anlamda Aşikoğlu'nun ve Rehber'in GDPR'da yer alan consent ile explicit consent kavramları arasında bir fark gözetmediği anlaşılmaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi'nde ise "GDPR'da rıza ve açık rıza kavramlarının her ikisi de yer almakta ancak sadece rıza kavramının tanımı verilmektedir. GDPR'da kişisel verilerin işlenmesi için rıza alınması aranırken özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için açık rızaya ihtiyaç duyulmaktadır. Kanunumuzda ise, hem kişisel verilerin hem de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza alınması kişisel veri işleme şartları arasında sayılmaktadır" şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Bkz. KVKK, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2019, s. 47. Görüldüğü gibi burada Açık Rıza Rehberinin ve Aşikoğlu'nun aksine, GDPR'da özel nitelikli kişisel veriler için açık rıza, genel nitelikli kişisel veriler için rıza alınması gerektiği şeklinde bir ayrım yapılmış olup bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Direktifin 7/a maddesinde hukuka uygunluk nedeni olarak ilgili kişinin rızasının, açık, kesin ve net biçimde olması gerektiği ifade edilmiş, KVKK 3/1-a maddesinde ise açık rızanın; belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı, ifade edeceği belirtilmiştir. Yine Direktifin 2/(h) maddesinde yapılan tanımda, ilgili kişinin rızasının, kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesi için ilgili kişinin kabulüne işaret eden, özgürce ve bilgilendirme yapıldıktan sonra alınan rızayı ifade edeceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi KVKK'daki açık rıza tanımıyla Direktifteki rıza tanımı da birbirine benzemektedir, sadece Direktifte rızanın tanımı yapılırken açık rıza olarak adlandırılmaması bir fark oluşturmaktadır. Ayrıca Direktifin 7/(a) maddesindeki rızanın hukuka uygunluğu, yine Direktifin 2/(h) maddesindeki unsurlara göre belirlenecektir. Öyleyse KVKK'daki açık rıza kavramıyla GDPR'daki ve Direktifteki rıza ve açık rıza kavramları arasında belirgin bir fark olmadığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Nitekim, EDPB (Avrupa Veri Koruma Kurulu) tarafından 4 Mayıs 2020'de kabul edilen 05/2020 sayılı Rıza Rehberinde²³, GDPR'daki temel rıza kavramının 95/46 Sayılı Direktif kapsamındaki ile benzer olduğu ve bir olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, Direktif, GDPR ve KVKK'da sadece bir rıza tanımı olduğunu, Direktif ve GDPR'da rıza olarak tanımlanan kavramın KVKK'daki açık rıza tanımı ile örtüştüğünü söyleyebiliriz²⁴.

GDPR bütün veri işleme faaliyetlerinde, KVKK anlamında açık rızayı aramaktadır. Ancak GDPR m. 6/1-(a)'da genel nitelikli kişisel veriler için ilgili kişinin veri işlenmesine "izin" (consent)²⁵ vermesinden söz edilirken, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde m. 9/2-(a), "açıkça izin" (explicit consent)²⁶ vermesinden söz edilmektedir. Bu şekilde bir ayrımla acaba bu iki kavram arasında niteliksel bir fark mı oluşturulmak istenmiştir? Yoksa bu kavramların tanımları, unsurları ve nitelikleri aynı mıdır? Bizce, hangi adla anarsak analım, KVKK, Direktif ve GDPR'da, verilen iznin / onayın / rızanın / açık rızanın unsurları, tanımı ve hukuki nitelikleri arasında belirgin bir fark öngörülmemiştir.

23 Guidelines 05/2020 Consent Under Regulation 2016/679, Version 1.1, Adopted on 4 May 2020, s. 6. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf. E.T. 24.02.2021.

24 Nitekim KVKK'nın madde gerekçesinde de bu durum, "Açık rıza, 95/46 EC sayılı Direktif dikkate alınarak tanımlanmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir. Oysa Direktifin 2/h maddesinde açık rızanın değil rızanın tanımı yapılmıştır.

25 Veri sahibi, kişisel verilerinin bir veya daha fazla belirli amaç için işlenmesine izin vermiştir.

26 Veri sahibi, Birlik veya Üye Devlet yasalarının 1. paragrafta atıfta bulunulan yasağın veri sahibi tarafından kaldırılamayacağını öngörmesi durumu dışında, bu kişisel verilerin bir veya daha fazla amaç için işlenmesine açıkça izin vermiştir.



Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 95/46 Sayılı Direktifin 2/(h) maddesinde, rıza tanımı yapılırken zaten genel rızanın değil, bizim anladığımız manada açık rızanın tanımı yapılmıştır. Nitekim, bu maddede, rızanın, ilgili kişinin kabulüne işaret eden, özgürce ve bilgilendirme yapıldıktan sonra alınan rızayı kastedeceği ifade edilmiş, genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin rızanın düzenlendiği 7/(a) maddesinde “açık, kesin ve net bir biçimde” verilen rızadan bahsedilmiş, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin rızanın düzenlendiği 8/(a) maddesinde ise sadece ilgili kişinin, “açık rıza”ından bahsedilmiştir. Hatta her iki maddede aranan rıza niteliğine baktığımızda m. 7/(a)'da aranan rızanın daha nitelikli olduğu sonucu çıkarılabilecektir. Bu nedenle biz, 95/46 Sayılı Direktifte de genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde aranan rıza ile özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde aranan rıza arasında nitelik yönünden bir fark gözetilmediği kanaatindeyiz²⁷.

Peki KVKK kapsamında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde gerekli olan açık rıza ile genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde gerekli olan açık rıza aynı şeyi mi ifade etmektedir? Avcı Braun, KVKK m. 6 kapsamında açık rızadan bahsedebilmek için, ilgili kişinin bu yönde söz, yazı veya davranışla yaptığı olumlu ve aktif bir hareketinin bulunması gerektiğini yani susmak veya hareketsiz kalmak gibi pasif bir davranışın bu maddeye göre geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyeceğini, KVKK'nın 5. maddesinde öngörülen rızanın örtülü olarak da verilmesi mümkün iken, 6. maddedeki rızanın teknik anlamda açık rızayı, yani zımni olarak verilmesi mümkün olmayan rızayı konu edindiğini ifade etmektedir²⁸.

Kanaatimizce, KVKK'da tek bir açık rıza tanımı yapıldığı da dikkate alındığında, Kanunun lafzından ve gerekçesinden bu iki maddede aranan rızaların niteliği yönünden bu şekilde bir fark gözetildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR bakımından, rıza-açık rıza ayrımı görünürde de olsa yapılabileceği halde, bizim hukukumuz bakımından bu şekilde bir ayrıma gitmenin anlamsız olduğu kanaatindeyiz.

²⁷ Buna karşın WP 29 rıza görüşünde, özel nitelikli veri kategorilerinin işlenmesini hukuka uygun kılmak için alınacak rızanın standardının daha yüksek olduğu, çünkü bu rızanın “açık” olarak genel rıza standardının ötesine geçmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, s. 6.

²⁸ AVCI BRAUN, s. 31.

III. AÇIK RIZA İLE DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hukuka uygunluk nedenlerinin KVKK'daki ifade edilmiş şekli, açık rızanın diğer hukuka uygunluk nedenleri karşısında hiyerarşik bir önceliği varmış izlenimine neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁹. Nitekim KVKK'nun hem 5. hem de 6. maddesinde, kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği bir kural olarak ifade edildikten sonra diğer fıkralarda açık rıza aranmaksızın veri işlemenin mümkün olduğu hallere, yani kuralın istisnalarına yer verildiği şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu düzenleme ile amaçlanan hususun, hukuka uygunluk nedenleri arasında bir hiyerarşi olduğu izlenimi vermek olmadığı, bütün hukuka uygunluk nedenlerinin eşit düzeyde olduğu ifade edilmektedir³⁰.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun bu konudaki bakış açısı ise diğer hukuka uygunluk nedenleri varsa açık rıza hukuka uygunluk nedenine dayanılmaması gerektiği, bunun dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olacağı yönündedir³¹. Çünkü açık rıza veren ilgili kişi rızasını her zaman geri alabilme ve veri işleme faaliyetine son verebilme imkanı bulunduğunu düşünerek veri işleme faaliyetine rıza göstermektedir. İlgili kişinin bu konudaki makul beklentisi, rızasını geri aldığı anda kişisel verilerinin artık işlenmeyeceği yönündedir. Ancak somut olayda başka bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı ve ona dayanılarak veri işleme faaliyetine devam edilmesi halinde, ilgili kişinin, bu konuda yanıltılmış olduğu ifade edilebilecektir³².

Kanaatimizce, kişisel verilerin işlenmesi sürecinde, diğer hukuka uygunluk nedenleri yanında açık rıza nedenine de dayanılması tek başına veri işleme faaliyetini hukuka aykırı hale getirmeyecek, bu durum veri koruma hukukunun genel ilkelerinden olan dürüstlük kuralına aykırı bir sonuca yol açtığı anda yani rızanın geri alınmasına rağmen ilgili kişinin makul beklentisine aykırı bir şekilde veri işleme

29 YÜCEDAĞ, Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", *İÜHFEM*, Cilt: LXXV, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 773. AŞIKOĞLU, s. 119.

30 YÜCEDAĞ, s. 773. ANI, Nevzat Ali, *Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2018, s. 126. DÜLGER, Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2019, s. 26.

31 Bkz. "Açık Rızanın Hizmet Şartına Bağlanması"na ilişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanin-Hizmet-Sartina-Baglanmasi>, E.T. 22.02.2021.

32 ÇEKİN, s. 64.

faaliyetinin devamı halinde ancak hukuka aykırı kabul edilebilecektir³³. Veri sorumlusu, başka bir hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak veri işleme faaliyetini devam ettirmek istiyorsa, ilgili kişi rızasını geri aldıktan sonra var olan başka bir veri işleme nedenine dayalı olarak veri işlemeye devam etmek istediğini ilgili kişiye bildirmelidir³⁴.

Rıza dışındaki hukuka uygunluk nedenleri bir gereklilik testine tabi tutulduktan sonra veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirecekleri halde rıza da böyle bir gereklilik testi yapılması aranmamakta³⁵, sadece ortada geçerli bir rıza beyanı olup olmadığına bakılmaktadır.

IV. AÇIK RIZANIN ALINACAĞI ZAMAN

Rızanın alındığı zaman, veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olup olmadığını belirleyebilmek için önemlidir. KVKK'da ve genel hükümlerde, rızanın ne zaman alınacağı hususunda açık bir hüküm olmamasına karşın genel olarak hukuka uygun bir veri işleme faaliyetinden söz edebilmek için rızanın mutlaka kişisel veri işleme faaliyeti başlamadan önce ve en geç verilerin elde edilmesi aşamasında alınmış olması gerektiği ifade edilmektedir³⁶.

Genel hukuka uygunluk nedeni olan rızanın da kişilik hakkına yönelik müdahaleden önce verilmiş olması gerekmektedir. Hukuki bir işleme verilen icazet, hükümlerini en baştan itibaren doğuracaksa da rızanın kişilik hakkının ihlalden sonra verilmiş olması yani icazet şeklinde verilmiş olması, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacak ve geçmişe etkili sonuç doğurmayacaktır³⁷. Başka bir ifadeyle kişilik haklarının ihlalden rıza, icazet şeklinde verilemeyecektir. Haksız fiile sonradan verilen rıza, mağdurun tazminat talep etme

33 Nitekim, WP 29'a göre, ilgili kişinin bir şekilde rızasını almak, genel veri işleme ilkelerine uygun davranma yükümlülüğünü bertaraf etmeyecektir. Bkz. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 7.

34 Aynı yönde, TURAN, Metin, **Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 72. POLATER, s. 7. Nitekim, WP 29 rıza görüşüne göre, rıza ile birlikte aynı anda birden fazla hukuka uygunluk nedenine dayanılarak veri işlenebilecektir. Bkz. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 8.

35 WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 7.

36 ÇEKİN, s. 58. AYÖZGER, A. Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 127. AVCI BRAUN, s. 15. YÜCEDAĞ, s. 775. ATASOY, s. 283. EDPB, Rehber, 05/2020, s. 20. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 9.

37 İŞGÜZAR, s. 866. REİSOĞLU, 2014, s. 166. EREN, s. 627. TANDOĞAN, s. 33. von TUHR, s. 371. ZORLU, s. 97. AVCI BRAUN, s. 16. YÜCEDAĞ, s. 775. ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 107. ATASOY, s. 283.

hakkından vazgeçtiği anlamı taşımaktadır³⁸. Aynı şekilde, kişisel veri işleme faaliyeti başladıktan sonra alınan rıza, teknik anlamda bir icazet niteliğinde olmakla birlikte, veri işleme faaliyetini baştan itibaren hukuka uygun hale getirmeye yetmeyecek³⁹, ancak rızanın verilmesi anından itibaren hukuka uygun hale getirecektir. Bu durumda kişisel verilerin rıza alınmadan işlenmeye başlanması ile rızanın verilmesi anına kadar olan süreçte hukuka aykırı bir veri işleme faaliyeti söz konusu olacaktır⁴⁰.

V. AÇIK RIZANIN ŞEKLİ

95/46 Sayılı Direktif, GDPR ve KVKK'da açık rızaya ilişkin ilgili kişinin olumlu irade beyanını içermesi gerektiği dışında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte, veri sorumlusunun, açık rıza hukuka uygunluk nedenine dayanarak veri işlediğini ispatlaması gerektiğinden, açık rıza alma işleminde kayıt altına alınabilir yöntemleri kullanması veya yazılı rıza alması, ispat kolaylığı yönünden veri sorumlusunun yararına olacaktır⁴¹.

Rızanın bir hukuki işlem olduğu kabul edildiği için açıklanması da hukuki işlemlere ilişkin şekil şartlarına tabi olacaktır. Bu konuda kural şekil serbestisidir (TBK m. 12/1). TBK'nun 12. maddesine göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Taraflar kendi aralarında bir şekil belirlemişlerse irade beyanı bu şekilde yapılmalıdır. Ancak kanunlarda rızanın yazılı şekilde alınacağı öngörülmüşse bu gerekliliğe uygun davranılmalıdır. Bu kapsamda, SMS ve e-mail gibi iletişim araçlarıyla verilen rızaların geçerli olduğu da belirtilmelidir⁴². Yine çevrim içi veya dijital bir ortamda rıza

38 İŞGÜZAR, s. 866. REİSOĞLU, s. 166. EREN, s. 627. TANDOĞAN, s. 33. von TUHR, s. 371.

39 ÇEKİN, s. 58. AYÖZGER, s. 128.

40 AVCI BRAUN, 2018, s. 16.

41 AŞIKOĞLU, s. 119. ÖZDEMİR, s. 170. GÜRSES, Bekir, **AB ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması-Mevzuat Uyumuna Yönelik Bir Değerlendirme**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 38. KAYA, Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", **İÜHFEM**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011, s. 326. SELEK, Ozan, "Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 2, Yıl: 2019, s. 929. ÖZTÜRK/ALTINOK ÇALIŞKAN, s. 293. ERDİNÇ, Göksu Hazar, **Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017, s. 37. HİZARCI, Emine, **6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 39. KOCABAŞ, Gediz, "KVKK'da Yer Alan Kurum ve Kavramların TMK ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi", **Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Editörler: Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-I, 17 Nisan 2019, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2020, s. 110.

42 ÖZTÜRK/ALTINOK ÇALIŞKAN, s. 293.



verildiğine ilişkin bir formun doldurulması, rızaya ilişkin imzalanmış ve taranmış bir belgenin sisteme yüklenmesi de rıza verildiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilecektir⁴³.

Yazılı veya sözlü olarak ifade edilen ya da sesli veya görüntülü mesaj yöntemiyle bildirilen rıza açıklamaları, geçerlilik yönünden eşit derecede kabul edilmektedir⁴⁴. Ancak sözlü olarak rıza verildiğinde, rızanın varlığının ve geçerli bir açık rıza için gerekli tüm koşulların yerine getirildiğinin (bilgilendirme gibi) ispatı veri sorumlusu yönünden zor olabilecektir⁴⁵. Burada önemli olan husus, hangi yöntemle verilmiş olursa olsun, tercih edilen yöntemin, rıza açıklamasında bulunan ilgili kişinin bu konudaki iradesini hiçbir tereddüde yer bırakmayacak kesinlikte yansıtması, rızanın özgürce verildiğini göstermesi ve kişisel veri işleme faaliyetinin kapsamına uygun olmasıdır⁴⁶.

Açık rıza söz konusu olduğunda, susma veya hareketsiz kalma kabul anlamına gelmemekte, yani zımni veya örtülü rıza, açık rıza olarak kabul edilmemektedir⁴⁷. GDPR'da da ilgili kişinin sessiz kalmasından, örneğin, İnternet tarayıcısının kendisi hakkındaki kişisel verilerin toplanmasına imkan veren ayarlarını değiştirmemesinden ve bu konuda hareketsiz kalmasından, kişisel verilerinin işlenmesine zımnen rıza verdiği sonucuna varılamayacağı, kişinin aktif bir davranışı ile rızasını ortaya koyması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸ (GDPR, Recital 32).

Açık rıza alınması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş ise de Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁴⁹'in 5/1-f maddesine göre, kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde,

43 EDPB, Rehber, 05/2020, s. 21.

44 SELEK, s. 929. AVCI, Yasemin, **Kişisel Verilerin Korunması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2019, s. 63.

45 Rızanın sözlü olarak verilmesine engel bir durum yoksa da sözlü rızanın kanıtlanması zor olacağından veri sorumlularına pratikte yazılı rıza almaları önerilmektedir. Bkz. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 25.

46 SELEK, s. 929.

47 İMAMOĞLU, Deniz Alp, "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Uyarınca Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları", 2017, s.16, https://www.academia.edu/36628413/6698_SAYILI_K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_KORUNMASI_KANUNU_UYARINCA_%C3%96ZEL_N%C4%B0TEL%C4%B0KL%C4%B0_K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_%C4%B0%C5%9ELENME_%C5%9EARTLARI, E.T. 20.01.2021.

48 DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2017, s. 52.

49 R.G. Tarih: 10/03/2018, Sayı: 30356.

aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir.

VI. AÇIK RIZA VERİLDİĞİNİN İSPATI

GDPR’da ispat hususu açıkça düzenlenmişken (GDPR m. 7/1, Recital 42) KVKK ve 95/46 Sayılı Direktifte ise bu husus genel hükümlere bırakılmıştır. Genel hükümlere göre, kişisel verilerin işlenmesi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı sürece hukuka aykırı olduğundan, veri işlenmesinin hukuka uygun olduğunu ve ortada bir veri işleme nedeninin bulunduğunu ispat yükü veri sorumlusunun üzerindedir. Çünkü hukuka aykırılık bir karine olarak kabul edilmektedir. Karinenin aksini ispat yani veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğunu ispat ise veri sorumlusuna düşmektedir. Açık rıza da bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan hesap verebilirlik ilkesi gereğince usulüne uygun ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık rıza aldığını ispatlamak veri sorumlusuna düşmektedir⁵⁰.

Ayrıca TMK’nın ispat yüküne ilişkin genel bir kural koyan 6. maddesine göre; kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlama yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle kişisel verileri işleme yönünde bir hakkı olduğunu iddia eden yani kişisel verileri ilgili kişinin açık rızasıyla işlediğini ileri süren veri sorumlusundan bu olgunun varlığını ispatlaması beklenecektir.

GDPR’ın 7/1. maddesine göre; veri işlemenin rızaya dayandığı durumlarda, veri sorumlusu, ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza verdiğini ispatlayabilmelidir. Örneğin, çevrim içi bir ortamda alınan rıza için veri sorumlusu, rızanın alındığı oturumla ilgili bilgileri ispat için saklayabilecektir. Veri sorumlusu, ispat yükümlülüğünü yerine getirmeye yönelik uygun yöntemler geliştirmekte serbesttir. Ancak veri sorumlusu, ispat yükümlülüğünü yerine getirmek için veri işleme faaliyetinin gerektirdiğinden daha fazla kişisel veri elde etme ve işleme yoluna başvurmamalıdır⁵¹.

50 ATASOY, s. 287. KVKK, Açık Rıza Rehberi, s. 3. KVKK, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2019, s. 48. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 21. AVCI BRAUN, s. 27. Aynı yönde, EDPB, Rehber, 05/2020, s. 11.

51 EDPB, Rehber, 05/2020, s. 22, 23.



VII. AÇIK RIZANIN GERİ ALINMASI VE VERİ İŞLEME SÜRECİNE HUKUKİ ETKİSİ

A. Açık Rızanın Geri Alınması

İlgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine yönelik olarak KVKK'ya uygun bir şekilde açık rıza verdikten sonra bu rızasını geri alıp alamayacağı da üzerinde durulması gereken bir konudur. KVKK ve 95/46 Sayılı Direktifte rızanın geri alınabilip alınamayacağı konusunda açık bir düzenleme yapılmamış olup bu husus genel hükümlere bırakılmıştır. Rızanın tek taraflı bir hukuki işlem olduğu kabul edildiğinde, geri alınmasının da tek taraflı bir hukuki işlemle, karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın ve herhangi bir zaman sınırlamasına tabi tutulmaksızın mümkün olduğu kabul edilecektir⁵².

Kişisel verilerin işlenmesine bir kere rıza verilmiş olması, bundan sonra bu verilerin işlenmesine hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği anlamına gelmemektedir⁵³. Kişinin kendi verilerinin geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olarak verileri üzerindeki veri işleme faaliyetlerini istediği zaman durdurma ve sonlandırma hakkına da sahip olması gerekmektedir. Rızanın geri alınması halinde, somut olayda diğer veri işleme nedenleri de yoksa veri sorumlusu ilgili kişinin verilerini işlemeyi durdurmalıdır⁵⁴.

Kanaatimizce veri sorumlusunun, rıza geri alındıktan sonra açık rıza dışındaki diğer veri işleme şartlarına dayanarak veri işleyebilmesi için ilgili kişiye bu konuda yeniden bir bilgilendirme yapması ve yeniden rıza alması gerekmektedir. Çünkü, ilgili kişi rızasını geri aldığı için artık verisinin işlenmeyeceğini düşünebilir, yani ilgili kişinin makul beklentisi bu yönde olabilir. Bu gerekliliğe rağmen ilgili kişiye bu konuda bilgilendirme yapmadan veri işlemeye devam etmek, dürüstlük ilkesine aykırı bir davranış olarak değerlendirilebilecektir.

GDPR'da rızanın geri alınması hususu da ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, ilgili kişilerin basit ve kolaylıkla erişilebilir yollar üzerinden rıza verebilecekleri ve sonradan zaman sınırlaması olmaksızın rızalarını verdikleri yönetime benzer şekilde basit ve kolay bir yöntemle geri

52 EREN, s. 625. ÖZDEMİR, s.203. YILDIZ, Ozan Ali, "Mektup, Hatıra ve Benzeri Yazıların Kişilik Hakkı Kapsamında Korunması", **MÜHF-HAD**, Cilt: 25, Sayı: 1, Haziran 2019 , s. 461. ATASOY, 2016, s. 283. ÇEKİN, s. 62. AVCI BRAUN, s. 16, 17.

53 AVCI BRAUN, s. 17.

54 DÜLGER, s. 28.

alabilecekleri ifade edilmiştir⁵⁵ (GDPR, m. 7/3). Örneğin, kasiyer tarafından cep telefonuna gönderilen bir kodun beyan edilmesiyle verilen rıza, yine cep telefonundan veri sorumlusuna gönderilebilecek bir mesajla geri alınabilmelidir. Elektronik ortamda kolayca verilen açık rızanın geri alınması için ilgili kişiden yazılı ve ıslak imzalı belge talep edilmemelidir.

Kanaatimizce, rızanın kolayca geri alınabilmesi olgusu, rızanın özgür irade ile verilip verilmediğini ve rızanın devamının özgür iradeye dayanıp dayanmadığını değerlendirirken de dikkate alınmalıdır. Kişiye, rızasını verirken, verdiği bu rızayı her zaman kolayca geri alabilme imkanı olduğu da bildirilmelidir. Aksi halde, kişi, verdiği rızayı artık geri alamayacağını veya rızasını geri alması için çok zor şartları gerçekleştirmek zorunda olduğunu düşünerek istemese de veri işleme faaliyetine katılmak durumunda kalabilecek, bu da özgür irade unsurunu sakatlayabilecektir.

Rızanın geri alınması hakkından önceden feragat etmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵⁶. Rızanın geri alınmasından feragat, açık rızanın özgür iradeye dayanması gerektiği unsurunu sakatlayabileceği gibi verilen rızanın artık geri alınmayacağına yönelik bir sözleşme hükmü, kişilik haklarını aşırı derecede sınırlandıracağı için TMK'nin 23. maddesi gereğince geçersizliği de gündeme gelebilecektir⁵⁷.

GDPR'da rızanın geçerli olacağı süre konusunda belirli bir zaman sınırlaması getirilmemiştir. Rızanın ne kadar süreyle geçerli olacağı, rızanın içeriğine, kapsamına ve ilgili kişinin beklentilerine göre değişecektir. Örneğin, bir iş başvurusu için rıza ile verilen kişisel veriler, ancak iş başvurusunun değerlendirilmesi sürecinde ve iş başvurusuyla sınırlı olarak işlenebilecektir. Olumsuz sonuçlanan bir başvuru sırasında elde edilen kişisel veriler, rıza ile alındığı ileri sürülerek işlenmeye devam edilmemelidir. Yine veri işleme faaliyetinin kapsamı ve amacı ilk baştakine göre önemli ölçüde değiştiğinde veya geliştiğinde, artık daha önce verilen rızanın geçerliliğini koruduğu söylenemeyecektir. Bu durumlarda ilgili kişiye tekrar bilgilendirme yapılarak yeniden rıza alınması gerekecektir⁵⁸.

55 AYÖZGER, s. 128. DEVELİOĞLU, s. 53.

56 AVCI BRAUN, s. 17.

57 OĞUZ, Sefer; "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", *Beyder*, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 41.

58 EDPB, Rehber, 05/2020, s. 23.



B. Açık Rızanın Geri Alınmasının Veri İşleme Sürecine Hukuki Etkisi

İlgili kişinin açık rızasını geri almasının, geriye değil, ileriye etkili sonuç doğuracağı ifade edilmektedir⁵⁹. Haksız fiile sonradan gösterilen rızanın fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldırmadığı yani geriye etkili olmadığı gibi rızanın sonradan geri alınması da geriye etkili hüküm doğurmamakta ve o ana kadar yapılan fiilleri hukuka aykırı hale getirmemektedir. Rızanın geri alınmasından sonra yapılacak fiil veya işlemler ise hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir⁶⁰.

Kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinde, veri sorumlusundan, rızanın geri alınması işleminden önce gerçekleştirdiği veri işleme faaliyetlerinin sonuçlarını ortadan kaldırması beklenmemelidir. Çünkü o ana kadar ilgili kişinin açık rızası mevcuttur ve veri işleme faaliyeti hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmiştir⁶¹. Bu nedenle veri sorumlusu ancak rızanın geri alınması beyanının kendisine ulaştığı an itibarıyla ileriye dönük olarak veri işleme faaliyetlerini durdurmakla yükümlüdür⁶². Nitekim GDPR'ın 7/3. maddesinde bu konuya açık bir şekilde yer verilmiştir. Buna göre, rızanın geri alınması, daha önce rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen veri işleminin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Veri sorumlusundan veri işleme faaliyetlerinin sonuçlarını ortadan kaldırması beklenemeyecek ise de acaba o ana kadar topladığı kişisel verilerin akıbeti ne olacaktır? Bu verileri elinde tutmaya devam mı edecektir? yoksa verileri silmesi, yok etmesi veya anonim hale getirmesi mi gerekecektir? Kanaatimizce, artık veri sorumlusunun verileri elde tutması için bir kanuni yükümlülüğü ya da dayanacağı başka bir hukuka uygunluk nedeni de yoksa elinde bulunan kişisel verileri duruma göre silmeli veya yok etmelidir⁶³. Nitekim KVKK'nın 7. maddesindeki, *"Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hale getirilir."* hükmü emredici bir şekilde bunu gerektirmektedir. Burada veri sorumlusuna verileri anonim hale getirerek elinde tutmaya devam etme imkanı bir seçenek olarak sunulmalı mıdır? sorusu akla gelebilecektir. Anonim verilerin kişisel

59 DÜLGER, s. 28. AVCI BRAUN, s. 17. WP 29, Opinion 15/2011 on the Definition of Consents, 2011, s. 9.

60 YILDIZ, s. 461.

61 DÜLGER, s. 28. AYÖZGER, s. 128.

62 DÜLGER, s. 28. WP 29, Opinion 15/2011 on The Definition of Consents, 2011, s. 9.

63 Aynı yönde, bkz. EDPB, Rehber, 05/2020, s. 24.

veri olmaktan çıktığı düşünüldüğünde bu soruya olumlu cevap vermek mümkün görünmektedir.

VIII. AÇIK RIZANIN UNSURLARI

KVKK'nın 3. maddesinde, açık rıza; belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza olarak tanımlanmış olmakla, bu tanıma göre açık rızanın dört unsuru olduğu söylenebilecektir. Buna göre; açık rıza verildiğinden bahsedebilmek için, rızanın belirli bir konuya ilişkin olması, rıza açıklamasından önce ilgili kişinin bilgilendirilmesi, rıza beyanının kişinin özgür iradesine dayanması ve bu iradenin açığa vurulması yani rıza verildiği anlaşılabilir şekilde açık bir irade beyanının varlığı gerekmektedir.

A. Belirli Bir Konuya İlişkin Olma

Açık rızanın varlığı için aranan ilk unsur; rızanın, belirli bir konuya ilişkin olması, yani somut olaya özgü olarak verilmesi gereğidir⁶⁴. Açık rızanın belirli bir konuya ilişkin verilmesi gerektiği unsuru, açık rızanın, veri işleminin gerçekleştirileceği konunun açıkça belirtilmesi suretiyle, belli bir konuya ilişkin ve o konuya özgülenmiş olarak verilmesini, ayrıca veri işleme faaliyetinin de verilen rıza sınırları içerisinde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir⁶⁵.

Veri sorumlusu, ilgili kişiden rıza talep ederken, kişisel verileri hangi amaç veya amaçlar için elde etmek istediğini ve işleyeceğini, belirsiz, genel ve ucu açık ifadeler kullanmadan, net ve anlaşılır bir şekilde belirtmelidir. Bu kapsamda, kişisel veriler, ileride ortaya çıkma ihtimali olan ve hali hazırda bilinmeyen amaçlar için ve gelecekte bir gün gerekli olacağı düşüncesi ile toplanmamalı ve işlenmemeli, kişilerden ileride işlenecek verileri için topluca ve genel nitelikte rızaları alınmamalıdır⁶⁶. Rızanın belirli bir konuya ilişkin olması unsuru, bu yönüyle veri işleme faaliyetini kapsam olarak sınırlandırmaktadır⁶⁷.

64 Handbook on European Data Protection Law, 2018 Edition, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir.), s. 147.

65 YILMAZ, Berrak, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2019, s. 27. TURHAN, Ayşe Melek, **Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2018, s. 105. OĞUZ, s. 41.

66 POLATER, s. 9. AVCI BRAUN, s. 23.

67 LITMAN, Jessica; "Information Privacy/Information Property", **Stanford Law Review**, Cilt: 52, Mayıs 2000, s. 1311.



Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkelerin düzenlendiği KVKK'nın 4. maddesi gereğince de kişisel veriler, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli; aynı zamanda işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak elde edilmelidir. Belirli bir konu ve amaç belirtilmeksizin kişinin her türlü veri işleme faaliyetine rıza gösterdiğine ilişkin "şemsiye rıza" veya "battaniye rıza" denilen sınırlandırılmamış, ucu açık, geleceğe yönelik çok kapsayıcı ve genel nitelikte rızalara, belirlilik unsurunu karşılamayacağı için geçerlilik tanımak mümkün görünmemektedir⁶⁸. Örneğin, "kişisel verilerimin işlenmesine rıza gösteriyorum", "ve diğer tüm amaçlarla" ya da "ileride ortaya çıkacak diğer amaçlarla" veya "kanunda öngörülen veya veri sorumlusunun faaliyetleri gereği ortaya çıkacak diğer tüm amaçlarla", "kullanıcı deneyimini geliştirme amacıyla" şeklinde muğlak, açık uçlu ve genel beyanlar alınması, KVKK'daki açık rıza kapsamında belirli bir konuya ilişkin verilmiş rıza olarak kabul edilemeyecektir⁶⁹. Bu husus aynı zamanda TMK 23. maddesine aykırılık da oluşturabilecektir.

Verilen rızanın geçerli olabilmesi için hangi verilerin hangi amaçlarla işleneceğinin rıza alınmadan önce belirlenmiş olması gerekmektedir. Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü de kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğinin sürecin başında belirlenmesini gerektirmektedir. Nitekim KVKK'nın veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin 10. maddesinde, kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişinin, ilgili kişilere; kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı konularında bilgi vermesi gereğinden söz edilmektedir. Verilerin elde edilmesi sırasında bu konularda bilgilendirme yapılabilmesi için kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağına bu aşamadan önce belirlenmiş olması gerekmektedir.

Birden çok veri kategorisini ilgilendiren verilerin aynı anda işlenmesi gerekiyorsa veya farklı veri işleme amaçları için tek bir rıza beyanı alınmak isteniyorsa, ilgili kişinin, hangi verilerin hangi amaçlarla işleneceği konusunda bilgilendirilmiş olması ve böylece veri işleme

68 HİZARCI, s. 19. ATASOY, s. 288. OĞUZ, s. 41. WP 29, Opinion 15/2011 on The Definition of Consents, 2011, s. 17.

69 YÜCEDAĞ, s. 776. TURHAN, s. 105. ERDİNÇ, s. 22. ÖZTÜRK/ÇALIŞKAN ALTINOK, s. 293. KORKMAZ, İbrahim; "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme", **TBB Dergisi**, Sayı: 124, Nisan 2016, s. 108. TÜRKMEN, s. 112. ÇEKİN, s. 636. ANI, s. 138. EDPB, Rehber, 05/2020, s. 14.

sürecinin ilgili kişi tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir⁷⁰. Bu ise yukarıda belirttiğimiz gibi ancak veri işleme amaçlarının ve konularının veri işlemeye başlamadan önce belirlenmesi ile mümkündür. Başlangıçta belirlenen ve rıza beyanı alınırken ilgili kişiye bildirilen veri işleme amacı ve kapsamı ilerleyen aşamalarda değiştiyse veya başlangıçta belirtilenden daha fazla amaç için veri işlenmesi gerekiyorsa ve veri sorumlusunun veri işlemek için dayanabileceği daha geçerli bir hukuki nedeni yoksa ilgili kişi bu konuda bilgilendirilip yeniden rızası alınmak zorundadır⁷¹.

B. Bilgilendirmeye Dayanma

Açık rızanın bir diğer unsuru, ilgili kişinin, veri sorumlusu tarafından rıza talebinde bulunulmadan önce veri işleme faaliyetinin amacı ve kapsamı hakkında bilgilendirilmesi gereğidir. Açık rıza, bir irade beyanı olup, kişinin özgür bir şekilde rıza gösterdiğinden söz edilebilmesi için, neye rıza gösterdiğini ve neyi kabul ettiğini bilerek bir tercihte bulunması gerekmektedir⁷². Bu şekilde ilgili kişiler rızalarının kapsamı hakkında da bilgi sahibi olmakta ve bilinçli bir şekilde rıza vermeleri sağlanmaktadır.

Görüldüğü gibi tüm unsurlar birbirleriyle bağlantılıdır. Amaç ve konunun belirli olmaması halinde hem bilgilendirme unsuru eksik kalmış olacak, hem de özellikle eksik bilgilendirme yapılması halinde ilgili kişinin iradesi fesada uğratılmış olacaktır ki bu da rızanın özgür irade ile verilmesi unsurunu işlevsiz kılacaktır. Belirli bir konuya ilişkin olmayan ve yeterince bilgilendirmeye dayanmayan bir rıza açıklamasının, ilgili kişinin özgür iradesini yansıtmayacağı açıktır.

Bu kapsamda, ilgili kişi, veri sorumlularınca, somut olarak hangi kişisel verilerinin, kim tarafından, hangi kapsamda, hangi amaçla, hangi yöntemlerle işleneceği ve kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin vereceği rızanın sonuçları ile rıza vermemesinin sonuçları hakkında yeterince bilgilendirilmelidir⁷³. Böylece ilgili kişi rıza vermemesinin aleyhine bir

70 ÖZTÜRK/ÇALIŞKAN ALTINOK, s. 293. İMAMOĞLU, s. 17. AVCI BRAUN, s. 23.

71 İMAMOĞLU, s. 17. DÜLGER, s. 24. ÖZTÜRK/ÇALIŞKAN ALTINOK, 2018, s. 293. ERDİNÇ, s. 22. AKSOY, s. 289. EDPB, Rehber, 05/2020, s.14. Handbook, 2018, s. 147. WP 29, Opinion 15/2011 on The Definition of Consents, 2011, s. 18.

72 ÖZTÜRK/ÇALIŞKAN ALTINOK, s. 294. DÜLGER, s. 24. HOUSER, Kimberly A., VOSS, W. Gregory, "GDPR: The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?", Temmuz 2018, SSRN Electronic Journal, s. 53, <https://ssrn.com/abstract=3212210>, E.T. 09.02.2021.

73 POLATER, s. 10. AVCI BRAUN, s. 25. KILIÇ, Kerim, **Kişisel Verilerin Korunması ve**



sonuca yol açıp açmayacağı konusunda bilgi sahibi olacak ve ona göre tercihini belirleyecektir.

Bilgilendirmenin kapsamı tespit edilirken aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen KVKK'nın 10 ve 11. maddeleri göz önünde tutulmalıdır⁷⁴. Bu bağlamda KVKK'nın 10. maddesi gereğince bir bilgilendirme içeriğinde, veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilmesi, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile ilgili kişinin 11. maddede sayılan haklarına ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi belirli bir konuya ilişkin olma unsuru ile bilgilendirmeye dayanma unsuru birbirleriyle bağlantılı unsurlardır. İlgili kişinin bilgilendirilmesi için veri işleme amacının ve konusunun veri işlemeye başlamadan önceki aşamada belirlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca ilgili kişi verdiği açık rızayı geri alıp alamayacağı ve alabileceği hangi şartlarda ve hangi yöntemle bunu gerçekleştirebileceği konusunda da bilgilendirilmelidir.

Bilgilendirme açık, diğer konulardan ayırt edilebilir ve kolayca erişilebilecek bir biçimde ilgili kişiye sunulmalıdır. Anlaşılması zor ve uzun olan gizlilik politikaları ve hukuki terimlerden oluşan metinler bu gerekliliği sağlamaktan uzak olacaktır. Örneğin, veri sorumlusunun hedef kitlesi çocuklar ise bilgilendirme çocukların anlayabileceği basitlikte yapılmalıdır⁷⁵.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nca yayınlanan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁷⁶'de, kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu gereklilik kişinin açık rıza beyanında bulunurken neyi kabul ettiği hususunda bir farkındalık ve bilinç oluşturmasını sağlayacaktır.

Veri sorumlusunun ilgili kişiye, KVKK'nın 10. ve 11. maddelerinde sayılan hususlara ilişkin bilgileri, İnternet sitesinde bulabileceğine

6698 Sayılı Kanun, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2016, s. 33. ÖZTÜRK/ALTINOK ÇALIŞKAN, s. 294. DÜLGER, s. 25. KORKMAZ, s. 108. Handbook, 2018, s. 146.

74 POLATER, s. 10. AVCI BRAUN, s. 25.

75 EDPB, Rehber, 05/2020, s. 16.

76 R.G. Tarih: 10.03.2018, Sayı: 30356.

ilişkin bir açıklama yapması, bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirildiğini kabul etmeye yeterli olmayacak ve bu yetersiz bilgilendirmeye dayalı olarak verilen rıza da geçerli olmayacaktır⁷⁷. Başka bir ifade ile bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesinin hukuki yaptırımını verilen rızanın geçersizliği sonucunu doğurmasıdır⁷⁸.

Bilgilendirmenin, aynı zamanda açık rızanın kapsamını sınırlandırmaya yönelik olduğu da ifade edilebilecektir. Çünkü bilgilendirme yapılmayan bir konuda, bilgilendirme yapılan başka bir konu için alınan rıza beyanı kullanılamayacaktır. Veri işleme konusu değişmişse yeniden bilgilendirme yapıp o konuya yönelik ilgili kişinin rızası alındıktan sonra veriler işlenebilecektir.

Bilgilendirilmeye dayanan rıza, özellikle dijital ortamda çoğu zaman bir seçim olmaktan çıkarak bir angaryaya dönüşmekte, kişiler sağdan soldan önlerine gelen bilgilendirme pencerelerini kapatmak ve asıl sitede gezinmeye devam edebilmek için bilgilendirme metinlerini hiç okumadan kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterdiklerine ilişkin “kabul ediyorum” butonunu işaretlemektedirler. Bu türden durumlarda ilgili kişi yönünden bildirim ve seçim aynı şeyleri ifade etmektedir⁷⁹. Bu durum rızanın gerçekten bilgilendirmeye dayandığı veya özgür irade ile verilip verilmediği noktasında zihinlerde soru işaretleri oluşmasına neden olmaktadır⁸⁰.

C. Özgür İradeyle Açıklanmış Olma

Açık rıza hukuka uygunluk nedeninin en önemli unsuru rızanın ilgili kişinin özgür iradesinin ürünü olması gerektiğidir. Rızanın özgür iradeyle açıklanmış olması, kişinin rıza verip vermeme konusunda hiçbir etki altında kalmadan kendi kararını kendisinin vermesi ve bunu başkalarına açıklama özgürlüğüne sahip olması ile hangi hususlara ilişkin rıza verdiğinin bilincinde olarak irade beyanını açıklaması gerektiği anlamına gelmektedir⁸¹.

77 AVCI BRAUN, s. 25. DEVELİOĞLU, s. 56. AVCI, s. 61. DETERMANN, s. 87.

78 Bkz. aynı yönde, EDPB, Rehber, 05/2020, s. 15.

79 YÜCEDAĞ, s. 774. SOLOVE, Daniel, J.; “Privacy Self-Management and The Consent Dilemma”, *Harvard Law Review*, Cilt: 126, 2013, s. 1884. Aynı yönde, RUBINSTAIN, Ira S. “Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?”, *International Data Privacy Law*, Cilt: 3, Sayı:2, 2013, s. 75, <https://academic.oup.com/idpl/article/3/2/74/709082>, E.T. 29.02.2021.

80 Bkz. aynı yönde, WP 29, Opinion 15/2011 on The Definition of Consents, 2011, s. 3.

81 DÜLGER, s. 25, 27. YÜCEDAĞ, s. 774. KORKMAZ, s. 107.



Açık rızanın özgür irade ile verildiğinden bahsedebilmek için ilgili kişiye kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterip göstermeme konusunda gerçekten bir tercih imkanı verilmesi gerekmektedir. Eğer ilgili kişi, bir şekilde rıza göstermeye mecbur bırakılmışsa veya üzerinde bu yönde bir baskı hissederek, olumlu yönde rızasını açıklamışsa bu durumda özgür iradesinin varlığından söz edilemeyecektir⁸².

Özgür irade ile verilmiş bir rızadan bahsedilebilmesi için ilgili kişi, herhangi bir sosyal, ekonomik, psikolojik veya benzeri bir etki altında kalmaksızın kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rıza vermeme veya rızasını geri alma konusunda gerçek bir tercihte bulunarak iradesini açıklamış olmalı; rıza vermemesinin aleyhine önemli derecede etki doğurma tehlikesi bulunmamalı; ilgili kişinin iradesi yanılma (TBK m. 30), aldatma (TBK m. 36) veya korkutma (TBK m. 37) gibi nedenlerle bozulmamış olmalı; aynı zamanda ilgili kişi, ayırt etme gücüne ve hukuki olarak gerçek ve özgür bir seçim yapma yeterliliğine sahip olmalıdır⁸³.

Bu noktada rıza vermeme veya verdiği rızayı geri alma hakkının olduğu, yani bu konuda özgür olduğu, en baştan ilgili kişiye bildirilmelidir (GDPR m. 7/3, Recital 42). Eğer kişinin rıza vermemesinin doğuracağı sakıncalar, onun özgür bir şekilde tercihte bulunmasını engelleyecek nitelikteyse; yani onun rıza vermemesi aleyhine bir sonuç doğuracaksa, burada özgür iradeyle verilmiş bir rızadan söz edilemeyecektir. Örneğin, veri sorumlusu işverenle istihdam ilişkisi içinde bulunan işçi, kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermemesi durumunda, işvereni tarafından daha kötü şartlarda çalıştırılacağı veya işten çıkartılacağı endişesi taşıyorsa, burada özgür iradeyle verilmiş bir rızanın varlığından söz etmek çok da mümkün olmayacaktır⁸⁴.

D. Açık Bir İrade Beyanı ile Verilmiş Olma

Açık rızanın bir diğer unsuru açık bir irade beyanı ile verilmesi gerektiğidir. Bu kapsamda açık rıza verildiğinden söz edebilmek için, ilgili kişinin bu konudaki olumlu iradesini dış dünyaya yansıtan davranış ya da beyanının, onun rıza gösterme niyetini hiçbir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta, anlaşılır ve kesin bir nitelikte söz, yazı veya işaretlerle açığa vurması gerekmektedir⁸⁵. Örneğin, ilgili kişinin

82 EDPB, Rehber, 05/2020, s. 7.

83 POLATER, s. 11, 12. DÜLGER, s. 25. AYÖZGER, s. 126. İMAMOĞLU, s. 18. ERDİNÇ, s. 22. AVCI, s. 61. ATASOY, s. 287. ÇEKİN, s. 59. DEVELİOĞLU, s. 56. Handbook, 2018, s. 143.

84 AVCI BRAUN, s. 21.

85 AVCI BRAUN, s. 27. GÜRSES, s. 36. KORKMAZ, s. 106. POLATER, s. 11. Ayrıca bkz. GDPR, Recital 32.

İnternet tarayıcısının kendisi hakkında kişisel verilerin toplanmasına imkan veren varsayılan ayarlarını değiştirmemesi, kişisel verilerinin işlenmesine yönelik zımni bir rızası olduğu ileri sürülerek veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğunun kabulünü gerektirmeyecektir⁸⁶. Çünkü ilgili kişinin gerçek iradesinin bu yönde olduğu kesin olarak söylenemeyecektir. İlgili kişi kişisel verilerinin işlenmemesi için tarayıcısının varsayılan ayarlarını değiştirmesi gerektiğini bilmiyor olabilir. Bu konuda kendisine bilgilendirme yapılmasına rağmen ayarları değiştirmeden İnternet tarayıcısını kullanmaya devam ediyorsa ancak o zaman ilgili kişinin kişisel verilerinin toplanmasına ve işlenmesine gerçekten rızasının olduğu söylenebilecektir.

Örtülü irade beyanları, kişilik haklarının ihlalinde hukuka uygunluk nedeni olan genel rıza açıklamaları için yeterli sayılabilirse de kişisel verilerin işlenmesi için gerekli olan açık rıza, mutlaka rızanın verildiğinde tereddüt oluşturmayacak açıklıkta ve kesinlikte aktif bir davranış veya beyanla verilmesi halinde geçerli olacaktır⁸⁷. Kişisel veri işleme faaliyetlerinde, KVKK özel kanun olduğu ve bir takım kendine özgü veri işleme ilke ve şartları getirdiği için artık genel kanun olan TMK veya TBK'daki rıza hukuka uygunluk nedeni değil, açık rıza hukuka uygunluk nedenine göre hukuka uygunluk değerlendirmesi yapmak gerekecektir. Bu kapsamda, ilgili kişiden TMK veya TBK'daki şartlara uygun bir rıza beyanı almak veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirmek için yeterli olmayacaktır.

SONUÇ

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenebilmesi için KVKK'nın 5 ve 6. maddelerinde öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Açık rıza KVKK'nın 5 ve 6. maddelerinde hem genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde hem de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getiren nedenlerden birisi olarak düzenlenmiştir.

Rıza beyanında bulunmanın, hukuki niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukuki işlem olduğu kabul edilmektedir. Genel hukuka uygunluk nedeni olan rıza, ilgili kişinin açık bir irade beyanıyla verilebileceği gibi davranışlara dayalı örtülü bir irade beyanıyla da verilebilecektir. Kişisel verilerin işlenmesinde bir hukuka uygunluk nedeni olan açık

86 POLATER, s. 11. Aynı yönde, KOCABAŞ, s. 108.

87 Aynı yönde, L. DETERMANN, 2020, s. 98.



rıza ise genel ve örtülü bir irade açıklamasıyla değil, ancak KVKK'da öngörülen unsurları taşıyan nitelikli bir rıza açıklamasıyla verilmelidir. Aksi halde geçerli bir rıza açıklamasından söz edilemeyecektir.

Açık rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi ve geçerli olabilmesi için belirli bir konuya ilişkin olma, bilgilendirmeye dayanma, özgür iradeyle açıklanmış olma, herhangi bir tereddüde yol açmayacak açıklıkta bir irade beyanı ile verilmiş olma unsurlarının tamamını bir arada taşıması gerekmektedir.

95/46 Sayılı Direktifin genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde aradığı manada rıza, genel ve niteliksiz bir rıza beyanı değil zaten KVKK'nın 3/1-a maddesinde nitelikleri belirtilen açık rızadır. GDPR'da da KVKK anlamında açık rızanın düzenlendiğini ve genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde de arananın açık rıza olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü GDPR'ın rıza tanımı, KVKK'da yapılan açık rıza tanımının unsurlarını fazlasıyla içerisinde barındırmaktadır. Sonuç olarak hem 95/46 Sayılı Direktifteki hem de GDPR'daki rıza tanımlarıyla KVKK'da yapılan açık rıza tanımının birbirlerine benzediği ve aralarında kavramsal bir farklılık olmadığı ifade edilebilecektir.

KAYNAKLAR

ANI, Nevzat Ali, **Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2018.

ANTALYA, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

AŞIKOĞLU, Şehriban İpek, **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri**, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Kasım 2018, İstanbul.

ATASOY, Kemal, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2016.

AVCI, Yasemin, **Kişisel Verilerin Korunması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2019.

AVCI BRAUN, Cihan, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018.

AYÖZGER, A. Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

BAŞARA, Gamze Turan, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Eylül 2018, Ankara.

ÇEKİN, Mesut Serdar, **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2018.

DETERMANN, Lothar; **Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu – Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uyumu**, Çeviri: Av. Hilal Temel, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2020.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2017.

DÜLGER, Murat Volkan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Hukuk Akademisi Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2019.

ERDİNÇ, Göksu Hazar, **Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017.



EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 21. Bası, Ankara 2017.

GÜRSES, Bekir, **AB ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması-Mevzuat Uyumuna Yönelik Bir Değerlendirme**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.

HİZARCI, Emine, **6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.

HOUSER, Kimberly A., VOSS, W. Gregory, "GDPR: The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?", Temmuz 2018, SSRN Electronic Journal, <https://ssrn.com/abstract=3212210>, E.T. 09.02.2021.

İŞGÜZAR, Hasan, "3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", **Ankara Barosu Dergisi**, 1990/6.

İMAMOĞLU, Deniz Alp, "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Uyarınca Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları", 2017, https://www.academia.edu/36628413/6698_SAYILI_K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_KORUNMASI_KANUNU_UYARINCA_%C3%96ZEL_N%C4%B0TEL%C4%B0KL%C4%B0_K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_%C4%B0%C5%9ELENME_%C5%9EARTLARI, E.T. 20.01.2021.

İNAN, Ali Naim, YÜCEL, Özge, **İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

KAYA, Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", **İÜHFİM**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011.

KILIÇ, Kerim, **Kişisel Verilerin Korunması ve 6698 Sayılı Kanun**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2016.

KOCABAŞ, Gediz, "KVKK'da Yer Alan Kurum ve Kavramların TMK ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi", **Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Editörler: Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-I, 17 Nisan 2019, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2020.

KORKMAZ, İbrahim; “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, **TBB Dergisi**, Sayı: 124, Nisan 2016.

KÜZECİ, Elif, “Kişisel Verilerin İşlenme Şartları: Örnekler Üzerinden Bir İnceleme”, **Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Editörler: Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-I, 17 Nisan 2019, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2020.

OĞUZ, Sefer; “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, **Beyder**, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2018.

OKTAY, Gonca, **Kişilik Haklarının Korunması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya 2011.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2009.

ÖZTÜRK, Bahri, ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018.

PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2017.

POLAT, Alperen, **Sorumluluk Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

POLATER, Salih, “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 7.

REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 25. Bası, İstanbul 2014.

von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1983.

RUBINSTAIN, Ira S. “Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?”, **International Data Privacy Law**, Cilt: 3, Sayı:2, 2013, s. 75, <https://academic.oup.com/idpl/article/3/2/74/709082>, E.T. 29.02.2021.

SELEK, Ozan, “Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 2, Yıl: 2019.



SOLOVE, Daniel, J.; "Privacy Self-Management and The Consent Dilemma", **Harvard Law Review**, Cilt: 126, 2013.

ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TERCİER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

TURAN, Metin, **Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

TURHAN, Ayşe Melek, **Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2018.

TÜRKMEN, Sevgi, **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.

YILDIZ, Ozan Ali, "Mektup, Hatıra ve Benzeri Yazıların Kişilik Hakkı Kapsamında Korunması", **MÜHF-HAD**, Cilt: 25, Sayı: 1, Haziran 2019.

YILMAZ, Berrak, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2019.

YILMAZ, Sabire Sanem, **Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

YÜCEDAĞ, Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", **İÜHFİM**, Cilt: LXXV, Sayı: 2, Yıl: 2017.

ZORLU, Süheyla, **İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2010.



HAKARET SUÇU VE AİHM KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

(Defamation and Case Law of the European Court of Human Rights on the Limitations of the Freedom of Expression)

Dr. Recep DOĞAN¹

ÖZ

Bu makalede, bireyin manevi varlığını, saygınlığını, şeref ve itibarını hedeflediği ve bu değerlere zarar verdiği için, genel tahkir suçu olarak kabul edilen ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 125 ve devamı maddelerinde şerefe karşı suçlar başlığı altında düzenlenen hakaret suçu ele alınıp tartışılacaktır. Hakaret suçunun hukuki konusu, suçun maddi ve manevi unsuru, suçun fail ve mağdurunun kimler olabileceği, suçun farklı işleniş biçimleri incelenecektir. Ardından, hakaret suçuna ilişkin hükümlerin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin Türkiye'deki mevcut durumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)² ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin 10/2 maddesiyle uyumlu olup olmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) temel içtihatları ve Türkiye aleyhine verdiği kararlar ışığında incelenip açıklanacaktır. Mevcut durumun AİHM içtihatlarıyla uyumlu hale getirilmesi için yapılması gereken düzenlemeler hakkında bazı değerlendirme ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hakaret suçu, suçun unsurları, AİHM içtihatları, ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırları.

1 LL.M., PhD, Keele University UK, recepdogan06@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7739-3071.

2 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme'nin Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)" şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)" şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın yanlış olduğu düşüncesi paylaşılma beraber, söz konusu terimlerin yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.



ABSTRACT

This article discusses the concept of defamation prescribed by the Article 125 of the Turkish Penal Code (5237), and different interpretations and practices concerning the Turkish concept of defamation with a reference to relevant case law of the European Court of Human Rights on the limitations of the freedom of expression. In this context, the article clarifies the components and scope of the Turkish defamation law, the perpetrator, victim and different types of defamation. Then, it explains whether the Turkish courts' interpretations of relevant provisions concerning defamation are compatible with the ECHR's case law on the limitations of freedom of expression in the light of key cases and specific judgements given against Turkey.

Keywords: Defamation, the scope of Turkish defamation law, the ECHR's case law on defamation, freedom of expression, the limitations of the freedom of expression.

GİRİŞ

Bir kimsenin şeref, haysiyet ve toplum içindeki itibarı kişilik haklarının bir parçası olup bu kişilik haklarına yönelik saldırıların gerek özel hukuka ilişkin yaptırımlar gerekse cezai yaptırımlarla önlenmesi esası benimsenmiştir. Bu nedenle hakaret suçu genel olarak ceza kanunlarında şerefe karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.³ Her ne kadar son zamanlarda hakaret suçu bağlamında bireylerin manevi varlığına, şeref ve itibarına üçüncü kişilerce yapılacak müdahalelerin mutlaka ceza soruşturması ve kovuşturmasıyla önlenmesinin gerekli olmadığı, bu müdahalelere karşı bireyin hukuk muhakemesi ve tazminat yoluyla korunmasının mümkün olduğu belirtilmekte ise de, hakaret suçu ve bu suçun mağdurun sıfatından veya ihlal edilen menfaatin ayırksı niteliğinden kaynaklanan özel görünüm biçimleri birçok ülkenin ceza kanununda varlığını sürdürmektedir.

3 ARTUK M.Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M.Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 332; BAYRAKTAR Köksal/KİZİROĞLU Serap Keskin/YILDIZ Ali Kemal/ZAFER Hamide/RETORNAZ Eylem Aksoy/ AKYÜREK Güçlü/EVİK Ali Hakan/SINAR Hasan/ALTUNÇ Sinan/İNCEOĞLU Asuman Aytekin/ERMAN Barış/ ERMAN Fulya Eroğlu, **Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.426; ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.454; SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 10.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s.300; YURTCAN Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları**, 2.Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:286, Ankara, 2015, s.7.

Önceleri toplumun sadece ayrıcalıklı sınıflarının ya da soylu üyelerinin saygınlıkları ceza hukuku tarafından korunurken, Fransız Devrimi sonrasında toplumdaki herkesin bir saygınlığı olduğu kabul edilmiş ve herkesin toplum içindeki saygınlığının ceza yaptırımı ile korunması sağlanmıştır.⁴ Bu bağlamda, hakaret fiilinin başkalarının itibarının ve haklarının korunması amacıyla yaptırma tabi tutulması, demokratik bir toplumun temel özelliklerinden birini oluşturan ifade özgürlüğüne getirilebilecek meşru sınırlamalardan biri olarak kabul edilmektedir. Nitekim AİHS'nin 10/2 maddesi de başkalarının itibar ve haklarının korunması amacıyla ve demokratik bir toplumun gerekleri ile orantılı olmak koşuluyla, ifade özgürlüğünün kanunla bazı yaptırımlara ve sınırlamalara tabi tutulabileceğini belirtmektedir. Hakaret suçu söz konusu olduğunda, AİHM hakaretin herhangi bir tanımını yapmamakta, bunu taraf devletlere bırakmaktadır. Ancak AİHM uygulamasında, hakaret, bir haksız fiil ve şahsiyet haklarının ihlali "*civil wrong (a tort or delict)*" olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, hakaretin bir kimsenin kamuoyu veya toplumu oluşturan ortalama insanlar nezdindeki itibarının yalan veya gerçek dışı açıklamalar ile zedelenmesinden ve küçük düşürülmesinden ibaret olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla hakaretin özünü, bir kimsenin başkaları nezdindeki itibarının zedelenmesi, küçük düşürülmesi oluşturmaktadır.⁵

Bu nedenle bu makalede, bireyin manevi varlığını, saygınlığını, şeref ve itibarını hedeflediği ve bu değerlere zarar verdiği için, genel tahkir suçları olarak kabul edilen ve TCK'da şerefe karşı suçlar başlığı altında düzenlenen hakaret suçu ele alınıp tartışılacaktır.⁶ Bu bağlamda, hakaret suçunun hukuki konusu, suçun maddi ve manevi unsuru, suçun fail ve mağdurunun kimler olabileceği, suçun farklı işleniş biçimleri incelenecektir. Ardından, hakaret suçuna ilişkin hükümlerin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin Türkiye'deki mevcut durumun, AİHS'nin ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin 10/2

4 AYDIN Devrim, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt.19, S.2, İstanbul, 2013, s.879-918, s.880; HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 233.

5 COUNCIL OF EUROPE, **Freedom of Expression and Defamation**. A study of the case law of the European Court of Human Rights, Tarlach McGonagle, Marie McGonagle, Ronan Q Fathaigh, Edited by Onur Andreotti, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2016, s.14. Ayrıca bkz. Reznik v. Russia (Application no. 4977/05) 4 April 2013; Salumäki v. Finland (Application no.23605/09), 29 April 2014.

6 TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş, Ankara, 2018, s. 106.

maddesiyle uyumlu olup olmadığı AİHM'nin temel içtihatları ve Türkiye aleyhine verdiği kararlar ışığında incelenip açıklanacaktır.

Tüm tartışmalar suçun basit hali üzerinden yapılacak, suçun nitelikli halleri, cezayı azaltan ve kaldıran kişisel nedenler daha geniş ve esaslı bir tartışmayı gerektirdiğinden, bu makale kapsamında ele alınmayacaktır. Yine hakaret suçunun özel halleri olan özel tahkir suçları, “Cumhurbaşkanı'na hakaret” (TCK m. 299), “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama” (TCK m. 300), “Türk milletini, cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama” (TCK m. 301) ve “Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret” (TCK m. 341) suçları bu makalenin kapsamının dışındadır. Bununla beraber, AİHM kararlarına konu olması sebebiyle 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun hakarete dair bazı hükümlerine kısmen değinilecektir. Yine, bu makalenin konusuna uygun olarak hakaret suçunun uygulama alanında söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden düşünceyi açıklama, haber verme ve eleştiri hakkının içeriği ve kapsamı AİHM kararlarında ifade özgürlüğünün sınırları bağlamında ele alınıp incelenecek, diğer hukuka uygunluk nedenleri hakkında bir değerlendirme yapılmayacaktır.

I. HAKARET SUÇU

A. Suçun Hukuki Konusu

Hakaret teşkil eden fiil ile bir insanın kendisine yönelik beslediği iyi duygu (sübjektif-iç şeref) ve diğer kişilerin o insana verdiği değer ve saygı (objektif-dış şeref) zedelenebileceğinden, hakaret suçunda suçun hukuki konusunu, kişinin toplum içinde ve başka kişiler nezdindeki saygınlığı ile bizzat kişinin kendisine verdiği saygı ve değer oluşturmaktadır. Yani hakaret suçu ile korunan hukuki varlık veya menfaat, bireyin gerek kişisel, gerekse toplum içindeki şerefi, saygınlığı ve itibarıdır.⁷ İnsan toplumsal bir varlık olduğuna göre, hakaretin ceza

7 ARISOY Mine, “Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.72, Ankara, 2007, s.152-205, s.155; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN /ÇAKIR, s.333; AYDIN, s.881-882; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.426-427; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.236; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.458; TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 104-105; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.428; KÖKEN Enes, “Şerefe Karşı Suçlar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.6, Ankara, 2015, s.281-309, s.285; ÖZEN, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.400; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s.586-587; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza*

yaptırımına bağlanması ile aslında, bir kimsenin kamuoyu veya toplumu oluşturan ortalama insanlar nezdindeki itibarının, yalan veya gerçek dışı açıklamalar ile zedelenmesinin ve küçük düşürülmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hakaret suçu ile ihlal edilen şerefın kendisi değil bir kimsenin kendi sosyal değeri hakkındaki duygusu ve bireyin toplum nezdinde sahip olduğu itibardır.⁸

B. Fail

Hakaret suçuna ilişkin TCK'nın 125. maddesinde "bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran *kişi*" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla suçun failinin herhangi bir gerçek kişi olması mümkündür. Failin ayrıca isnat yeteneğine sahip olmasına gerek olmayıp akıl hastalarının ve çocukların da bu suçun faili olması mümkündür.⁹ 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 251.maddesinde failin kamu görevlisi olması hali ayrıca ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş iken 5237 sayılı TCK'da fail yönünden böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Tüzel kişilerin hakaret suçunun faili olup olmayacağı konusunda, TCK'nın 20/2 maddesinin tüzel kişiler için sadece kanunda belirtilen güvenlik tedbirinin uygulanacağını öngörmesi ve hakaret suçu kapsamında TCK'nın 125 ve devamı maddelerinde güvenlik tedbiri konusunda açık bir düzenleme olmaması karşısında, tüzel kişilerin hakaret suçunun faili olamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir tüzel kişiliği temsil ve idare yetkisi bulunan kişilerin işledikleri hakaret suçundan dolayı tüzel kişiliğın değil bu fiilleri işleyen gerçek kişilerin sorumlu olacağı belirtilmektedir.¹⁰

Hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde kimlerin sorumlu olacağı ise 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, süreli ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan kural olarak eser sahibi sorumludur. Eser sahibi, eser yazı ise yazan, eser resim veya karikatür ise çizen, kolaj veya fotomontaj ise hazırlayan kimsedir. Yine eğer bir röportaj veya basına verilen demeç, aynen olduğu gibi yayınlansa bile, bu beyanı verenin yanında, haberi yapan kimse de eser

Kanunu, 3. Cilt, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.4113-4114; YENİDÜNYA Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.68, Ankara, 2007, s.43-93, s.45.

8 TOROSLU, *Özel Kısım*, s.105.

9 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.236; ÖZEN, s.402.

10 ARISOY, s.155; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.340; AYDIN, s.882; BAYRAKTAR/KIZIROĞLU vd., s.427; KOCA /ÜZÜLMEZ, s.428; KÖKEN, s.287; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.458; ÖZEN, s.401; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.588; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4114; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.45.

sahibi olarak sorumludur.¹¹ Süreli eserin sahibinin belli olmaması veya kanunda belirtilen haller sebebiyle eser sahibinin sorumlu tutulamaması durumunda, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olabilmektedir. Ancak süreli yayının sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda ise eser sahibinin belli olmaması veya kanunda belirtilen haller sebebiyle eser sahibinin sorumlu tutulamaması durumunda yayımcı; yayıncının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olmaktadır. Fakat tüm bu hallerde, yayımcı ve basımcı ancak gerçek kişi ise eser sahibinin işlediği fiilden sorumlu olacaktır. Basımcı veya yayıncının tüzel kişi olması halinde ise cezai sorumluluk doğmayacaktır. Söz konusu maddenin başkasının fiilinden sorumluluk halinin düzenlemiş olması sebebiyle Anayasa’nın 38.maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı olduğu görülmektedir.¹²

C. Mağdur

TCK’nın 125. maddesinde *bir kimseye* onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilmesinden veya bu kişiye sövgü içeren ibareler yöneltilmesinden bahsedildiğine göre, her şeyden önce hakaret suçunun mağdurunun yaşayan bir gerçek kişi olması gerekir. Dolayısıyla ölümler hakaret suçunun mağduru olamazlar.¹³ Çünkü ölümler kişilik son bulur. Ölmüş kimselere yönelik hakaret ancak TCK’nın 130/1 maddesinde belirtilen “kişinin hatırasına hakaret” suçuna vücut verir. Bu kuralın tek istisnası, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun’un 1. maddesinde yer almakta olup buna göre “Atatürk’ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Dolayısıyla Atatürk’ün hatırasına yönelik hakaret fiilleri TCK’nın 125

11 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4115.

12 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.341; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd. s.429; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.429; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.459; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.588; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4116.

13 ARISOY, s.159; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.341; AYDIN, s.884; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.430; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.429; KÖKEN, s.288; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.589-590; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4119; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.47. Karşı görüş için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.461.

ve 130/1 maddeleri kapsamında değil, 5816 sayılı Kanun kapsamında cezalandırıldığından başlı başına ayrı bir hakaret suçunu oluşturur.

Bireyin kendisine saygısını yitirmiş olması veya açıkça hakaret içeren sözlerin üzerinde bir etki yaratmaması halinde dahi, hakaret suçu oluşur ve bu kişiler de suçun mağduru olabilirler.¹⁴ Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere, hakaret suçunun hukuki konusu, bizzat kişinin kendisine verdiği değerden ibaret değildir. Kişinin toplum içinde ve başka kişiler nezdindeki saygınlığı da suçun hukuki konusunu oluşturur. Dolayısıyla kendisine saygısını yitirmiş, kendisini önemsiz ya da değersiz gören kişilerin de toplum içindeki saygınlığının korunması gerekir. Ancak, hakaret suçu takibi şikâyete bağlı bir suç olduğundan (TCK m.131), şikâyetin bulunmaması halinde ceza soruşturması ve kovuşturması başlatılamayacaktır.

İsnat yeteneği olmayan ya da hakaret suçuna vücut veren fiillerin içeriğini anlayamayacak durumda bulunan akıl hastaları ve küçükler de suçun mağduru olabilirler. Bu kişilerin isnat yeteneğinin olmaması veya temyiz kudretlerinin bulunmaması, kişilik ve itibarlarının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı anlamına gelmez. Bu itibarla, şeref duygusundan yoksun veya atfedilen sözleri algılama ve bu sözlerden etkilenme durumunda olmayan akıl hastalarının ve küçüklerin de yaşadığı ortamda bir saygınlığının olduğunun kabulü ve saygınlığı ihlal eden fiillerin cezalandırılması gerekir. Bununla beraber hakaret suçları genel olarak tehlike suçu olarak kabul edildiğinden, yani bu suçların tamamlanması için ilgilinin şeref ve itibarının gerçekten de zarar görmesi gerekmediğinden, mağdurun küçük veya akıl hastası olması hali hakaret fiilinin suç sayılmasına engel değildir.¹⁵ Bu kişilerin mağdur olduğu hakaret suçlarında şikâyet hakkı, kanuni temsilcileri aracılığıyla kullanılır. Ancak kendi görüşlerini serbestçe ifade etme olgunluğuna erişmiş olan mümeyyiz küçüklerin, kanuni temsilcilerinden bağımsız olarak kendilerine karşı işlenen hakaret suçlarında şikâyet hakkını bizzat kullanabilecekleri düşüncesindeyiz. Nitekim Hafizoğulları ve Özen'e göre de, küçükler şikâyet haklarını kanuni temsilcisine rağmen kullanabilir, ancak veli veya vasinin rızası olmadan şikâyetini geri alamazlar.¹⁶

14 BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.431; ÖZEN, s.403; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.589; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.47.

15 ARISOY, s.158; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.341; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.430; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.429; ÖZEN, s.403; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.461; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.589; TOROSLU, *Özel Kısım*, s.111; YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4118-4119; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.47.

16 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.257.



Tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olup olmayacağı hususuna gelince, 5237 sayılı TCK bağlamında tüzel kişilerin sadece suçun mahiyetinin izin vermesi halinde örneğin malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun mağduru veya pasif süjesi olabileceği kabul edilmektedir.¹⁷ Bu haller dışında tüzel kişilerin ancak suçtan zarar görmelerinin mümkün olduğu, dolayısıyla tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olamayacakları, zira şeref saygınlık ve itibar kavramlarının gerçek kişilere ait kavramlar olduğu, tüzel kişilerin kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir korunması gereken şeref varlığına sahip olmadığı kabul edilmektedir.¹⁸ Ancak bütün tüzel kişilerin özellikle ticaret şirketlerinin kendilerine özgü bir saygınlığı, itibarı vardır ve bu tüzel kişilere karşı da hakaret suçu işlenebilir.¹⁹ Kanaatimizce, hakaret teşkil eden ve gerçeğe aykırı olan bir fiil ile banka, ya da anonim şirket şeklinde oluşturulmuş tüzel kişiliğin malvarlığında eksilmeye sebep verilmiş ise, bu durumda bu tüzel kişinin hakaret suçunun da mağduru olduğu kabul edilmelidir. Ancak kanundaki düzenlemelere bakıldığında, TCK'nın bir yanda hakaret suçunun kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı işlenmesi durumunda bile (TCK m.125/5) kurulun değil bireylerin mağdur olduğunu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını öngördüğü, diğer yandan da, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılamayı TCK'nın 301. maddesinde suç olarak düzenlediği görülmektedir. Bu durumda, kamu tüzel kişiliğine sahip bu kuruluşların suçun mağduru olduğu kabul edildiğine göre, diğer kamu veya özel hukuk tüzel kişilerinin de hakaret suçunun mağduru olabileceklerinin kabul edilmesi gerekir.²⁰ Bununla beraber, "A Vakfı hırsızdır veya dolandırıcıdır" sözünde olduğu gibi tüzel kişiye yönelik hakaret suçlarında, tüzel kişiliğin hakaret suçunun mağduru olmadığı kabul edilse bile o tüzel kişiliği temsile ve idareye yetkili olan kimselerin doğrudan, tüzel kişilikle irtibatlı olan ve saygınlıkları zedelenen kimselerin de dolaylı mağdur olduğunun kabul edilmesi, dolaylı mağdurlara yönelik eylemler sebebiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.²¹

17 KATOĞLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl.61, Sayı.2, Ankara, 2012, s. 657-693, s.662.

18 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.343; AYDIN, s.887; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.429-430; SOYASLAN, s.306; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.49.

19 TOROSLU, *Özel Kısım*, s.112. Aynı görüş için bkz. BAYRAKTAR/KIZIROĞLU vd., s.432; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.591.

20 Aynı görüş için bkz. AYDIN, s.887.

21 Yargıtay'a göre, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte sözler gerçek kişilere yöneltildiğinde hakaret suçu oluşabilir. Dolayısıyla, herhangi bir gerçek kişi ile arasında

Mağdurun belirlenmesine ilişkin olarak TCK'nun 126. maddesinde "Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır." hükmüne yer vermiştir. "Matufiyet ilkesi"²² adı verilen bu hükme göre, hakaret suçunda mağdurun açıkça belirtilmiş olması gerekli olmayıp mağdurun ferden belirlenebilir olması, ya da başka bir deyişle, hakaret teşkil eden fiilin kime yöneltildiğinin veya atfedildiğinin tespit edilebilir olması yeterlidir. A şirketinin sahibi, B mahallesinin muhtarı, C partisinin genel başkanı gibi ifadelerde, mağdur, ismi zikredilmemiş olsa dahi, belirlenebilir niteliktedir. Kimi durumlarda mağdurun isminin baş harflerinin veya kamuoyunca bilinen işinin, herkesçe bilinen bir sıfat veya lakabının ya da alışkanlıklarının belirtilmesi, mağdurun ferden belli olması ve tespit edilebilmesi için yeterlidir.²³

Kişi toplulukları da hakaret suçunun mağduru olabilirler. Bu durumda suç, topluluğu oluşturan herkese karşı işlenmiş kabul edilir ve her bir birey suçun kavuşturulmasını ayrı ayrı talep edebilir. Kişi topluluklarına yönelik hakaret ile birden fazla kişiyi hedef alan hakareti birbirinden ayırmak gerekir. Birden fazla kişinin aynı anda ve tek bir sözle tahkir edilmesi durumu içtima konusunu ilgilendirir. Ancak, kişi topluluklarını tahkir durumunda mağdur topluluktur ve tek bir hakaret suçu söz konusudur.²⁴ Bu açıdan kişi topluluklarına hakareten söz edebilmek için bu topluluğun ayırt edici, belirli, sınırlı, teşhis edilebilir bir bütünlüğe sahip olması gerekir. Mesela "A Köyü'nün bütün erkekleri hırsızdır" ifadesinde olduğu gibi, mağdur A Köyü'nün tüm erkekleri olup mağdurlar diğer kişi ve kişi gruplarından ayırt edilebilen bir niteliğe, hususiyete sahiptir. Bu durumda mağdur, A Köyü'nün erkeklerinin oluşturduğu topluluktur ve topluluğa karşı tek bir hakaret suçu söz konusudur.²⁵ Bununla beraber, bir gruba mensup tek bir kişiye

aidiyet ilişkisi kurulmadan tüzel kişiye söylenen sözlerin hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (Yargıtay 18. CD'nin 06.02.2017 tarih ve 2017/18978 E., 2017/1193 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr).

22 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.236.

23 ARISOY, s.158; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.342; AYDIN, s.885; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.432; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.430; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.464; TOROSLU, *Özel Kısım*, s.113; YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4117-4118; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.48.

24 BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.432-433; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.431; KÖKEN, s.289; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.590.

25 BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.433.

hakaret edilmesi o grubun tüm üyelerine, topluluğa veya kuruma da hakaret edildiği anlamına gelmez. Örneğin Ankara Barosu'na kayıtlı avukatlardan birine veya Ankara Mimarlar Odası'na kayıtlı bir mimara hakaret, tüm Baro'ya ya da tüm Oda'ya hakaret edildiği anlamına gelmez. Birkaç kişinin hedef alındığı durumlarda, isnadın kime yöneldiği veya atfedildiği belli ise bunlar suçun mağduru sayılır. Aksi durumda hedef alınan kişilerin belirlenmesi mümkün değilse, suçun varlığından söz edilemez.²⁶

Kimi hallerde hakaret fiilinin doğrudan mağduru hedef alması gerekmez. Bir başka deyişle “dolaylı hakaret” adı verilen bazı durumlarda bir kişiyi hedef alan hakaret fiili, atfedilen ya da isnat edilen fiil veya olgunun niteliği gereği o kişi ile irtibatlı bir başka kişi için de dolaylı hakaret sayılır.²⁷ Örneğin bir kadının zina ile itham edilmesi eşi için, bir kuruluşun başkanı için söylenen “dolandırıcıların başı” gibi ifadeler ise o kuruluşun çalışanları için dolaylı hakaret teşkil eder. Ancak Doktrinde ve Yargıtay uygulamasında dolaylı hakaretin varlığı ancak çok yakın akrabalar (üstsoy, altsoy, kardeş ve eş) arasında kabul edilmektedir.²⁸ Dolaylı hakaret hallerinde TCK'nın 43/2 maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanacak olup mağdur sayısı kadar ceza verilmesi mümkün değildir.

Mağdurun kamu görevlisi olması ve görevinden dolayı kendisine karşı hakaret suçu işlenmesi halinde (TCK m.125/3-a) bu durum ağırlaştırıcı sebep sayılmış ve suçun resen takip edileceği hüküm altına alınmıştır (TCK m.131/1).

D. Maddi Unsur

TCK'nın 125/1 maddesinde “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir” hükmü bulunmaktadır.

26 KOCA/ÜZÜLMEZ, s.431; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.460; TOROSLU, *Özel Kısım*, s.113; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4122-4123; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.48.

27 BAYRAKTAR/KIZIROĞLU vd., s.433.

28 ARISOY, s.161; TOROSLU, *Özel Kısım*, s.117; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4120; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.49. Yargıtay 4. CD'nin 12.02.1992 tarih ve 1992/230 E., 1992/882 K. sayılı kararı; Yargıtay 4. CD'nin, 24.09.1988 tarih ve 1988/ 7677 E., 1998/8230 K. sayılı kararı (www.corpus.com.tr).

Dolayısıyla hakaret suçu, seçimlik hareketli bir suç olup mağdurun huzurunda veya yokluğunda mağdurun saygınlığını rencide edecek derecede somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle ya da sövmek suretiyle işlenebilir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak hakaret ve sövme suçu arasındaki ayrım 5237 sayılı TCK'da kaldırılmıştır. Ancak 125. maddedeki bu düzenlemenin ayrımı gerçekten kaldırıp kaldırmadığı tartışmalıdır. Mülga TCK'da yer alan sövme suçunun 5237 sayılı TCK'nun 125.maddesinde düzenlenen hakaret suçunun seçimlik hareketi haline getirildiği, yaptırım bakımından ise her iki seçimlik hareketin aynı şekilde cezalandırıldığı görülmektedir.²⁹ Bununla beraber, hakaret suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden somut bir fiil veya olgu isnadının, diğer seçimlik hareket olan sövmeye göre haksızlık içeriği ve mağdurun saygınlığı üzerindeki olumsuz etkisi daha fazladır. Ancak 5237 sayılı TCK her iki seçimlik hareket için aynı cezayı öngörmüştür, dolayısıyla işlenen hareketin ağırlığına uygun bir ceza tayini bu düzenlemede söz konusu olmamıştır.³⁰

Hakaretin işlenmesi için gerekli olan fiilden maksat insan iradesinin olumlu veya olumsuz biçimde dışarı yansması iken, olgu ise geçmişte gerçekleşmiş veya olmuş olan bir olaydır.³¹ Bununla beraber, “olgu” kelimesinin sözlük anlamının “vakıa” veya “fenomen” olduğu, bu nedenle bir kimseye “fenomen” isnadının mümkün olmadığı, dolayısıyla “olgu” kelimesinin özenle seçilmediği, “olgu” isnadının “muayyen bir olay”, “bir vak’a” veya “hadisenin” yakıştırılması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.³² Mağdurun saygınlığına yönelik bir fiil veya olgu isnat edilmeksizin genel ve soyut nitelikte rencide edici nitelermelerde bulunulması veya huylar ya da sıfatlar atfedilmesi halinde ise sövme söz konusudur.

Somut bir fiil ya da olgunun söz konusu olabilmesi için, aşağılayıcı isnadın yer, zaman, şekil ve kişilere ilişkin genel hatlarının belirtilmesi ve hakaret konusu fiili somutlaştıracak açıklıkta olması yeterli olup,

29 BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.425; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.235, 236; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.432; ÖZEN, s.409; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.462. Bazı yazarlar tarafından TCK'nın 127. maddesinde belirtilen ispat hakkının sadece somut olgu veya fiil isnadını içeren hakaret fiilinde söz konusu olması, sövme suretiyle hakaret halinde bu olanağın bulunmaması sebebiyle, hakaret ve sövme arasındaki ayrımın yeni TCK'da da sürdüğü savunulmaktadır. (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.463; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.335)

30 KOCA/ÜZÜLMEZ, s.432; KÖKEN, s.292; ÖZEN, s.399; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.598.

31 TOROSLU, *Özel Kısım*, s.114,116.

32 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.237.

isnatların olayın bütün ayrıntılarını içermesi gerekmez. Dolayısıyla bir kimsenin serseri, ayyaş, budala gibi yakıştırmalar ile nitelendirilmesi halinde sövme suretiyle hakaret söz konusudur. Yine bir kimseye belli bir zaman olay veya durum ile ilişkilendirilmeksizin hırsız denmesi halinde sövme suretiyle hakaret, “sen üniversitede iken ev arkadaşının parasını çalmış adamsın” dendiğinde geçmişte yaşandığı iddia edilen bir fiilin isnat edilmesi suretiyle hakaret, “sen çocukken aptaldın” dendiğinde ise geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olgunun isnat edilmesi suretiyle hakaret söz konusudur.

Hakaret suçu bir düşüncenin açıklanmasından ibaret olup isnat edilen fiil veya olgunun diğer kişiler tarafından öğrenilmesi veya algılanması ile suç oluşur. Suçun oluşumu için kişinin kendisine duyduğu saygının da azalması veya kişinin gerçekten incinmesi gerekli değildir.³³ Bu nedenle hakaret suçu sırf hareket ve tehlike suçudur.³⁴ Bu bağlamda, TCK'nın 125/1 maddesinde geçen “saldıran kişi” ibaresi fiziki saldırıyı ve saldırıya bağlı olarak meydana gelebilecek muhtemel zarar veya eksilmeyi çağrıştırdığı için uygun değildir.³⁵ Yine madde metninde geçen “rencide edebilecek nitelikte” ibaresinde de isabet yoktur. Çünkü rencide etme durumunun objektif veya nesnel olması gerekir. Bir başka deyişle, kanunun kişinin gerçekte rencide olup olmadığına ya da rencide etmenin subjektif etkilerine bakmaması, fiilin kamuoyu nezdindeki etkisine bakarak hareket etmesi gerekir. Nitekim 765 sayılı mülga TCK'nın 480. maddesinde bu durum “halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak” bir fiil isnat edilmesi şeklinde ifade edilmiştir.³⁶

İsnat edilen fiil veya olgunun hakaret içerip içermediği fiilin gerçekleştiği zamana, ortama, şartlara, fiilin isnat edildiği kişinin sosyal ve mesleki statüsüne, fiilin işlendiği toplumda ve zamanda o toplumu oluşturan çoğunluğun isnat edilen fiil veya olgu hakkındaki kanaatine göre belirlenir. Bu durumda, Türk toplumundaki ortalama örf ve adet kuralları dikkate alınır.³⁷ İsnat edilen fiil veya olguya, ilgilinin,

33 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.588; YAŞAR /GÖKCAN /ARTUÇ, s.4123.

34 KAYANÇİÇEK Murat, **Şerefe Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 56. Aynı görüşte bkz. AYDIN, s.891; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.432; KÖKEN, s. 286; ÖZEN, s.406; SOYASLAN, s.304; TOROSLU, **Özel Kısım**, s.108, 111; YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4123, 4125.

35 KÖKEN, s.283.

36 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.238.

37 ARISOY, s.162; AYDIN, s.891; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.433-434; KÖKEN, s.290; ÖZEN, s.401; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.463; SOYASLAN, s.304, 305; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 593, 595; TOROSLU, **Özel Kısım**, s.116; YAŞAR/GÖKCAN /ARTUÇ, s.4124.

çoğunluğun kabul ettiği değer yargılarından farklı olarak aşırı tepki göstermesi ya da alınması halinde suçun oluşmadığı kabul edilir.³⁸

Belli bir zamanda hakaret içerdiği düşünülen fiil veya olgu başka bir zamanda ve koşulda hakaret teşkil etmeyebilir. Komünist veya faşist yönetime sahip bir toplumda, bir kimsenin komünist veya faşist olarak nitelendirilmesi halinde bu ifade incitici bulunmaz iken bu özelliklere sahip olmayan bir toplumda bu şekilde bir nitelendirme incitici ve aşağılayıcı bulunabilir. Yine bir Profesöre bir tartışma sırasında “dansöz gibi kıvrıyor” dendiğinde, bu hakaret olarak algılanabilecek iken bir erkek sanatçıya aynı ifadenin yöneltilmesi halinde, bu ifade bu sanatçının dans etme konusunda yetenekli olduğu anlamına gelebilecektir.

Yine kişiye isnat edilen fiil veya olgunun gerçek olması halinde, bu durum tek başına işlenen fiili hukuka uygun hale getirmez. Bir kimseye isnat edilen fiillerin doğruluğu ancak kanunda öngörülen durumlarda fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.³⁹ Bu bağlamda, kişilerin geçmişte işledikleri yüz kızartıcı fiiller veya suçlar nedeniyle sürekli bir biçimde örneğin “hırsız” denerek aşağılanmaları kabul edilemeyeceği gibi bir kimsenin kendi kontrolünde olmayan fiziki özellikleri sebebiyle “kör”, “sağır”, “sakat”, “topal”, “çolak”, “cüce”, “kambur” şeklinde aşağılanması, dışlanması ve ayıpllanması da kabul edilemez.

Hakaret suçu sözle, yazıyla jest ve mimikler ile görüntüyle ve el, kol işaretleri ile işlenebilir. Hakaret suçunun icrai davranışlar ile işlenebileceği, ancak nadiren de olsa soyut isnat veya sövme suretiyle işlenen hakaret suçlarının ihmali davranış ile işlenebileceği iddia edilmektedir.⁴⁰ Ancak hakaret suçunun ihmali davranış ile işlenebileceğini göstermek üzere örnek olarak verilen, bir toplantıda

38 “Ne tür hareketlerin şeref ve itibarı ihlal edici olduğu, toplumda hâkim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre belirlenmelidir, bunu tayinde ölçü bireyin özel duyarlılığı değildir, bu itibarla basit bir saygısızlık hakaret ve sövme olarak nitelendirilemez” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.11.2009 tarih ve 2009/9-190 E., 2009/253 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr).

“Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kişilere yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir”(Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16.09.2014 tarih ve 2014/2-328 E., 2014/386 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr).

39 TOROSLU, s.110.

40 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.335; AYDIN, s.889; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.436; ÖZEN, s.407; SOYASLAN, s.315; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.52.



elini uzatan mağduru aşağılamak amacıyla elini sıkmamak, ya da mağdura sırtını dönmek şeklindeki davranışlar ihmali davranış ile hakaret suçunun işlenebileceğini göstermek için yeterli değildir.⁴¹ Çünkü ihmali suçlarında, ihmalin esasını, bireyin hukuken yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmaması oluşturur. Dolayısıyla sadece hukuk düzeninin kuralları ile çatışan ihmali davranışlar, ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Nitekim ihmali suçları da sırf ihmali suç ve ihmali suretiyle icra suçu şeklinde ikiye ayrılmakta, sırf ihmali suçlarında hukuken yapılması gerekenin yapılmaması, ihmali suretiyle icra suçlarında ise ihmalin maddi bir sonuca neden olması cezalandırılmaktadır.⁴² Bu bağlamda, bir kimse katıldığı bir toplantıda konumu gereği bir başkasının elini sıkamak, ayağa kalkmak veya selam vermek yükümlülüğü altında ise ve bu yükümlülüğü yerine getirmez ise hakaret suçunu ihmali suretiyle işleyebilir. Bu durum da, ancak devlet memurları, asker ve polisler için üstü konumunda bulunan kimselere yönelik davranışlarda söz konusu olabilir, aksi takdirde söz konusu olamaz. Hukuken yükümlülük altında bulunmayan diğer kimselerin bir toplantıda bir diğerinin elini sıkması veya sırtını dönmesiyle dış dünyada ancak nezaketsizlik olarak adlandırılabilen bir durum oluşur ki, bu da ceza hukukunun ilgi alanına girmez. Bu nedenle her rahatsız edici nezaketsiz davranış değil karşı tarafın şeref ve saygınlığını rencide edici boyuta ulaşmış davranışlar hakaret olarak kabul edilebilir.⁴³ Yakarış, beddua şeklindeki duygusal veya dini öğelerin

41 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, birinin uzattığı eli sıkmamak suretiyle hakaret suçunun ihmali hareket ile işlenemeyeceği görüşündedir (s.596). KOCA/ÜZÜLMEZ, sırf hareket suçu olarak hakaret suçunun neticeye unsur olarak bünyesinde yer vermediğini bu nedenle görünüşte ihmali suç olarak işlenemeyeceğini belirtmektedir (s.432-433).

42 TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2012, s. 130-132.

43 "Sanığın, yeğenine ceza veren öğretmene söylediği 'yeğenimi neden tahtanın önünde tutuyorsun, sen bu çocuğa ceza veremezsin' ve kendisini uyaran diğer öğretmene karşı 'sen kim oluyorsun, sus dedim sana' şeklindeki sözlerin, katılanların onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici davranış niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı..." (Yargıtay 4. CD'nin 27.03.2014 tarih ve 2013/1773 E., 2014/9702 K. sayılı kararı).

"Sanığın internetten yaptığı bilgi edinme başvurusunda, il sağlık müdürü olup kendisi hakkında soruşturma yapan katılan N.Y.'ye söylediği kabul edilen 'babasının alkolik olduğunu bizzat bana söylediği müdür bey, pratisyen hekim Necip isimli sağlık müdürü' şeklinde ve kaba hitap tarzı niteliğindeki sözlerin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması ..." (Yargıtay 4. CD'nin 20.03.2014 tarih ve 2013/3904 E., 2014/8593 K. sayılı kararı).

"Muhtar olan sanığın, ürün tanıtımı için köye gelen katılanlara söylediği 'defolun gidin' şeklindeki sözlerin, katılanların onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici ve nezaket dışı davranış niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı ..." (Yargıtay 4. CD'nin, 13.01.2014 tarih ve 2012/13500 E., 2014/233 K. sayılı kararı).

ağır bastığı serzenişlerde, örneğin bir kimseye “Allah belanı versin” şeklinde serzenişte bulunulması halinde, bu durumun hakaret suçunu oluşturmayacağı kanaatindeyiz.⁴⁴ Ancak Yargıtay’ın bu tür serzenişleri hakaret sayan kararları olduğu gibi⁴⁵ ifade özgürlüğünün sınırları içinde gören⁴⁶ kararları da mevcuttur.

Yine hakaret suçunun sırf hareket suçu olması sebebiyle kanunda öngörülen hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olur. Suçun tamamlanması için failin istediği neticenin gerçekleşmesi gerekmez,

“Sanığın karakol bahçesinde jandarma görevlisine karakol komutanı ile görüşmek istediğini belirtmesi ve olumsuz yanıt alması üzerine ‘sen ne ukala adamsın’ biçimindeki sözlerinin, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı davranış niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı ...” (Yargıtay (4. CD’nin 27.01.2015 tarih ve 2013/22906 E., 2015/2218 K. sayılı kararı).

“Sanığın, ters yola girdiğinden bahisle kendisini durduran trafik polisi olan katılana yönelik söylediği ‘Ulan beni nasıl durdurursunuz, siz kim oluyorsunuz, burası benim çöplüğüm’ şeklindeki sözlerin, kaba ve nezaket dışı söz niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı ...” (Yargıtay (4. CD’nin 29.01.2015 tarih ve 2014/35909 E., 2015/2384 K. sayılı kararı).

“Sanığın yargılandığı başka bir davanın duruşması sırasında tanık olan şahıs ile karşılıklı olarak bağırıp çağırması ve duruşma hâkimi olan şikâyetçinin duruşma düzeninin bozulduğundan bahisle sanığı duruşma salonundan çıkarması üzerine, şikâyetçiye karşı söylemiş olduğu, ‘siz açıkça taraf tutuyorsunuz’ şeklindeki sözlerin yapılan uygulamaya yönelik bir sızlanma niteliğinde olup, suç işleme bilinç ve iradesi ile söylenmediği ve bu itibarla atılı suçun oluşmadığı...” (Yargıtay 2.CD’nin 27.03.2013 tarih ve 2011/25687 E., 2013/6410 K. sayılı kararı). www.corpus.com.tr.

44 Aynı görüş için bkz. BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.436; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.433, 436; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.596.

45 “Sanığın mahkeme hâkimine hitaben ‘Allah belanı versin adalet mülkün temeli değildir’ şeklinde söz söylemekten ibaret eylemi bir bütün halinde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturacağı...” (Yargıtay 9. CD’nin 12.04.2010 tarih ve 2008/10995 E., 2010/4198 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr).

“Sanığın köpeğinin görevlilerce zehirlenerek öldürülmesinin verdiği elemin etkisi ile Belediye Sağlık Müdürü olarak görev yapan katılanın belediye binasındaki odasında tanıkların huzurunda yönelttiği ‘Allah belanızı versin’ biçimindeki sözlerin küçültücü onur ve saygınlığı zedeleyici nitelikte bulunduğu, eylemin sövme suçunun öğelerini taşıdığı anlaşılmıştır” (Yargıtay 4 CD’nin 09.05.2006 tarih ve 2006/1105 E., 2006/10605 K sayılı kararı). Ayrıca bkz. Yargıtay 4. CD’nin., 03.05.2006 tarih ve 2004/12122 E., 2006/1381 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr.

46 “Hırsızlık suçundan hakkında soruşturma başlatılan ve tutuklanması talebiyle hâkim önüne çıkartılan sanığın, kendisinin haksız bir şekilde tutuklanmasına karar verildiğini düşünerek bunun sorumlusu olarak gördüğü sorguyu yapan hâkime yönelttiği ‘Allah belanı versin’ şeklindeki ifade, beddua niteliğinde, nezaket dışı, kaba ve rahatsız edici bir söz ise de, şikâyetçi hâkimin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını içermemesi ve sövme fiilini de oluşturmaması nedeniyle hakaret suçunun kanuni unsurlarının gerçekleşmediği kabul edilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16.09.2014 tarih ve 2014/2-328 E., 2014/386 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr).

“Sarf edilen ‘Allah belasını versin’ sözleri tanrısal ceza dileme, beddua anlamında olup, tahkir ve tezyif içerdiğinden söz edilemez.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.07.2001 tarih ve 2001/132 E., 2001/155 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr).

tahkir edici hareket veya sözün öğrenildiği anda suç tamamlanır.⁴⁷ Gıyapta hakarete ise suç hareketin kendisi ile ihtilat edilen üçüncü kişi tarafından algılandığı, öğrenildiği anda tamamlanmış olur.⁴⁸ Yargıtay, “şarta bağlı” hakaretin söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Bu bağlamda, kendisine mağdur tarafından gönderilen ve hakkını helal etmeyeceğini söyleyen mesaja cevaben, failin “bende hakkın varsa Allah rızası için etme, edersen şerefsizsin” diyerek karşılık verdiği olayda Yargıtay, “isnadın şarta bağlı veya bir olasılık halinde dile getirildiği, hakaret etme kastıyla hareket edilmediği” sonucuna varmıştır.⁴⁹

Kişilerin doğuştan getirdikleri cinsel yönelimlerinin, etnik kökenlerinin ya da bölgesel özelliklerinin aşağılama kastıyla kullanılması halinde, mesela bir kimsenin aşağılama kastıyla “Çingene”⁵⁰, “Dürzi”, “Ermeni” gibi ifadeler ile anılması halinde, bu ifadelerin hakaret suçunun ağırlaştırılmış hali olan TCK’nın 125/3-b maddesi kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Bir topluluğu aşağılamaya yönelik nefret söylemi içerdiğinden, bu tür ifadelerin şartları var ise, TCK’nın 216/2 maddesinde yer alan “Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama” suçu kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olur.⁵¹ Aksi bir yorum, bir kimsenin sahip olduğu farklı, dini, etnik ya da bölgesel özelliklerin bizatihi kendisinin hakaret olduğunun kabul edilmesi anlamına gelir ki, bu durum demokratik bir toplumun temel unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve uzlaşma prensiplerine aykırılık teşkil eder.

E. Suçun Farklı İşleniş Biçimleri

Hakaret suçu mağdurun bulunduğu yerde, huzurunda işlenebileceği gibi, mağdurun yokluğunda, gıyabında da işlenebilir. Hakaret fiilinin herhangi bir aracıya ihtiyaç göstermeksizin doğrudan doğruya mağdur tarafından öğrenilmesi, huzurda hakaret suçunun oluşumu için yeterlidir.⁵² Huzurda hakaretin varlığı için, failin mağdurla yüz yüze

47 ARISOY, s.169; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.466; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4125.

48 ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.353; ÖZEN, s.424; YAŞAR /GÖKCAN /ARTUÇ, s.4125.

49 Yargıtay 18. CD’nin, 19.09.2016 tarih ve 2016/11227 E., 2016/14515 K. sayılı kararı (Aktaran, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.598). Karşı görüş için bkz. YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4126.

50 “Çingene” demenin hakaret suçuna vücut vermeyeceği hakkında bkz. Yargıtay. 18.CD’nin 07.12.2016 tarih ve 2015/33232 E., 2016/18820 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr.

51 Aynı görüş için bkz. ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.343; AYDIN s. 892-893; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4118; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.49.

52 ARISOY, s.165; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.437; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.438; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.598.

aynı ortamda bulunması gerekmez. Dolayısıyla mağdurun, saygınlığını veya itibarını doğrudan hedef alan, hareket, ses, yazı, görüntü veya işaret yoluyla yapılan müdahale, mağdur tarafından kendisine gönderilen elektronik posta, telefon mesajı, faks, mektup ya da görüntülü ileti yoluyla bizzat görülmüş, işitilmiş veya fark edilmiş ise huzurda hakaret söz konusudur.⁵³ 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK iletinin gönderilmesini şart koşmamaktadır. İletin mağduru muhatap olması yeterlidir. Bu durumda iletinin hazırlanmış ve gönderilmemiş olduğu ancak mağdurun bir şekilde eline geçtiği hallerde huzurda hakaret, mağdurun eline geçmediği ancak ihtilat şartının gerçekleştiği hallerde gıyapta hakaret suçunun işlendiği kabul edilmelidir.⁵⁴

Soyaslan'a göre huzurda ve gıyapta hakaret arasındaki fark mağdurun hakaretin yapıldığı anda kendisini savunma olanağına sahip olup olmamasından kaynaklanmaktadır. Gıyapta hakaret hallerinde mağdur kendini savunamaz ve isnat edilen fiil veya olguya ya da genel ve soyut nitelikte rencide edici sövgüye karşı düşüncesini söyleyemez.⁵⁵ TCK'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, "mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir". İhtilat kelime olarak "konuşma", "görüşme",⁵⁶ "karşılaşma", "karışık görüşme",⁵⁷ anlamlarına gelmekte olup bu durumda ihtilat şartının gerçekleşmesi için, fail, suça iştirak eden kimseler ve mağdurun dışında en az üç kişinin mağdura hakaret edildiğini bilmesi ve bu fiili algılaması gerekir. Kanun'da ihtilatın şekli konusunda bir sınırlama getirilmemiştir. Yeter ki, ihtilat konusunda kullanılan araç, isnat edilen belli bir fiil veya olguyu ya da sövgüyü üçüncü kişinin bilgisine ulaştırmaya elverişli olsun.⁵⁸ Bu kişilerin aynı ortamda bulunmaları veya hakaret teşkil eden fiili aynı yöntemle duymuş olmaları da gerekmez. İhtilat edilenlerden biri söz konusu fiili mektupla diğer ikisi telefonla öğrenmiş olabilir. Örneğin, mağdura hakaret içeren aynı mailin veya cep telefonu mesajının 3 kişiye ulaştırılması halinde de ihtilat şartı gerçekleşmiş olur. Ancak ihtilat edilen kimselerin hakaret fiilini algılayabilecek ve anlayabilecek durumda olması gerekir. Nitekim sözle yapılan hakarete ihtilat edilenlerin işitme engelli, görsel

53 AYDIN, s.893; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.439; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.455-456; ÖZEN, s.411; YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4130

54 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.456.

55 SOYASLAN, s.309.

56 ÖZEN, s.414.

57 BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.439; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.439

58 TOROSLU, *Özel Kısım*, s.119.



malzemeler ile yapılan hakarete ise görme engelli olmaması gerekir. Ayrıca bu kişilerin dalgınlık, sarhoşluk, uyuşturucu madde kullanımı veya akıl hastalığı sebebiyle ihtilat konusunu anlayamayacak durumda olmamaları ve hakaretin içeriğini algılayamayacak kadar küçük de olmamaları gerekir.⁵⁹ Dolayısıyla, gıyapta hakaret suçu için ihtilat cezalandırma şartı değil, suçun unsurudur.⁶⁰

Bir kişi bir başkası için hakaret niteliği taşıyan bir söz söyler ve üçüncü kişiler bunu duyarsa, failin bu sözlerin duyulduğunu bilmesi ve istemesi halinde ihtilat oluşmuş sayılır. Eğer fail üçüncü kişilerin söylenen sözleri duyduğunu bilmiyor ise ihtilat oluşmaz. Yine failin tek bir kişiye gönderdiği mektubun ikiden fazla kişi tarafından okunması halinde ihtilat gerçekleşmez.⁶¹ İhtilat için hakaret fiilinin en az 3 kişi tarafından öğrenilmesi şartına ilişkin olarak, kanun koyucunun en az 3 kişi ile yapılan etkileşimde ifade özgürlüğünün sınırlarının artık aşıldığı, kişinin itibarının korunmasının daha üstün gelen bir değer olduğu, ayrıca failin de kötü niyetinin yaptırımsız kalmaması gerektiği düşüncesiyle hareket ettiği belirtilmektedir.⁶²

Yine ihtilat aleniyetten farklıdır. Aleniyet çok sayıda kişinin fiili öğrenmesini mümkün kılan herhangi bir elverişli vasıtanın kullanılması ve suçun herhangi bir kimse tarafından görülüp işitilebilecek bir yerde veya şekilde işlenmesidir.⁶³ Dolayısıyla aleniyet unsurunda önemli olan hakareti duyan kişi sayısı değil hakaretin yapıldığı ortama erişimin sınırlı olup olmadığıdır. Bu bağlamda Yargıtay, dernek genel kurul toplantısı, kat malikleri genel kurul toplantısı gibi kapalı mekânlarda meydana gelen hakareti, burada bulunanların sayısına bakmaksızın aleni hakaret saymamaktadır.⁶⁴ Nihayet ihtilat için değişik zamanlarda ve ayrı kimselerle görüşülerek icra olunan fiilin aynı veya bir cinsten

59 ARISOY, s.169; AYDIN, s. 894; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.440; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.440; KÖKEN, 296-297; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.458; ÖZEN, s.414; SOYASLAN, s.309-310; TOROSLU, **Özel Kısım**, s.119-121; YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4135; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.58.

60 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.239; ÖZEN, s.416. Yargıtay 4. CD'nin 14.04.2011 tarih ve 2010/25 E., 2011/9 K. sayılı kararı. İhtilatın cezalandırma şartı olduğu hakkında karşı görüş için bkz. ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.355; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.439; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4138. Bu konuda detaylı bir tartışma için bkz. SAKARYA Utku Coşkun, "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru" **Ankara Barosu Dergisi**, S.2013/2, Ankara, 2013, s.409-424.

61 ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.357; ÖZEN, s.415.

62 SOYASLAN, s.309.

63 ARISOY, s.184; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.456; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.601.

64 Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.453, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4152-4153.

olması gerekir. Yani mağdura somut bir fiil isnat edilmiş ise bu somut fiilin, olgu isnat edilmiş ise olgunun, rencide edici sövgü kullanılmış ise bu sövgünün en az 3 kişiyle ihtilat edilmesi gerekir. Fail aynı fiile işaret eden farklı sözcükler kullanabilir, ancak fiiller farklı ise artık gıyapta hakaret söz konusu olmaz.⁶⁵

Hakaret suçuna teşebbüs, sadece hareketin parçalara bölündüğü ve suç için huzura eşit sayılan yazılı araçlardan birinin kullanıldığı hallerde söz konusudur. Bu bağlamda hakaret ve sövme suretiyle hakaretin mektupla veya telgraf ile işlenmesi halinde hareketin parçalara bölünebildiği, mektubun ya da telgrafın muhatabına posta idaresi tarafından ulaştırılmaması veya ulaşmaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmektedir.⁶⁶ Bazı yazarlar ise hakaret teşkil eden fiilin mağdur tarafından duyulması ile suçun tamamlandığı, dolayısıyla huzurda hakarete teşebbüsün mümkün olmadığı, gıyapta hakaret halinde ise 3 kişi ile ihtilat edilmesi gerektiğinden ihtilat edilmesi gereken kişilerin dağınık olması ve üçüncü kişi ile ihtilat edilmeden durumun farkına varılması halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığını iddia etmektedir.⁶⁷ Bazı yazarlar ise huzurda ve gıyapta hakaret hallerinde suça teşebbüsün şeklen ve teorik olarak mümkün olduğunu, çünkü hakaret suçunun takibinin şikâyete bağlı olduğunu, mağdurun şikâyet için fiili ve faili öğrenmesi gerektiğini, fiilin öğrenilmesiyle de suçun tamamlandığını, dolayısıyla suçun her halükarda tamamlanacağını ve teşebbüs aşamasında kalmayacağını belirtmektedirler.⁶⁸ Biz de teşebbüs konusunda bu son görüşe iştirak etmekte, hakaret suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunun şekli ve teorik bir tartışma olduğu düşüncesine katılmaktayız.

F. Manevi Unsur

Hakaret suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failin tahkir edici fiil veya olguyu bilerek ve isteyerek isnat etmesi ya da sövgü içeren nitelendirmeyi bilerek ve isteyerek yapması ve neticesini istemesi yeterlidir. Gıyapta hakaret durumunda ise failin ayrıca hakaret fiilinin en az 3 kişi tarafından duyulmasını ve öğrenilmesini istemesi gerekir.

65 ARISOY, s.168; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.457; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.602; YAŞAR/GÖKCAN /ARTUÇ, s.4134.

66 ARISOY, s.199; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.353; AYDIN, s.903-904; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.440; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.458; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.483; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.631; YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s.4154.

67 KÖKEN, s.300.

68 SOYASLAN, s.311, 314, 317; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.69.



Failde hakaret kastının bulunup bulunmadığının tespitinde, failin kullandığı sözlerin, suçun işleniş biçiminin, failin davranışının, faille ve mağdur arasındaki kişisel ilişki ve bağın, ayrıca fail ile mağdurun içinde bulunduğu toplumsal koşulların incelenmesi suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁶⁹ Nihayetinde, suçun işlenmiş sayılabilmesi için failin genel kast ile bilerek ve isteyerek hareket etmesi yeterlidir. Bir başka deyişle, failin mağduru tahkir etme, mağdurun onur duygusuna zarar verme kastı ile hareket etmesi gerekli değildir.⁷⁰ Aksine bir yorum, hakaret suçunun özel kast ile işlenen bir suç olduğu sonucuna varmamıza neden olur ki, kanuni düzenleme buna izin vermemektedir.⁷¹ Failin saiki önemli olmadığı için failin şaka saikiyle hareket etmiş olması halinde bile, hareket nesnel olarak hakaret niteliği taşıyorsa hakaret suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.⁷² Yine failin söylediği söze veya isnat ettiği fiil veya olguya başka bir anlam yüklemesi suç kastını ortadan kaldırmaz.⁷³ Bu nedenle hakaret suçunun oluşumu için failin mağdurun şerefine tecavüz etmeyi ve mağduru halkın hakaret ve husumetine maruz bırakmayı istemiş bulunması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz.⁷⁴

Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Hakaret suçunun sırf hareket suçu ya da neticesi harekete bitişik bir suç olması sebebiyle bu suçun olası kast ile işlenemeyeceği düşüncesindeyiz.⁷⁵ Nitekim Yargıtay da “hakaret suçunun; neticesi harekete bitişik şekli suçlardan olması, suç kastının varlığı için eylemin iradi olarak gerçekleştirilmesinin

69 BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.441

70 Yargıtay 2.CD'nin. 20.02.2013 tarih ve 2011/24094 E., 2013/3387 K. sayılı kararı, Yargıtay 2 CD'nin. 12.02. 2007 tarih ve 2007/8802 E., 2007/1858 K. sayılı kararı, Yargıtay 4. CD'nin 05.10.2009 tarih ve 2008/2797 E., 2009/15437 K. sayılı kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.02. 1998 tarih ve 1997/4-386 E., 1997/52 K. sayılı kararı. www.corpus.com.tr

71 SOYASLAN, s.314; TOROSLU, **Özel Kısım**, s.118-119.

72 ÖZEN, s.417; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4139. Olay tarihinde bir mitingde güvenliğin sağlanması için oluşturulan arama ve geçiş noktalarında görevli sanık baş komiserin katilana söylediği “Pembe misin mavi misin? Kadın mısın Erkek misin?” sözlerinin olay yerinde bulunanların gülüşmesine yol açması karşısında, sanık ile katılan arasında olay öncesine dayalı bir arkadaşlık, dostluk, tanışıklık veya içinde bulunulan ortamın yarattığı samimiyet ilişkisinin varlığına ilişkin kanıtlar açıklanıp gösterilmeden, şaka niteliğinde kabul edilen sözlerde hakaret suçunun manevi unsurunun oluşmadığı ve sanığın suç kastının bulunmadığı yolundaki yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirir. (Yargıtay 4. CD'nin 20.05.2009 tarih ve 2009/9987 E., 2009/9621 K. sayılı kararı, aktaran ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.476)

73 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4139.

74 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.476.

75 Hakaret suçunun olası kastla işlenebileceğine ilişkin karşı görüş için bkz. ARISOY, s.170; ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.347; BAYRAKTAR/KİZİROĞLU vd., s.441-442; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.441; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.606; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.4140; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.60.



yeterli olması ve kanunda öngörülen neticenin hareketin gerçekleşmesi ile zorunlu olarak doğması nedeniyle⁷⁶ hakaret suçunun olası kast ile işlenemeyecek suçlardan olduğunu belirtmektedir.

TCK' nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında hakaret suçunun; a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, b) Kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu hallerde verilecek cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi ya da hakaret suçunun karşılık olarak işlenmesi hali cezayı hafifleten ya da kaldıran haller olarak yine TCK'nın 129.maddesinde belirtilmiştir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, suçun nitelikli halleri ve cezayı azaltan ve kaldıran kişisel nedenler daha geniş bir tartışmayı gerektirdiğinden, bu makale kapsamında ele alınmayacaktır.

Yine hakaret suçu söz konusu olduğunda, genel olarak bir hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk nedeninin ön plana çıktığı söylenebilir. Bu bağlamda, eleştiri, ihbar ve şikâyet hakkı, haber verme hakkı, isnat edilen fiili ispat hakkı (TCK m.127), iddia ve savunma dokunulmazlığı, (TCK m.128) yasama dokunulmazlığı, kanunun emrini yerine getirme ve sınırın aşılmasını şartıyla öğretmenlerin öğrenciler, ustaların çıraklar üzerinde tedip hakkından doğan yetkinin kullanılması halinde hukuka uygunluk nedeni söz konusudur.⁷⁷ Hakaret suçunun uygulama alanında söz konusu olabilecek bu hukuka uygunluk nedenlerinden, düşüncüyü açıklama, savunma dokunulmazlığı, haber verme ve eleştiri hakkının içeriği ve kapsamı aşağıda AİHM içtihatları çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırları tartışılırken ele alınıp açıklanacaktır.

Bu açıklamalar ile hakaret suçuna ilişkin ceza hukukumuzda yer alan düzenlemelere dair tartışmalarımızı bitirmiş bulunuyoruz. Söz konusu düzenlemelerin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin Türkiye'deki mevcut durumun, AİHS'nin ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin 10/2 maddesiyle uyumlu olup olmadığı hususu ise AİHM'nin temel içtihatları ve Türkiye aleyhine verdiği kararlar ışığında aşağıda açıklanacaktır.

76 Yargıtay 2. CD'nin 08.02.2012 tarih ve 2012/3647 E., 2012/2455 K. sayılı kararı. www.corpus.com.tr

77 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.240.



II. AİHM KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

İfade özgürlüğü AİHS'nin 10. maddesinde⁷⁸ düzenlenmiş olup söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, ifade özgürlüğünün başkalarının itibar ve haklarının korunması amacıyla ve demokratik bir toplumun gerekleri ile orantılı olmak koşuluyla, kanunla bazı yaptırımlara ve sınırlamalara tabi tutulabileceği belirtilmektedir. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın AİHS'nin 10. maddesiyle uyumlu olup olmadığı incelenirken ise genel olarak "üç adım testi"⁷⁹ olarak bilinen bazı kıstaslara göre AİHM tarafından değerlendirme yapılmaktadır.⁸⁰ Bu bağlamda AİHM;

- Müdahalenin mevcut olup olmadığı,
- Müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği,
- Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve Sözleşme'nin 10/2 maddesinde belirtilen meşru sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığı ve bu hususta uygun ve yeterli gerekçe sunulup sunulmadığı kıstaslarına göre karar vermektedir.

Hakaret suçu söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğüne ceza normu yoluyla getirilen sınırlamanın Sözleşme'nin 10/2 maddesinde belirtilen başkasının itibarının ve haklarının korunması gibi meşru bir amaca yönelik olduğu hususunda genel olarak bir tereddüt bulunmadığından, hakaret olarak kabul edilen ve ceza yaptırımına tabi tutulan fiil ile ifade özgürlüğüne müdahale edilip edilmediği hususu, müdahalenin kanunla

78 Madde 10:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir." https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

79 COUNCIL OF EUROPE, s.12

80 Bu makale kapsamında, ele alınan tüm AİHM kararlarına AİHM veri bankası (<https://hudoc.echr.coe.int>) üzerinden ulaşılmış olup Türkçe kararlar için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yapılan ve veri bankasında yer alan kararlardan faydalanılmıştır. Kullanılan bu Türkçe kararların künyesi makalede "Başvurucu / Türkiye" formatında belirtilmiş, diğer İngilizce kararların künyesi için ise "Applicant v." formatı kullanılmıştır.

öngörülüp öngörülmediği, cezai müeyyidenin demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığı ve bu konuda uygun ve yeterli gerekçe sunulup sunulmadığı noktasında değerlendirme yapılarak belirlenmektedir.⁸¹ Aşağıda bu hususlar tek tek ele alınıp incelenecektir.

A. Müdahalenin Varlığı

Her şeyden önce, AİHM içtihatlarına göre hakaret suçu bağlamında ifade özgürlüğünü kısıtlayan bir müdahalenin varlığından söz edebilmek için, failin suçlu bulunması şart değildir. Fiilin ceza muhakemesine konu edilmediği, failin suçlu bulunmadığı veya mağdurun kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu gerekçesiyle sadece tazminat talep ettiği hallerde de, AİHM, ifade özgürlüğünü sınırlayan bir müdahalenin bulunabileceğini belirtmektedir. Bu tür hakaret, iftira veya kişilik haklarının ihlali sebebiyle Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve Borçlar Kanunu'nun 49 ve 58. maddesi gereği açılan tazminat davalarında AİHM, hükmedilen tazminat ile hakaret teşkil eden haksız fiil tarafından ihlal edilen menfaat arasında bir dengenin gözetilip gözetilmediği, tazminat miktarının orantılı olup olmadığı ve tazminat konusunun demokratik bir toplumun gerekleriyle uyumlu olup olmadığı hususunda denetim yapmaktadır.⁸²

Yine AİHM içtihatlarına göre, müdahalenin varlığından söz edebilmek için ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın başvuru anında güncel olmamasının veya etki derecesini kısmen yitirmiş olmasının önemi bulunmamaktadır. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın başvuran üzerinde belli bir süre düşüncüyü ifadeden çekinme, soğuma ya da imtina etme etkisi yaratması veya ifade özgürlüğünü kullanma konusunda caydırma etkisinin (*a chilling effect*) bulunması halinde, müdahalenin varlığından söz edilebilir. Bir başka

81 Hakaret suçu ile ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda orantılılık ilkesi konusunda AİHM'nin genel yaklaşımına ilişkin olarak bkz. COUNCIL OF EUROPE, SECRETARIAT GENERAL, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, "Study on the alignment of laws and practices concerning defamation with the relevant case law of the European Court of Human Rights on freedom of expression, particularly with regard to the principle of proportionality", CDMSI(2012)Misc11Rev2, 2012. Erişim adresi: <https://rm.coe.int/16804915c5>, Erişim Tarihi: 05.02.2021.

82 Pakdemirli / Türkiye (Başvuru no.35839/97), 22 Şubat 2005; Saygılı ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no. 19353/03), 8 Ocak 2008; Cihan Öztürk / Türkiye, (Başvuru no.17095/03), 9 Haziran 2009; Tuşalp / Türkiye (Başvuru no.32131/08 ve 41617/08), 21 Şubat 2012; Dilipak ve Karakaya / Türkiye (Başvuru no. 7942/05 ve 24838/05), 4 Mart 2014; Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no.346/04 ve 39779/04), 27 Mayıs 2014; Erdener / Türkiye (Başvuru no. 23497/05), 2 Şubat 2016; Kılıçdaroğlu v. Turkey (Application no.16558/18), 27 October 2020.

deyişle, kısıtlamanın ilgilide düşünceyi ifade konusunda varsayıma dayanmayan gerçek ve etkili bir baskı ya da endişe yaratma ihtimalinin bulunması müdahalenin varlığı için yeterlidir. Mahkemenin içtihatlarına göre, bir kimsenin orantısız bir yaptırıma uğrama korkusuyla veya yaptırım içeren ancak açık bir şekilde tanımlanmamış normdan kaynaklanan soruşturmaya uğrama korkusuyla kendisine oto-sansür uygulaması halinde, bu durum tüm toplum üzerinde ifade özgürlüğünü kullanma konusunda caydırıcı bir etki yaratmaktadır.⁸³

Dolayısıyla hakaret suçuna konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi, zamanaşımı gibi sebeplerle ifade özgürlüğünü sınırlayan mahkûmiyetin uygulanmamış olması veya etkisini kısmen yitirmiş olması müdahalenin varlığına engel teşkil etmemektedir. Bu bağlamda AİHM *Demirtaş (No 3)* kararında, Selahattin Demirtaş hakkında 20 Aralık 2005 tarihinde başlayan ceza yargılamasının mevzuatta yapılan değişiklikler sebebiyle 28 Eylül 2010 tarihinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 29 Temmuz 2013 tarihinde ise 3 yıl süreyle yargılamanın ertelenmesiyle sonuçlanmasını göz önüne alarak, davacının uzun bir süre hapis cezasıyla cezalandırılan bir suçtan dolayı takibe uğramasının ve ceza tehdidi altında bırakılmasının ifade özgürlüğünü kullanma konusunda varsayıma dayalı bir risk yaratmadığına, bu özgürlük üzerinde gerçek ve etkili bir baskı yarattığına, davacının benzer konularda açıklama yapması halinde takibe uğramaktan endişe etmesine yol açtığına, dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlayan bir müdahalenin mevcut olduğuna karar vermiştir.⁸⁴

Yine AİHM *Mustafa Erdoğan Sürat* hakkında verdiği kararında davacının yazdığı makale dolayısıyla Mülga TCK'nın 159, 5237 sayılı TCK'nın ise 301. maddesi gereğince cezalandırılan, "Silahlı Kuvvetleri aşışılama" suçu nedeniyle altı aydan üç yıla kadar sürebilecek bir hapis cezası riskiyle karşı karşıya kaldığını, yaklaşık 7 yıl 5 ay süren ve zamanaşımına uğrayan ceza davasının öğretim üyesi olan ve siyasi yazılar yazan davacının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki ve baskı yarattığını, riskin varsayımsal olmadığını, kamu davasının

83 COUNCIL OF EUROPE, s.24.

84 Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.3) (Başvuru no.8732/11),§§ 24-26, 9 Temmuz 2019. Aynı gerekçeler için bkz. Erdoğan / Türkiye, (Başvuru no.25723/94), § 72, 15 Haziran 2000; Özçelebi / Türkiye (Başvuru no. 34823/05), § 51, 23 Haziran 2015; Dilipak / Türkiye (Başvuru no.29680/05), §§ 49-51, 15 Eylül 2015; Ergüdoğan / Türkiye (Başvuru no. 48979/10) § 26, 17 Nisan 2018. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 77-79; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 52-53, R.G. Tarih- Sayı: 1/7/2015-29403.

zamanaşımına uğramasının sadece yargılanma ve mahkûm olma riskinin varlığını sona erdirdiğini, ancak bu durumun söz konusu risklerin ifade özgürlüğü üzerinde belli bir süre boyunca baskı yarattığı gerçeğini değiştirmedini belirterek, davacıya yönelik ifade özgürlüğünü sınırlayan bir müdahalenin mevcut olduğuna karar vermiştir.⁸⁵

Tepebaşı (Eskişehir) Belediye Başkanı olarak görev yapan Ahmet Ataç'ın 2011 yılı genel seçimleri öncesinde düzenlenen 22 Mayıs 2011 tarihli aday tanıtım toplantısında, Başbakan hakkında söylediği sözler nedeniyle, TCK'nın 125/3 maddesi gereğince görevli memura görevinden dolayı hakaret suçundan verilen ve açıklanması geri bırakılan 7.080 TL adli para cezasına ilişkin olarak, AİHM, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olmasına rağmen, ifade özgürlüğünün açıklanmasına yönelik bir müdahalenin mevcut olduğuna karar vermiştir.⁸⁶

Aynı şekilde *Ergündoğan* kararında, Yalçın Ergündoğan tarafından Birgün gazetesinde 26 Nisan 2005 tarihinde yayımlanan Bağımsız Türkiye Partisi Genel Başkanı H.B. ile müridi ve destekçisi olduğu belirtilen 5 kadın arasında geçtiği iddia edilen cinsel istismar iddialarına ilişkin haber kapsamında, TCK'nın 125/2. maddesi uyarınca verilen ve açıklanması geri bırakılan 2.100 TL'lik adli para cezasına ilişkin olarak, AİHM, ceza davasının ve mahkûmiyet tehdidinin neden olabileceği caydırıcı etki dikkate alındığında, para cezasının ilgilinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil ettiği kanısında olduğunu belirterek, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla, başvuranın ifade özgürlüğünü kullanmasına yapılan müdahalenin sonuçlarının önlenmiş veya telafi edilmiş sayılamayacağına karar vermiştir.⁸⁷

B. Müdahalenin Kanunla Öngörülüp Öngörülmediği

Mahkeme, Sözleşme'nin 10/2 maddesi çerçevesinde, “kanunla öngörülme” ifadesinin, ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunmasından daha geniş bir anlama sahip olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, bir tedbirin ya da sınırlamanın kanunla öngörüldüğünden bahsedilebilmesi için, tedbirin dayanağı olan ve kanun niteliği taşıyan norm kişiler tarafından erişilebilir olmalı, belirli

85 Surat / Türkiye (Başvuru no. 50930/06), §§ 33-34, 10 Ekim 2017.

86 Ataç / Türkiye (Başvuru no.70607/12), § 23, 17 Aralık 2019.

87 Ergündoğan / Türkiye, §§ 17, 26. Aynı gerekçelerle bkz, Demir / Türkiye (Başvuru no. 324/10), §§ 15, 22, 7 Ocak 2020; Aslı Güneş / Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 53916/00), 13 Mayıs 2004; Yaşar Kaplan / Türkiye, (Başvuru no. 56566/00), §§ 32 -33, 24 Ocak 2006; Özçeçeli / Türkiye, § 44; Erdoğan / Türkiye, § 72.

bir eylemin muhtemel sonuç ve etkilerinin önceden öngörülmesini sağlamalı, bir başka deyişle vatandaşların davranışlarını normun içeriğine göre düzenleyebileceği kadar kesinlik taşımalı ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olmalıdır.⁸⁸ Bu bağlamda AİHM, *Hrant Dink* davasında dava tarihinde Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinde yer alan "Türklüğü aşağılama" suçunun kapsamında yer alan "Türklük" kavramının içeriğinin belirlenmesinin oldukça güç olduğunu, bu nedenle TCK'nun 301. maddesi gereğince yapılabilecek suçlamaların öngörülebilirliği konusunda ciddi şüpheler yarattığını ve bu bağlamda ifade özgürlüğüne yapılan sınırlamanın kanunla öngörüldüğünün kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁸⁹

C. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olup Olmadığı

İfade özgürlüğüne getirilebilecek muhtemel sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekliliği konusunda temel ilkeler AİHM'nin *Handyside* kararında belirtilmiş,⁹⁰ ardından gelen birçok kararda bu ilkeler yeniden ifade edilmiş⁹¹ ve ifade özgürlüğü kapsamında Türkiye'ye karşı yapılan ihlal başvurularında verilen kararların gerekçesinde benzer şekilde yer almıştır.⁹² Söz konusu gerekçenin, ifade özgürlüğünün sınırları konusunda Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler tarafından da dikkate alındığı görülmektedir.⁹³

88 Belge / Türkiye (Başvuru no. 50171/09) § 28, 6 Aralık 2016. Ayrıca bkz. Kayasu / Türkiye (Başvuru no.64119/00 ve 76292/01) 13 Kasım 2008; Yalçinkaya ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no. 25764/09, 25773/09, 25786/09, 25793/09, 25804/09, 25811/09, 25815/09, 25928/09, 25936/09, 25944/09, 26233/09, 26242/09, 26245/09, 26249/09, 26252/09, 26254/09, 26719/09, 26726/09 ve 27222/09) §§ 27-29, 1 Ekim 2013; Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri / Türkiye, (Başvuru no. 28255/07), § 50, 8 Ekim 2013; Kılıçdaroğlu v. Turkey, § 38; Şık / Türkiye (No.2), (Başvuru no. 36493/17), § 105, 24 Kasım 2020.

89 Dink / Türkiye (Başvuru no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09), §§ 112-116, 14 Eylül 2010.

90 *Handyside v. the United Kingdom* (Application no. 5493/72), § 49, 7 December 1976.

91 *Stoll v. Switzerland* [GC], (Application no. 69698/01), § 101, 10 December 2007; *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], (Application no. 16354/06), § 48, 13 July 2012; *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], (Application no. 48876/08), § 100, 22 April 2013; *Morice v. France* [GC], (Application no. 29369/10), § 124, 23 April 2015; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], (Application no. 40454/07), § 88, 10 November 2015; *Bédat v. Switzerland* [GC], (Application no. 56925/08), § 48, 29 March 2016.

92 Cihan Öztürk / Türkiye, § 27; Dilipak ve Karakaya / Türkiye, § 117; Erdener / Türkiye, §§ 23-25; Ergünoğan / Türkiye, § 23; Kılıçdaroğlu v. Turkey, § 42; Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye, §§ 33-35; Özçelebi / Türkiye, § 44; Şık / Türkiye (No.2), § 93; Yalçinkaya ve diğerleri / Türkiye, §§ 31-34; Odabaşı ve Koçak / Türkiye, (Başvuru no.50959/99), §§ 20-22, 21 Şubat 2006. Ayrıca bkz. Pakdemirli / Türkiye; Saygılı ve diğerleri / Türkiye.

93 *Fatih Taş* [GK], §§ 50, 94; *Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/01/2014, §§ 41, 48, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı 13/3/2014 -28940; *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 31; *Ali Karatay*, B. No: 2012/990, 10/12/2014, §§ 60, 65; *Danıştay 13. Daire'nin 2014/3811 E., 2014/8564 K. sayılı kararı.*

Buna göre:

- “i. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel esaslarından birini teşkil etmekte olup gerek demokratik bir toplumun gelişiminin sağlanması gerekse her bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için temel koşullardan birini oluşturmaktadır. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlama hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ifade özgürlüğü, sadece toplumda genel kabul gören, zararsız kabul edilen ya da farklılık içermeyen “bilgi” veya “düşünceler” için değil aynı zamanda hoşça gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bunlar, “demokratik toplumun” olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir. Bu nedenle, 10. maddede de açıklandığı gibi ifade özgürlüğü ancak gerekliliği ikna edici gerekçeler ile ortaya konabilen ve sınırlı sayıda kısıtlamalara tabi tutulabilir.
- ii. 10. maddenin ikinci fıkrası anlamında ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmasına ilişkin “gerekli” sıfatı, “zorlayıcı sosyal/toplumsal bir ihtiyaca” işaret etmektedir.⁹⁴ Böyle bir zorlayıcı sosyal ihtiyacın mevcut olup olmadığını değerlendirme konusunda Taraf devletler belli bir dereceye kadar takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bu takdir yetkisi çerçevesinde gerek yasama faaliyeti kapsamında çıkarılan kanunlar, gerekse bağımsız mahkemeler tarafından verilen yargı kararları da dâhil olmak üzere, bu kanunların uygulanmasına ilişkin olarak alınan kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin gözetim ve denetimine tabidir. Bu nedenle Mahkeme, bir “sınırlamanın” Sözleşme’nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.
- iii. Gözetim ve denetim yetkisini kullanırken Yüksek Mahkeme kendisini ulusal mahkemelerin veya makamların yerine koymakla görevli değildir. Mahkeme daha çok ulusal mahkemelerin ve makamların takdir yetkisi kapsamında aldığı kararların 10. maddeye uygun olup olmadığını gözden geçirmek ve denetlemekle görevlidir. Ancak bu husus, AİHM’nin inceleme,

⁹⁴ Kılıçdaroğlu v Turkey, § 46; Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye, § 34; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.3), § 32; Surat / Türkiye, § 41; Tuşalp / Türkiye, § 41; Yalçınkaya ve diğerleri / Türkiye, § 32.

gözetim ve denetim yetkisinin, taraf devletlerin takdir yetkisini kullanırken makul, özenli ve iyi niyetle hareket edip etmediğini incelemekten ibaret olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Mahkeme, incelemesi sırasında ihtilaf konusu müdahaleyi bir bütün olarak ele alarak, müdahalenin meşru sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığına ve bu yönde ulusal makamlarca sunulan gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığına (*relevant and sufficient*) karar vermelidir.⁹⁵ Bunu yaparken Mahkeme, ulusal makamların 10. maddede belirtilen ilke ve standartlara uygun hareket edip etmediğini, sınırlama konusunda ulusal makam ve mahkemelerce verilen kararların ve gerekçenin konuya ilişkin vaka ve bulguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayanıp dayanmadığını gözetmek zorundadır.⁹⁶

Bu temel ilkeler doğrultusunda AİHM, ifade özgürlüğüne getirilebilecek muhtemel sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekliliği konusunda, istikrar kazanmış uygulamaları ve içtihatlarıyla bazı temel hususlara dikkat çekmekte olup bu hususlar aşağıda bu makalenin sınırlarının elverdiği ölçüde mümkün olduğunca geniş bir şekilde ele alınıp açıklanacaktır.

1. Maddi Olgulara İlişkin Açıklamalar ve Değer Yargısı Ayırımı

Hakaret suçu kapsamında başkalarının itibar ve haklarının korunması amacıyla AİHM'nin *Lingens v. Austria*⁹⁷ ve *Oberschlick v. Austria*⁹⁸ kararlarıyla birlikte ifade özgürlüğünün sınırları konusunda maddi olgulara ilişkin açıklamalar ile değer yargısına dayanan açıklamalar (*statements of fact and value judgments*) arasında bir ayırım yaptığı görülmektedir.⁹⁹ Buna göre, maddi olguların varlığının ortaya konması ve ispatı mümkün iken, değer yargılarının gerçekliğinin ortaya konması veya ispatı mümkün değildir. Dolayısıyla, değer yargısının ispatına ilişkin

95 Ali Çetin / Türkiye (Başvuru no. 30905/09), § 35, 20 Haziran 2017; Belge / Türkiye § 36; Dilipak ve Karakaya / Türkiye, § 118; Erdener / Türkiye, § 30; Mustafa Erdoğan ve diğerleri/ Türkiye, § 35; Özçelebi/Türkiye, § 48; Tuşalp / Türkiye, § 42; Yalçınkaya ve diğerleri / Türkiye, § 34.

96 Ataç / Türkiye, § 25; Büyükerşen / Türkiye (Başvuru no. 69975/12), § 24, 17 Aralık 2019; Demir / Türkiye, § 24; Dilipak ve Karakaya / Türkiye, § 118; Seğmen / Türkiye (Başvuru no.11314/10), § 18, 17 Mart 2020; Sevinç / Türkiye, (Başvuru no. 57878/10), § 27, 24 Mart 2020.

97 *Lingens v. Austria* (Application no. 9815/82), § 46, 8 July 1986.

98 *Oberschlick v. Austria* (Application no. 11662/85), § 63, 23 May 1991.

99 Erdener / Türkiye, § 24; Mustafa Erdoğan ve diğerleri, § 36; Kılıçdaroğlu v. Turkey, § 43; Tuşalp / Türkiye, § 43. Maddi olgular ve değer yargısı ayrımı için ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi *Emin Aydın*, başvurusu, § 50; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, 07.04.2015 tarih ve 2014/11790 E., 2015/4341 K. sayılı kararı.

getirilebilecek herhangi bir yükümlülük veya şart ifade özgürlüğünün esasını oluşturan ve Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunma altına alınan düşünce veya fikir sahibi olma özgürlüğünün bizatihi kendisini ihlal eder.¹⁰⁰ Bununla beraber, değer yargısı olduğu kabul edilen bir açıklamaya yönelik sınırlama veya müdahalenin orantılı olup olmadığı bu değer yargısı ifadesinin yeterli olgusal temelinin veya içeriğinin bulunup bulunmadığına göre değişmekte, yeterli olgusal temele dayanmayan değer yargıları aşırı olarak nitelendirilebilmektedir.¹⁰¹ Bir açıklama veya bildirim maddi olguya dayalı bir suçlama mı yoksa değer yargısı mı olduğunun anlaşılması için¹⁰² açıklamanın yapıldığı koşullar ile açıklamadaki üslubun veya açıklamanın genel olarak söyleniş tarzının (*the general tone of the remarks*) dikkate alınması gerekir.¹⁰³ Bu bağlamda, kamu yararına hizmet eden bildirim veya açıklamaların değer yargısı olarak kabul edilmesi ve maddi olguya ilişkin açıklama olarak el alınmaması ve ispatının beklenmemesi gerekir.¹⁰⁴ Ancak gerek Anayasa'nın 39. gerekse TCK'nın 127.maddesinde yer alan isnat edilen fiilde kamu yararının bulunması halinde faile isnadı ispat etme hakkının tanınacağına ilişkin düzenlemenin AİHM içtihatlarıyla uyumlu olmadığı gözükmektedir. Çünkü AİHM içtihatlarında isnat edilen fiil veya olgunun ya da rencide edici olduğu iddia edilen söylemin kamu yararı bulunması halinde ispatının gerekmediği belirtilirken, Anayasa'nın 39. ve TCK'nın 127/1. maddesinde kamu yararı bulunması halinde isnat edilen fiil ve olgunun ispatı için faile imkân verileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla değer yargısı içeren bildirim veya açıklamaların sövgü olarak kabul edilmesi halinde faile bu imkânın tanınmasının bile mümkün olmadığı, AİHM içtihatlarına aykırı olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim *Ali Çetin* kararında AİHM, mülga 765 sayılı TCK'nın 482/2 maddesinde belirtilen mağdurun yokluğunda telgraf, telefon, mektup

100 De Haes and Gijssels v. Belgium (Application no. 19983/92), § 42, 24 February 1997; Morice v France, § 126; Cihan Öztürk / Türkiye, § 29; Erdener / Türkiye, § 24.

101 De Haes and Gijssels v. Belgium, § 47; Oberschlick v. Austria (No. 2), (Application no. 20834/92), § 33, 1 July 1997; Brasilier v. France, (Application no. 71343/01), § 36, 11 April 2006; Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], (Application nos. 21279/02 and 36448/02), § 55, 22 October 2007.

102 Bu konuda ayrıntılı tartışma için bkz. GÜNAYDIN Gizem, "İfade Özgürlüğü Kapsamında Maddi Olgular ve Değer Yargıları Ayrımı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25. S.1, İstanbul, 2019, s.129-149; ÖZBEY Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", **TBB Dergisi**, S.106, Ankara, 2013, s.41-92.

103 Brasilier v. France, § 37.

104 Morice v France, § 126; Patrel v. France, (Application no. 54968/00), § 37, 22 December 2005.



resim veya herhangi bir yazı ile işlenen hakaret suçu kapsamında verilen toplam 406 TL para cezasına ilişkin yaptığı değerlendirmede, Türkiye Çevre Koruma Vakfı'nda muhasebe uzmanı olarak çalışan davacının, 2003 yılında söz konusu vakfın denetime tabi tutulması üzerine denetimi yapan müfettişin usulsüzlük olduğunu ortaya koyan raporuna karşı itirazını dile getiren ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yazdığı mektupta kullandığı "İşlemlerin teşvik edici belgeden noksanlığı iddiası Sayın Müfettişin Banka servislerinde fiilen çalışmamasından kaynaklı bilgi eksikliğinin sonucudur. Sayın müfettişe ... hesapların işleyişinin öğretilmesi [gerekmektedir]. Üstlerine vazife olmayanların bu konuda "Bekçi Murtaza" mantalitesi ile fetva vermeleri uhdelerinde bulundukları görevin ciddiyeti, tarafsızlığı ... ile bağdaşmaz..." şeklindeki ifadelerin, değer yargısı içerdiğini, başvuranın işini kaybetmesine yol açan müfettiş raporuna karşı tepki olarak ifade edilen eleştiriden ibaret olduğunu, mektubun kamuoyunun erişimine açık olmadığını ve aleniyet unsurunun bulunmadığını belirterek, para cezası şeklinde tayin edilmiş olsa da hakaret suçundan verilen cezanın ilgilinin ifade özgürlüğüne yönelik orantısız ve demokratik toplumda gerekli olmayan bir müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir.¹⁰⁵

Yine tarihi Beyoğlu Postanesi'nin restorasyonuna ilişkin olarak Postane Müdürü'nün, dönemin İstanbul PTT Başmüdürü'nü restorasyonda ihmalkar davranmakla eleştirdiği ve PTT'nin kar amacı gütmeyen POS-TEL dergisinde yayımlanan yazısı sebebiyle ödediği tazminata dair verdiği *Cihan Öztürk* kararında AİHM, olay tarihinde, restorasyon işini yapan firmaya fazla ödeme yapmak suretiyle görevi ihmal suçundan hakkında ceza yargılaması da yürütülen Başmüdür'ü hedef alan yazının yapısı dikkate alındığında, başvuranın yönelttiği soruların bir rüşvet suçlaması olarak nitelendirilemeyeceğini, bu ifadelerin halkın zaten bildiği gerçeklere dayanan değer yargıları olarak nitelendirilmesi gerektiğini, bu değer yargısının başlatılan ceza soruşturması nedeniyle yeterli olgusal temelinin veya içeriğinin bulunduğunu, bu tür yeterli maddi olgunun bulunduğu hallerde açılacak tazminat davalarında hükmedilebilecek yüksek tazminat miktarlarının kamu parasının kamu görevlileri tarafından harcanmasıyla ilgili konuların açık ve özgür bir biçimde görüşülmesini engelleyebileceğini, kamu görevlilerinin eleştirilmesinde caydırıcı etki yaratacağını belirterek, bu hallerde kişiler arasındaki uyuşmazlığın

105 Ali Çetin / Türkiye, §§ 38-45.

tekzip veya özür mektubu yayınlamak suretiyle giderilmesinin amaca daha uygun ve orantılı olacağına karar vermiştir.¹⁰⁶

Eski bir General ve Devlet Bakanı olan O. K.'nın bir dergiye verdiği röportajında yer alan bilgilere dayanarak, 1 Mayıs 1977 tarihinde meydana gelen kanlı 1 Mayıs Olaylarında yer aldığı iddiasına yer veren kitabın yazarı olan *Talat Turhan*'ın, kitapta yer alan iddia sebebiyle ödemek zorunda kaldığı tazminata ilişkin olarak yapılan başvuruda, AİHM, Talat Turhan'ın kitabında yer alan iddiaların kamuoyuna yansımış ve bir dergide yayınlanmış ifadelerden oluştuğunu, kamu yararına ilişkin değer yargısı içerdiğini, eski Devlet Bakanı olan ilgiliye karşı kabul edilebilir eleştiri sınırlarının başka bireylere oranla daha geniş olduğunu, değer yargılarının kanıtlanabilir niteliğinin bulunmadığını, kullanılan ifadeler için tazminat yoluyla yapılan müdahalenin korunması gereken zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği konusunda mahkemelerin yeterli, ikna edici bir gerekçe ortaya koyamadıklarını, karşılık çıkarlar arasında uygun bir denge gözetmediklerini belirterek ihlal kararı vermiştir.¹⁰⁷

2. Yaptırımın Ağırlığı ve Kullanılan İfadelerin Şiddete Teşvik Edip Etmediği

AİHM'ne göre, müdahalenin orantılı olup olmadığı belirlenirken uygulanan yaptırım veya verilen cezanın niteliğinin ve ağırlığının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bu bağlamda, para cezalarının göreceli olarak daha yumuşak bir yaptırım içeren yapısı, bu tür cezaların ifade özgürlüğünün kullanılmasında soğutma etkisi yaratmaya elverişli olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.¹⁰⁹

AİHM, Eğitim-Sen üyesi *İlknur Birol*'un 13 Nisan 1996 tarihinde bir miting sırasında dönemin Adalet Bakanı için sarf ettiği "Eli kanlı faşistleri adalet bakanı yapıyorlar, eli kanlıları hükümetin başına getiriyorlar", sözleri için Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesi gereğince "Adalet Bakanlığı'nun manevi şahsiyetine hakaret" suçundan hükmedilen 1 yıl hapis cezasına ilişkin olarak verdiği kararında, ceza kanunundaki bu hüküm ve mahkûmiyet hükmü dolayısıyla ilgilinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda

¹⁰⁶ Cihan Öztürk / Türkiye, §§ 29-34.

¹⁰⁷ Turhan / Türkiye (Başvuru no.48176/199), §§ 25-30, 19 Mayıs 2005.

¹⁰⁸ Stoll v. Switzerland, § 153; Bédat v. Switzerland, § 79; Belge / Türkiye, § 37.

¹⁰⁹ Ali Çetin, § 44; Morice v. France, § 127, 176; Dupuis and Others v. France (Application no. 1914/02), § 48, 7 June 2007.



gerekli” olup olmadığı hususunu tartışmıştır. Bu kararında AİHM, daha önceden *Sürek*¹¹⁰ ve *Gerger*¹¹¹ kararlarında belirtildiği üzere, eleştiri ve ifadelerin hassas içerik taşımalarının mümkün olduğunu, ancak bu tür eleştirilere Ceza Kanunu aracılığıyla yapılacak müdahalede, sarf edilen sözlerin şiddet kullanmayı, silahlı mücadeleyi, ayaklanmayı teşvik edip etmediğinin ve kin güden bir konuşma olup olmadığına araştırılması gerektiğini, ayrıca müdahalenin orantılı olduğundan bahsetmek için verilen cezanın niteliğinin ve ağırlığının da göz önünde bulundurulmasını gerektiğini belirterek, dava konusu mahkûmiyetin orantılı ve demokratik bir toplum için gerekli olmadığına ve dolayısıyla AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹²

Bu bağlamda AİHM, *Yılmaz ve Kılıç / Türkiye*¹¹³ davasındaki kararında, “dişe diş, kana kan, seninleyiz Öcalan” sloganının özellikle şiddeti çağrıştırdığına, *Kılıç ve Eren / Türkiye*¹¹⁴, davasındaki kararında “Yine yine başkaldırı, Başkanımız Öcalan” sloganının genel anlamıyla ele alındığında şiddet içeren bir tona sahip olduğuna karar vermiştir.

Davacı *Mustafa Erdoğan Sürat* hakkında 765 sayılı TCK’nın 159. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Silahlı Kuvvetleri aşağılama” suçundan verilen ve daha sonradan zamanaşımına uğrayan 1.620 TL para cezasına ilişkin olarak verdiği kararında AİHM,¹¹⁵ davacının haftalık bir dergide yer alan makalesinde “Darbeciler ve onların uşakları, hala kılık kıyafetimize karışıyorlar. Baskıların içeriğinde yeni darbeler, işkence, hukuk dışı zulüm tehditleri var. Sadece kaba kuvvete sahipler. Bunlar eskimiş yeniçerinin nevezurur tipidir. Bunlar Saddam yahut General Milos gibi... Darbeci katiller... Acımasız öküzlerin altında kırmızı halı... puta taparlar...” ibarelerinin bulunduğunu, kullanılan ifadelerden bazılarının sertliğine rağmen, bu bölümlerin, bazı askeri görevlilere ait olabilecek darbeci zihniyetin keskin bir eleştirisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu makalenin “gereksiz yere incitici” veya aşağılayıcı herhangi bir nitelik taşımadığını, şiddete veya kine teşvik etmediğini belirtmiştir. Ardından Mahkeme, söz konusu metnin kişileri, devlet ve memurları aleyhine şiddet eylemlerine teşvik eden görüşlere yer vermediğini veya yanlış olaylara dayanan onur kırıcı

110 *Sürek / Türkiye* (No.1) (Başvuru no. 26682/95), § 62, 8 Temmuz 1999.

111 *Gerger / Türkiye* (Başvuru no:24919/94), § 50, 8 Temmuz 1999.

112 *İlknur Birol / Türkiye* (Başvuru no. 44104/98), §§ 29-32, 1 Mart 2005.

113 *Yılmaz ve Kılıç / Türkiye* (Başvuru no. 68514/01), § 66, 17 Temmuz 2008.

114 *Kılıç ve Eren / Türkiye* (Başvuru no. 43807/07), § 28, 29 Kasım 2011.

115 *Surat / Türkiye*, §§ 38-41.

sözler ya da hakaretler içermediğini belirtmiştir. Yine bu kararda AİHM, ihtilaf konusu müdahalenin, kamu güvenliğinin korunması, düzenin korunması, suçun önlenmesi ve başkasının itibarının veya haklarının korunması yönünde meşru amaçlar izlediğini kabul ettiğini, ancak adli makamların, başvuruları önemli bir süre boyunca ciddi bir suç sebebiyle ceza yargılamasına tabi tutarak, ilgilinin kamu yararını ilgilendiren konularda kendi görüşlerini ifade etme isteği üzerinde caydırıcı bir etki yarattıkları kanısına vardığını ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirin zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediğini, her halükârda, hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve bu nedenle, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatinde olduğunu belirterek, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁶

Yine *Murat Vural*'ın 2005 yılında Ankara'nın Sincan ilçesindeki okullarda bulunan Atatürk büstlerine ayrı ayrı zamanlarda 5 kez boya dökmek suretiyle gerçekleştirdiği eylemler sebebiyle, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un 1 ve 2. maddesi gereğince "Atatürk'ün hatırasına hakaret ve Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri tahrip etme" suçundan verilen toplam 13 yıl 1 ay 15 günlük hapis cezasına ilişkin olarak verdiği kararında, AİHM, öncelikle Sözleşme'nin 10. maddesinin, ifade özgürlüğü kapsamında ifade edilen fikir ve bilgilerin yalnızca içeriğini değil, aynı zamanda aktarım şeklini de koruduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, insanların düşüncelerini, fikirlerini ve eleştirilerini genel yöntemlere kıyasla daha az aşikâr olan yöntem ve araçlarla aktarmaları ve ifade etmeleri halinde de, Sözleşme'nin 10. maddesinin geçerli olduğunu belirtmiştir.¹¹⁷ Ardından Mahkeme, siyasi açıklamalar veya kamu yararını ilgilendiren hususlarda ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin olarak Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasının dar yorumlanması gerektiğine, tüm ifadelerinde Atatürk'e karşı duyduğu memnuniyetsizliği ifade etmek için büstlere boya döktüğünü belirten davacının eyleminin de bu noktada bir görüşün sözsüz ve sembolik yollarla aktarımı olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu Atatürk'ün modern Türkiye'de ikon niteliğinde bir şahsiyet olduğunun farkında olduğunu belirten Mahkeme, Parlamento'nun, Atatürk'ün

¹¹⁶ Benzer gerekçeler için bkz. Dilipak / Türkiye, §§ 59, 68, 70.

¹¹⁷ Murat Vural / Türkiye (Başvuru no.9540/07), § 44, 21 Ekim 2014. Ayrıca bk. Oberschlick v. Austria, § 57; Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye, § 45; Kılıçdaroğlu v. Turkey, § 62.



hatırasına hakaret ettiğini ve Türk toplumunun duygularını zedelediğini düşündüğü belli davranışları cezalandırmayı tercih edebileceğini, ancak başvurana verilen 13 yıl 1 ay 15 günlük hapis cezasının ağır ve orantısız olduğunu, şiddet içerikli olmayan barışçıl ifade biçimlerinin hapis cezası tehdidinde tabi kılınmaması gerektiğini, bu hususta söz konusu 13 yıllık hapis cezasına ilişkin olarak sunulabilecek hiçbir gerekçenin söz konusu hapis cezasını haklı ve meşru göstermeye yetmeyeceğini, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹¹⁸

Nihayetinde 8 Temmuz 2003 tarihinde İsviçre'nin Lozan Köprüsü'nde meydana gelen 3 kişinin ölümüne, 8 kişinin yaralanmasına ve sürücünün de köprüden atlayarak intihara teşebbüs etmesine yol açan olaya dair yürütülen soruşturma kapsamında, bazı bilgilerin bir gazetede yayımlanmasının ardından, haberi yapan gazeteciye soruşturmanın gizliğini ihlal etmek suçundan verilen ve İsviçre Federal Mahkemesi'nce onanan, 4000 İsviçre Frangı para cezasının, ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil edip etmediğine ilişkin *Bédat* kararında, AİHM, başvurana verilen cezaların ifade özgürlüğünün kullanılmasına orantısız bir müdahale teşkil etmediğine, verilen para cezasının adalet sisteminin etkili bir şekilde işlemesine, habere konu sanığın adil bir biçimde yargılanması ve özel hayatına saygı gösterilmesi amacına hizmet ettiğine, verilen cezanın gerek gazeteci başvuran gerekse diğer gazeteciler üzerinde ilerde devam eden ceza soruşturmaları hakkında kamuoyunu bilgilendirme ve ifade özgürlüğünü kullanma konusunda caydırıcı bir etkisi bulunmayacağına, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹¹⁹

3. Menfaatler Arasında Denge Gözetilip Gözetilmediği ve Gerekçenin Uygun ve Yeterli Olup Olmadığı

AİHM ifade özgürlüğünün sınırları konusunda, ifade özgürlüğü ile yine Sözleşme'nin 8.maddesi ile garanti altına alınan başkalarının özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmektedir. Bu denge kurulurken dikkate alınması gereken ölçütler AİHM içtihatlarında şu şekilde belirlenmiştir: a) kullanılan ifadelerin kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, b) hedef alınan kişinin ne kadar tanındığı ve ifadenin ya da yayının konusu, c) hedef alınan kişinin önceki davranışları, d) bilginin

118 Murat Vural / Türkiye , §§ 52-54, 65-68. Bkz ayrıca Tuşalp / Türkiye , § 48.

119 *Bédat v. Switzerland*, § 81.

alınma yöntemi ve doğruluğu, e) yayının veya ifadenin içeriği, biçimi ve sonuçları ve f) uygulanan yaptırımın ağırlığı.¹²⁰

Bu hususta Fazilet Partisi'nin Anayasa Mahkemesi'nce kapatılması üzerine verilen kapatma kararını ağır bir şekilde eleştiren ve kapatma kararını veren üyelerin yeterliliğini ve tarafsızlığını sorgulayan Anayasa Hukuku Profesörü Mustafa Erdoğan tarafından yazılan makaleye ilişkin olarak, 3 Anayasa Mahkemesi üyesi tarafından makalenin yazarına, makalenin yayınlandığı derginin editörüne ve derginin tüzel kişiliğine karşı açılan tazminat davalarında hükmedilen tazminatın AİHS ile uyumlu olup olmadığına ilişkin kararında, AİHM, makalenin kamu yararını içeren adalet sisteminin işleyişine ilişkin bulunduğunu, hedef alınan kişilerin Fazilet Partisi'nin kapatılması lehine oy veren Anayasa Mahkemesi üyeleri olduğunu, resmi yetkileri dâhilinde hareket eden hukukçuların sıradan vatandaşlara kıyasla daha geniş kabul edilebilir eleştiri sınırlarına tabi olduğunu, makalede kullanılan ifade tarzının tek amacının mahkemeye ve üyelerine hakaret olmadığını, makalede kullanılan dil ve ifadelerin yeterli olgusal temele dayandığını, üslubun, tıpkı ifade biçimi gibi iletişimin bir parçasını oluşturduğunu ve ifade içeriğiyle birlikte korunduğunu, makalenin rağbet gören bir gazete yerine üç ayda bir yayımlanan yarı-akademik bir dergide yayınlandığını, ulusal mahkemelerin şikâyet konusu müdahalenin, demokratik bir toplumda başkalarının itibar ve haklarının korunması için gerekli bir müdahale olduğunu ortaya koyan yeterli gerekçelere dayanmadığını belirterek, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²¹

Birecik'in Sesi Gazetesi'nin imtiyaz sahibi ve yazı işleri müdürü Şevket Demir'in bir polis memuru hakkında kaleme aldığı 15 Şubat 2008 tarihli yazıda kullandığı "Polis misin yoksa ağa mısın? Şikâyet için karakola gelen vatandaşın yakasına yapışamazsın. Fırat Karakol Merkezi vatandaşın vergisi ile yapılan bir kamu yeridir. Senin babanın çiftliği değil. Orası, halkın en güvendiği yerdir. Bu gibi şahıslar, topluma, amirine, kurumuna ve Türkiye Cumhuriyeti'ne zarar vermektedir. Beyler, bu ülke, bu ilçe sahipsiz değildir. Bence toplumda cesur olmak yetmez, namuslu cesur olmak gerekir." ifadeleri nedeniyle hakkında

120 Axel Springer AG v. Germany, §§ 90-95; Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, § 93; Mustafa Erdoğan ve diğerleri/ Türkiye, § 38; Kılıçdaroğlu v. Turkey, § 45; Tarman / Türkiye (Başvuru no. 63903/10), § 38, 21 Kasım 2017. Aynı gerekçelere yer veren Türk Yüksek Mahkeme kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi *Emin Aydın* kararı, § 57; Danıştay 13. Daire'nin, 2014/3811 E., 2014/8564 K. sayılı kararı.

121 Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye, §§ 41-46.



TCK'nın 125. maddesi gereğince basın yoluyla hakaret suçundan verilen ve açıklanması geri bırakılan 2 yıl 15 günlük hapis cezasıyla ilgili olarak verdiği *Demir* kararında AİHM, Asliye Ceza Mahkemesi'nin gerekçesinin, başvuranın ifade özgürlüğü ile karşı tarafın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge gözettiğini belirtmeye imkân vermediğini, Asliye Ceza Mahkemesi'nce başvurana verilen hapis cezası ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, izlenen amaçla orantılı olup olmadığı hususunda bir araştırma yapılmadığını, yerel mahkemenin bu türden bir cezanın, mesleği gazetecilik olan başvuran için doğurabileceği caydırıcı etkiyi incelemediğini ve dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹²²

Yüksek Öğretim Kurulu Başkanı Y.C.Ö.' nün Kocaeli Üniversitesi'ne yaptığı resmi ziyaret dolayısıyla düzenlenen bir gösteri sırasında Yaşar Seğmen'in YÖK Başkanı'na ve jandarmalara yönelik olarak "Jandarma, defol.", "Aşırı dinci Ö.", "Burada bu yobaz YÖK Başkanı'nun konuşmasına nasıl izin verebilirler?", "Eğer, bu aşırı dinci içeri girmeye çalışırsa, biz buradayız." şeklinde attığı sloganlar nedeniyle, Kocaeli Sulh Ceza Mahkemesi'nin 30 Haziran 2009 tarihli kararıyla TCK'nın 125/1 ve 125/3-a maddesi gereğince, 1 yıl, 2 ay, 17 gün hapis cezasına mahkûm edilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin olarak AİHM, Sulh Ceza Mahkemesi'nin, ihtilaf konusu sloganların hakaret suçunu oluşturduğunu belirtmekle yetindiğini, bu bağlamda, başvuran hakkında verilen ve açıklanması geri bırakılan hapis cezasının orantılılığı ve bu cezanın ilgilinin ifade özgürlüğü üzerinde yaratabileceği caydırıcı etki hakkında incelemenin yapılmadığını, Sulh Ceza Mahkemesi'nin gerekçesinin başvuranın ifade özgürlüğü ile karşı tarafın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge gözettiğini belirtmeye imkân vermediğini ifade ederek, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²³

Askeri personel olan başvuran hakkında, üstü konumunda bulunan Albay tarafından başlatılan disiplin soruşturması çerçevesinde sunduğu savunma dilekçesinin içeriğinde yer alan "Albay L.U.'nun görevini kötüye kullanan bir asker olduğu, görevlerini ve çalışmalarını ihmal ettiği, olgun olmadığı, kızgınlıkla asılsız şikâyetlerde bulunduğu, Eğitim Komutanı ve Albay statüsüne uygun olmayan davranışlarda bulunduğu ve birçok kişisel sorunlarının olduğu" ifadeleri nedeniyle olay

122 *Demir / Türkiye*, §§ 24-28.

123 *Seğmen / Türkiye*, §§ 17-18.

tarihinde yürürlükte bulunan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 85/1 maddesi gereğince İzmir Askeri Ceza Mahkemesi'nce "üste hakaret" suçundan verilen 2 ay, 15 gün hapis cezasına ilişkin *Sevinç* kararında da AİHM, Askeri Ceza Mahkemesi'nin sadece savunma dilekçesinin gerekli olan sınırların ötesine geçtiğini ve ilgilinin hiyerarşik üstünün itibarını zedeleyecek nitelikte olduğu kanaatine vardığını belirtmekle yetindiğini, gerekçenin AİHM içtihatlarında belirtilen bütün ilgili kriterler doğrultusunda başvuranın ifade özgürlüğü ile karşı tarafın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge gözetildiğini belirtmeye imkân vermediğini, özellikle davadaki taraflarca yapılan görevler ile ihtilaf konusu belgenin bağlamı, başvurana verilen cezanın önemi, niteliği konusunda bir dengenin gözetilmediğini, başvurana verilen cezanın hedeflenen amaçla orantılı olup olmadığı konusunda araştırmada bulunulmadığını belirterek, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴

Yalçın Ergündoğan'a H. B. hakkında yaptığı haber nedeniyle TCK'nun 125/2. maddesi uyarınca verilen ve açıklanması geri bırakılan 2.100 TL'lik adli para cezasına ilişkin olarak verilen ve yukarıda aktarılan *Ergündoğan* kararında AİHM, Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararında, ihtilaf konusu makalenin kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aştığını, makalenin şikâyetçilerin onuruna, şerefine ve saygınlığına zarar verdiğini belirtmekle yetindiğini, başvuranın ifade özgürlüğü ile şikâyetçilerin özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı arasında denge kurulmasına ilişkin yeterli bir inceleme yapıp yapmadığının tespit edilmesini sağlayacak nitelikte uygun ve yeterli gerekçe sunmadığını, bu dengenin kurulmamasının ve yerel mahkeme kararlarına ilişkin gerekçenin yetersizliğinin, tek başına, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından sorun oluşturduğu kanaatine vardığını, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.¹²⁵

Deniz Kurmay Binbaşı olan başvuranın 24 Kasım 1997 tarihinde bir gemide gerçekleştirdiği denetim ziyareti sırasında, duvarda yer alan Atatürk portreleriyle alay ederek, bir astsubaya "Daha büyük kellesini assaydın bari" dediği gerekçesiyle 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un 1. maddesi gereğince, Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret suçundan neticede hükmedilen 7.300 TL para cezasına

¹²⁴ *Sevinç* / Türkiye, §§ 28-30.

¹²⁵ *Ergündoğan* / Türkiye, §§ 28, 31, 32. Gerekçenin yeterli olup olmadığı konusunda yapılan incelemeler için ayrıca bkz. Yalçınkaya ve diğerleri / Türkiye, §§ 36-37.



ilişkin olarak verdiği *Özçelebi* kararında AİHM, Türk mahkemelerinin, ihtilaf konusu sözlerin hangi bağlamda söylendiğine dair herhangi bir inceleme yapmadığını, bilhassa, başvuranın bu sözleri kapalı bir yerde ve çevresinde bulunan pek az kişinin önünde bağırarak söylediği hususunu göz önünde bulundurmadığını, bu bağlamda, başvuranın hitap ettiği astsubay ve olay sırasında orada bulunan diğer üç asker dışında, hiç kimsenin başvuranın sözlerinden haberdar olmadığını, ayrıca, başvuranın bu sözlerini topluma duyurma yönünde belli bir isteğinin ya da herhangi bir niyetinin olduğunu belirten herhangi bir unsur bulunmadığını, söz konusu sözlerin sarf edildiği koşulların, bu sözlerin etkisini büyük ölçüde sınırladığını, zira bunların tek başına Atatürk'ün hatırasına ağır hakaret teşkil ettiği şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatine vardığını, ulusal mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçelerin yeterli olmadığını ve söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaca nazaran orantısız olduğunu, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹²⁶

4. Siyasi Parti Faaliyetleri ve Kamuoyunda Tanınan Kişilerin Durumu

Mahkeme, ifade özgürlüğünün oldukça önemli olduğu siyasi parti faaliyetleri kapsamında yapılan konuşma ve tartışmalar nedeniyle ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalarda Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasının dar bir uygulama alanı olduğunu vurgulamaktadır. Herkes için önemli olmasına rağmen, ifade özgürlüğü, siyasi partiler ve bu partilerin aktif üyeleri için özellikle önemlidir. Siyasi partiler ve aktif üyeleri, seçmenlerini temsil etmekte, seçmenlerin endişelerine dikkat çekmekte ve çıkarlarını savunmaktadırlar. Özellikle muhalefet partisine üye olan bir siyasetçinin ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulması halinde, AİHM bu durumun yakından inceleme yapılmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, taraf devletler siyasi açıklamalar ve kamuoyunu ilgilendiren açıklamalar söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda geniş bir takdir yetkisine sahip değildirlir. Ancak genel ahlak ve dini değerlerin korunması söz konusu olduğunda taraf devletler daha geniş bir takdir yetkisine sahiptirler.

Yine siyasi faaliyetler ve kabul edilebilir eleştirinin sınırları konusunda, AİHM kamuoyu bağlamında hareket eden kişiler ile diğer kişiler arasında bir ayırım yapılması gerektiğini,¹²⁷ kullanılan ifadeye

¹²⁶ *Özçelebi* / Türkiye, §§ 50-52.

¹²⁷ *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*, §§ 117-118.

gösterilmesi gereken esnekliğin derecesine ilişkin olarak kamuoyunda bilinen gazeteciler, askerler, eğitimciler politikacılar gibi meslek grupları bakımından kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sıradan bir kişiye nazaran daha geniş olduğunu belirtmektedir.¹²⁸

Nitekim Tepebaşı (Eskişehir) Belediye Başkanı olarak görev yapan Ahmet Ataç hakkında 2011 yılı genel seçimleri öncesinde Başbakan hakkında söylediği sözler nedeniyle TCK'nın 125/3 maddesi gereğince görevli memura görevinden dolayı hakaret suçundan verilen ve yukarıda aktarılan *Ataç* kararında AİHM, yerel mahkemenin, özellikle ilgililerin politikacı statüsünü, genel seçimlerin bağlamını ve verilebilecek bir mahkûmiyet kararının başvuranın ifade özgürlüğünü kullanmasına yönelik oluşturabileceği caydırıcı etkiyi göz önünde bulundurarak, başvuranın ifade özgürlüğüne söz konusu mahkûmiyet kararıyla müdahale edilmesinin haklılığı hususunda tatmin edici bir gerekçe sunmadığını ve tarafların menfaatleri arasında bir denge kurulmadığını dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹²⁹

Yine aynı tarihte verilen *Büyükerşen* kararında da AİHM benzer gerekçelere yer vermiştir. 12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde muhalefet partisinden Büyükşehir Belediye Başkanı olan Yılmaz Büyükerşen'in, iktidar partisinden milletvekili olan ve tekrar aday olan S.K hakkında bir televizyon programında kullandığı "yani milletvekili adayı öyle yalanları böyle çarpıtarak gerçekleri bir tarafta kalkıp da yerel televizyonlarda halkı aldatmak amacıyla söylemesi, yani bunlarla böyle bir siyasetçi Meclise kazanır da giderse, Eskişehirliilerin çok dikkatli olması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü pek çok konuda aynı şekilde Eskişehirliileri aldatmaya teşebbüs edecektir... Milletvekili seçilirse şayet, bir daha böyle yalanlarla milleti uyutmasın." sözleri nedeniyle Eskişehir Sulh Ceza Mahkemesi'nce TCK'nın 125. maddesi gereğince hakaret suçundan verilen 1.740 TL adli para cezasına ilişkin bu kararında AİHM, Sulh Ceza Mahkemesi'nin kararında Büyükerşen'in sözlerinin, tartışmasız olarak S.K.'nin onuruna ve itibarına doğrudan zarar verecek nitelikte olduğunu, kabul edilebilir eleştirinin sınırlarını aştığını ve hakaret suçu teşkil ettiğini belirtmekle yetindiğini, yerel mahkemenin,

128 Kuliş v. Poland (Application no. 15601/02), § 47, 18 March 2008. Ayrıca bkz Dilipak ve Karakaya / Türkiye, § 136; Pakdemirli / Türkiye, § 45; Tuşalp / Türkiye, § 45; Şık / Türkiye (No.2), § 96; Ergündoğan / Türkiye, § 28. Bkz. ayrıca Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2014 tarih ve 2014/1689 E., 2014/17271 K.; 28.05.2015 tarih ve 2015/3995 E., 2015/6921 K.; 19.03.2015 tarih ve 2014/7941 E., 2015/3386 K. sayılı kararları.

129 Ataç / Türkiye, §§ 27-28.



özellikle ilgililerin politikacı statüsünü, genel seçimlerin bağlamını ve verilebilecek bir mahkûmiyet kararının başvuranın ifade özgürlüğünü kullanmasına yönelik oluşturabileceği caydırıcı etkiyi göz önünde bulundurarak tarafların menfaatleri arasında denge kurduğuna dair tatmin edici bir gerekçe sunmadığını, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹³⁰

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1814 (2007) sayılı "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Hakkında Tavsiye Kararıyla"¹³¹ Avrupa Konseyi'ne tüm üye devletleri, hakaret suçu ile ilgili olarak yürürlükte olan mevzuatlarını incelemeye ve her türlü kötüye kullanma riskini ortadan kaldırmak üzere, mevzuatlarını AİHM'nin içtihatlarıyla uyumlaştırmaya davet etmiştir. Bakanlar Komitesi de Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin bu tavsiye kararına katıldığını belirtmiştir.¹³²

Ardından Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1577 (2007) sayılı kararıyla¹³³ Arnavutluk, Azerbaycan ve Rusya Federasyonu gibi bazı üye devletlerde, hakaret suçuna yönelik soruşturmaların basın ve yayın organlarını susturma amacıyla kötüye kullanılabilirdiğini, bunun da basın yayın organlarının kendisine oto-sansür uygulamasına ve demokratik tartışma ortamının gerilemesine neden olduğunu (para.8), Azerbaycan ve Türkiye gibi üye devletlerde hakaret suçunun halen hapis cezasıyla cezalandırıldığını bu tür düzenleme ve uygulamaları kaygı verici bulduğunu (para.11), bu düzenlemelerin geciktirilmeksizin kaldırılması gerektiğini (para.13) belirtmiştir. Bu bağlamda, Parlamenterler Meclisi, var olan ancak uygulanmayan hapis cezalarına ilişkin düzenlemelerin bu düzenlemelerin muhafazası için mazeret olarak kullanılmaması gerektiğini (para.13), hakaret fiillerinde orantısız bir şekilde hükmedilen tazminat kararlarına ilişkin uygulamaları kınadığını, bunun Sözleşme'nin 10.maddesinin ihlali anlamına geldiğini (para.14) ifade etmiştir.

130 Büyükerşen / Türkiye, §§ 26-27.

131 RECOMMENDATION 1814 (2007) Towards decriminalisation of defamation Erişim adresi: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17587>, Erişim tarihi: 05.02.2021.

132 COMMITTEE OF MINISTERS, Doc. 11640 ,17 June 2008, Towards decriminalisation of defamation. Reply to Recommendation: Recommendation 1814 (2007) 11 June 2008. Erişim adresi: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=11944>, Erişim tarihi: 05.02.2021.

133 RESOLUTION 1577 (2007) adopted by the Assembly on 4 October 2007 (34th Sitting). Erişim adresi: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17588>, Erişim tarihi: 25.02.2021.

Ardından Parlamenter Meclisi,

hakaret suçunun hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasını,

hakaret suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların baskı aracı ve tehdit unsuru olarak kullanılmasının önlenmesi için savcılara daha fazla bağımsızlık verilmesini sağlayacak tedbirlerin alınmasını,

keyfi uygulamaların önüne geçmek üzere hakaret suçuna ilişkin düzenlemelerin daha açık bir şekilde tanımlanmasını,

hakaret yoluyla şeref ve itibara yapılan müdahalelerde bu haksız müdahalelere karşı bireyin hukuk muhakemesi ve tazminat yoluyla etkili bir şekilde korunmasını mümkün kılacak tedbirlerin alınmasını,

ifade özgürlüğü kapsamında sadece şiddeti, nefreti, ayrımcılığı, tarihi gerçeklerin inkârını teşvik eden söylemler ile kişileri ve kişi gruplarını rengi, ırkı, uyrukluğu, dili, dini, milli veya etnik kökeni sebebiyle tehdit eden söylemlerin suç olarak düzenlenmesini, bunlardan sadece şiddeti, nefreti ve tarihi gerçeklerin inkârını teşvik eden söylemlerin hapis cezasıyla cezalandırılmasını,

Türk Ceza Kanunu'nun 125/3 maddesinde olduğu gibi kamu görevlilerine karşı işlenen hakaret suçlarında kamu görevlilerine daha fazla koruma sağlayan düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasını,

uğranılan zarar ile orantılı olmayan tazminat miktarlarına ilişkin uygulamalara son verilmesini tavsiye etmiştir (para.17).

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin *Emin Aydın*¹³⁴ ve *Adnan Oktar*¹³⁵ kararlarında, bireylerin manevi varlığının korunmasına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğünün, "mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasıyla yerine getirilmesinin gerekli olmadığı, üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahalelerde bu haksız müdahalelere karşı bireyin hukuk muhakemesi ve tazminat yoluyla korunmasının mümkün olduğu, mahkemelerce ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulurken söz, yazı, resim ve benzeri şeylerin içeriğinde şiddet çağrısı veya nefret söylemi olmadığı sürece, kişilerin cezai soruşturmalara maruz kalmamalarına dikkat edilmesi, özellikle hapis cezası vermekten kaçınılmasıyla haksız müdahalelere karşı bireyin korunmasında diğer tedbirlere öncelik verilmesi" gerektiği ifade edilmekte ise de; yerel mahkemelerin kararlarında tutarlılık olmadığı görülmektedir.

134 *Emin Aydın*, § 54.

135 *Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35.

Mahkemelerin özellikle maddi olgular ve değer yargısı ayrımını tutarlı ve etkili biçimde uygulayamadıkları, ifade özgürlüğü ile başkalarının özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengenin korunması ilkesine gerekli özeni gösteremedikleri, ifade özgürlüğüne cezai yaptırım yoluyla getirilecek müdahalenin meşru sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığına dair uygun ve yeterli gerekçe sunamadıkları anlaşılmaktadır.

Hakaret suçlarıyla ilgili verilen hükümler sonrası, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurulardan da her zaman AİHM içtihatlarına uygun bir sonuç çıkmamakta¹³⁶ ve AİHM'ne başvuru sayısı hızla artmaktadır. Bu davalardan genelde 10. maddenin ihlali kararı çıkmakta ve Türkiye'nin insan hakları karnesi ve kurumsal itibarı zarar görmektedir.¹³⁷ Nitekim AİHM'nin 2020 yılı istatistiklerine göre, 2020 yılı içinde Rusya Federasyonu hakkında verilen 185 karardan sonra, Türkiye 97 kararla, hakkında en çok karar verilen ikinci devlet olmuştur. 2020 yılı içinde Türkiye hakkında verilen 97 kararın 85'inde ihlal kararı verilmiş, söz konusu ihlal kararlarında ise 31 ihlal ile en çok ifade özgürlüğüne ilişkin AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir.¹³⁸

Bu nedenle yukarıda aktarılan AİHM içtihatları ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1577 (2007) sayılı kararı çerçevesinde, hakaret suçuna ilişkin düzenlemelerin AİHM içtihatlarıyla uyumlu hale getirilmesi için, genel tahkir suçu olan hakaret suçunun suç olmaktan çıkarılması, şerefe ve kişilik haklarına yönelik korumanın özel hukuk hükümleriyle sağlanması, özel tahkir suçlarında ise sadece şiddeti, nefreti ve tarihsel gerçeklerin inkârını teşvik eden söylemlerin suç olarak yaptırıma bağlanması gerektiğini ve bu amaçla yeni yasal düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğunu düşünüyoruz. Ancak, söz konusu düzenlemeler yapılıncaya kadar, hakaret suçlarında mahkemeler özellikle hapis cezası vermekten kaçınmalı, haksız müdahalelere karşı bireyin korunmasında seçenek yaptırımlara öncelik vermelidir. Hapis cezasının verilmesi halinde ise mahkemeler ifade özgürlüğüne cezai yaptırım yoluyla getirilecek müdahalenin meşru

¹³⁶ *Ramazan Fatih Uğurlu (2)*, B. No: 2015/2461; 30/10/2018.

¹³⁷ DENGİ DENETLEME AĞI, "İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Hakaret Suçu Ceza Kanunundan Çıkmalı, Demokrasi Barometresi Politika Belgesi No:30", 14 Şubat 2019, s.3. Erişim adresi: <https://dengidenetleme.org/somut-oneriler/ifade-ozgurlugunu-sinirleyen-hakaret-sucu-ceza-kanunundan-cikmeli/>, Erişim tarihi: 05.02. 2021.

¹³⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS STATISTICS, Violations by Article and by State 2020. Erişim adresi: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2020_ENG.pdf, Erişim tarihi: 05.02. 2021.



sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığına dair uygun ve yeterli gerekçe sunma konusunda, mevcut alışkanlıklarından vazgeçerek daha duyarlı davranmalıdır. Mahkemeler, özellikle, failin mesleğini, toplum içindeki konumunu ve hükmedilecek hapis cezasının gerek failin gerekse diğer kimselerin ifade özgürlüğünü ilerde kullanma konusunda yaratabileceği caydırıcı etkiyi göz önünde bulundurarak, dengeli ve demokratik toplumun gerekleriyle uyumlu bir yaklaşım sergilemelidir.



KAYNAKLAR

ARISOY Mine, “Hakaret”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.72, Ankara, 2007, s.152-205.

ARTUK M.Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M.Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AYDIN Devrim, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt.19, S.2, İstanbul, 2013, s.879-918.

BAYRAKTAR Köksal/KİZİROĞLU Serap Keskin/YILDIZ Ali Kemal/ZAFER Hamide/RETORNAZ Eylem Aksoy/AKYÜREK Güçlü/EVİK Ali Hakan/SINAR Hasan/ALTUNÇ Sinan/İNCEOĞLU Asuman Aytekin/ERMAN Barış/ ERMAN Fulya Eroğlu, **Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

COUNCIL OF EUROPE, **Freedom of Expression and Defamation**. A study of the case law of the European Court of Human Rights, Tarlach McGonagle, Marie McGonagle, Ronan Q Fathaigh, Edited by Onur Andreotti, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2016.

GÜNAYDIN Gizem, “İfade Özgürlüğü Kapsamında Maddi Olgular ve Değer Yargıları Ayrımı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25. S.1, İstanbul, 2019, s.129-149.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2016.

KATOĞLU Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl.61, Sayı.2, Ankara, 2012, s. 657-693.

KAYANÇİÇEK Murat, **Şerefe Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

KÖKEN Enes, “Şerefe Karşı Suçlar”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**; S.6, Ankara, 2015, s.281-309.



ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

ÖZBEY Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.106, Ankara, 2013, s.41-92.

ÖZEN Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

SAKARYA Utku Coşkuner, “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2013/2, Ankara, 2013, s.409-424.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 10.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş, Ankara, 2018.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, Ankara, 2012.

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt**, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YENİDÜNYA Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.68, Ankara, 2007, s.43-93.

YURTCAN Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları**, 2.Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:286, Ankara, 2015.

İNTERNET KAYNAKLARI

COMMITTEE OF MINISTERS, Doc. 11640 ,17 June 2008, Towards decriminalisation of defamation. Reply to Recommendation: Recommendation 1814 (2007) 11 June 2008. Erişim adresi: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=11944>, Erişim tarihi: 05.02.2021.

COUNCIL OF EUROPE, SECRETARIAT GENERAL, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, “Study on the alignment of laws and practices concerning defamation with the relevant case law of the European



Court of Human Rights on freedom of expression, particularly with regard to the principle of proportionality”, CDMSI(2012)Misc11Rev2, 2012. Erişim adresi: <https://rm.coe.int/16804915c5>, Erişim Tarihi: 05.02.2021.

DENGE DENETLEME AĞI, “İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Hakaret Suçu Ceza Kanunundan Çıkmalı, Demokrasi Barometresi Politika Belgesi No:30”, 14 Şubat 2019, s.3. Erişim adresi: <https://dengedenetleme.org/somut-oneriler/ifade-ozgurlugunu-sinirlayan-hakaret-sucu-ceza-kanunundan-cikmali/> Erişim tarihi: 05.02. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS STATISTICS, Violations by Article and by State 2020. Erişim adresi: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2020_ENG.pdf, Erişim tarihi: 05.02. 2021.

RECOMMENDATION 1814 (2007) Towards decriminalisation of defamation Erişim adresi <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17587>, Erişim tarihi: 05.02.2021.

RESOLUTION 1577 (2007) adopted by the Assembly on 4 October 2007 (34th Sitting). Erişim adresi: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17588>, Erişim tarihi: 25.02.2021.

İNCELENEN KARARLAR

AİHM Kararları

Ali Çetin / Türkiye (Başvuru no. 30905/09), 20 Haziran 2017.

Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], (Application no. 48876/08), 22 April 2013.

Aslı Güneş / Türkiye Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 53916/00), 13 Mayıs 2004.

Ataç / Türkiye (Başvuru no.70607/12), 17 Aralık 2019.

Axel Springer AG v. Germany [GC], (Application no. 39954/08), 7 February 2012.

Bédat v. Switzerland [GC], (Application no. 56925/08), 29 March 2016.

Belge / Türkiye (Başvuru no. 50171/09), 6 Aralık 2016.

Brasilier v. France, (Application no. 71343/01), 11 April 2006.

Büyükerşen / Türkiye (Başvuru no. 69975/12), 17 Aralık 2019.



Cihan Öztürk / Türkiye (Başvuru no.17095/03), 9 Haziran 2009.

Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], (Application no. 40454/07), 10 November 2015.

Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri / Türkiye (Başvuru no. 28255/07), 8 Ekim 2013.

De Haes and Gijssels v. Belgium (Application no. 19983/92), 24 February 1997.

Demir / Türkiye (Başvuru no. 324/10), 7 Ocak 2020.

Dilipak / Türkiye (Başvuru no.29680/05), 15 Eylül 2015.

Dilipak ve Karakaya / Türkiye (Başvuru no. 7942/05 ve 24838/05), 4 Mart 2014.

Dink / Türkiye (Başvuru no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09), 14 Eylül 2010.

Dupuis and Others v. France (Application no. 1914/02), 7 June 2007.

Erdener / Türkiye (Başvuru no. 23497/05), 2 Şubat 2016.

Erdoğan / Türkiye (Başvuru no.25723/94), 15 Haziran 2000.

Ergünoğan / Türkiye (Başvuru no. 48979/10), 17 Nisan 2018.

Gerger / Türkiye (Başvuru no:24919/94), 8 Temmuz 1999.

Handyside v. the United Kingdom (Application no. 5493/72), 7 December 1976.

İlknur Birol / Türkiye (Başvuru no. 44104/98), 1 Mart 2005.

Kayasu / Türkiye (Başvuru no.64119/00 ve 76292/01), 13 Kasım 2008.

Kılıç ve Eren / Türkiye (Başvuru no. 43807/07), 29 Kasım 2011.

Kılıçdaroğlu v. Turkey (Application no.16558/18), 27 October 2020.

Kuliś v. Poland (Application no. 15601/02), 18 March 2008.

Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], (Application nos. 21279/02 and 36448/02), 22 October 2007.

Lingens v. Austria (Application no. 9815/82), 8 July 1986.

Morice v. France [GC], (Application no. 29369/10), 23 April 2015.



Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland [GC], (Application no. 16354/06), 13 July 2012.

Murat Vural / Türkiye (Başvuru no.9540/07), 21 Ekim 2014.

Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no.346/04 ve 39779/04), 27 Mayıs 2014.

Oberschlick v. Austria (Application no. 11662/85), 23 May 1991.

Oberschlick v. Austria (No. 2) (Application no. 20834/92), 1 July 1997.

Odabaşı ve Koçak / Türkiye (Başvuru no.50959/99), 21 Şubat 2006.

Özçelebi / Türkiye (Başvuru no. 34823/05), 23 Haziran 2015.

Pakdemirli / Türkiye (Başvuru no.35839/97), 22 Şubat 2005.

Paturel v. France (Application no. 54968/00), 22 December 2005.

Reznik v. Russia (Application no. 4977/05), 4 April 2013.

Salumäki v. Finland (Application no.23605/09), 29 April 2014.

Saygılı ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no. 19353/03), 8 Ocak 2008.

Seğmen / Türkiye (Başvuru no.11314/10), 17 Mart 2020.

Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.3) (Başvuru no.8732/11), 9 Temmuz 2019.

Sevinç / Türkiye (Başvuru no. 57878/10), 24 Mart 2020.

Stoll v. Switzerland [GC], (Application no. 69698/01), 10 December 2007.

Surat / Türkiye (Başvuru no. 50930/06), 10 Ekim 2017.

Sürek / Türkiye (No.1) (Başvuru no. 26682/95), 8 Temmuz 1999.

Sürek / Türkiye (No.4) [BD], (Başvuru no. 24762/94), 8 Temmuz 1999.

Şık / Türkiye (No.2), (Başvuru no. 36493/17), 24 Kasım 2020.

Tarman / Türkiye (Başvuru no. 63903/10), 21 Kasım 2017.

Turhan / Türkiye (Başvuru no.48176/199), 19 Mayıs 2005.

Tuşalp / Türkiye (Başvuru no.32131/08 ve 41617/08), 21 Şubat 2012.

Wingrove v. The United Kingdom (Application no. 17419/90), 25 November 1996.



Yalçinkaya ve diğeri / Türkiye (Başvuru no. 25764/09, 25773/09, 25786/09, 25793/09, 25804/09, 25811/09, 25815/09, 25928/09, 25936/09, 25944/09, 26233/09, 26242/09, 26245/09, 26249/09, 26252/09, 26254/09, 26719/09, 26726/09 ve 27222/09), 1 Ekim 2013.

Yaşar Kaplan / Türkiye (Başvuru no. 56566/00), 24 Ocak 2006.

Yılmaz ve Kılıç / Türkiye (Başvuru no. 68514/01), 17 Temmuz 2008.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013.

Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014.

Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, R. G.Tarih- Sayı:13/3/2014 -28940.

Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014.

Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, R.G. Tarih- Sayı: 1/7/2015-29403.

Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014.

Ramazan Fatih Uğurlu (2), B. No: 2015/2461, 30/10/2018.



TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN İNCELENMESİ

(An Review of Human Trafficking Crime in the Turkish Criminal Code)

Mümin GÜNGÖR¹

ÖZ

Çalışmayı oluşturan insan ticareti suçu ile korunan hukuksal fayda; ulusal ve uluslararası kamu düzeni ile suçun mağduru olan insanların maddi ve manevi bütünlükleri, şahsi özgürlüğü, insanların şeref ve haysiyeti, iş ve çalışma hürriyetleri, vücut bütünlükleri, genel sağlık ve ahlak gibi değerlerdir. Türkiye, insan ticareti suçunu başta “Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ile “Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın Ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına Ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolü” olmak üzere uluslararası belgeleri kabul etmek ve Türk Ceza Kanunu(TCK) mevzuatı içerisinde düzenlemek suretiyle hukuki yararları cezai koruma sağlamıştır. İnsan ticareti suçu, TCK’nın 80’nci maddesinde düzenlenilmiştir. Çalışma ile TCK mevzuatı temelinde doktrin ve yargı kararları ışığında insan ticareti suçu incelenerek katkı sağlanmağa çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Suçlar, Uluslararası Sözleşmeler, Türk Ceza Hukuku, Türk Ceza Kanunu, İnsan Ticareti Suçu.

ABSTRACT

Legal benefits protected by Human Trafficking Crime which is subject of this study are national and international public order and the material and moral integrity of people who are victims of crime, personal freedom, people’s honor and dignity, work and work freedom, bodily integrity, general health and morality. Turkey has provided criminal protection to legal benefits, particularly the crime of human trafficking “United Nations Transnational Organized Crime Nations Convention”

1 Öğretim Görevlisi, Tarsus Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu, Adalet Programı, Hukuk Bölümü, mmngngr46@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4731-2605.

and “Transnational Organized by the United Nations Convention to Appendix Trafficking Against Crime, Especially Women and the Prevention of Child Trafficking, Suppress and Protocol Relating to the Punishment” through adopting international documents, including the Turkish Penal Code and regulating it into its legislation. Human Trafficking Crime is regulated in the 80th article of the Turkish Penal Code. With this study, it will be tried to contribute by examining Human Trafficking in the light of doctrine and judicial decisions on the basis of Turkish Penal Code legislation.

Keywords: International Crimes, International Conventions, Turkish Criminal Law, Turkish Penal Code, Human Trafficking Crime.

GİRİŞ

Ceza hukuku, yaptırım çeşitleri ile ıslah etme, suç önleme fonksiyonlarının yanı sıra kamu düzenini sağlamaya çalışan kamu hukuku dalıdır². Suçlar birçok açıdan tasnife tabi tutulabilmektedir³. Bu ayrımlardan birisi de filin ihlal ettiği pasif süjeye, hukuki varlığa⁴ göre yapılan ayrımdır. Buna göre pasif süjesinin uluslararası toplum veya ulusal toplum olup olması açısından suçlar, ulusal suç ve uluslararası suçlar şeklinde tasnife tabi tutulabilmektedir⁵. TCK⁶’da ulusal ve uluslararası suçlar tasnifini kabul etmek ve uluslararası suçlar başlığı altına bir takım suçları koymak durumunda kalmıştır⁷.

2 TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.13 vd.; TEZCAN Durmuş, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı” **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, ss.271-289(s.271); AYDIN Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C.51, S.4, Ankara, 2002, s.131-167(s.134).

3 TOROSLU, s.16.

4 Hukuki varlığın fert, aile, toplum, devlet ve devletler topluluğu, uluslararası kamu düzeni olduğu yönünde bkz. ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.4, (“*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”); ŞEN Ersan ve MALBELEĞİ Erkam, **Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar**, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.17; TOROSLU, s.15, 18.

5 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.4; TURHAN Faruk, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması*” **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 3, Ankara, 2005, s.9-24(s.9); PARLAR Ali ve HATİPOĞLU Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 2**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.1200; BAKICI Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 3**, 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.26; BAYRAKTAR Köksal, EVİK Vesile Sonay ve KURT Gülşah, **Özel Ceza Hukuku Cilt I**, 2.Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2017, s.8.

6 R.G. Tarih-Sayı: 12.10.2004-25611.

7 KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.117, (“*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”); SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.103; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.17; TOROSLU, s.15, 18.

TCK'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının birinci kısımda uluslararası suçlar ikinci kısmında ise ulusal suçlar ele alınmaktadır. Söz konusu birinci kısım ise kendi içerisinde iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar(TCK m. 76-78)", ikinci bölümde ise "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti(TCK m. 79-80)" suçları bulunmaktadır. İnsan ticareti suçunun uluslararası suçlar başlığı altında incelenmesi ve TCK'nun özel hükümler başlığına bu suç türleriyle başlanması suçlara verilen ehemmiyeti ifade etmektedir⁸.

Çalışmayı oluşturan insan ticareti suçu⁹ ile korunan hukuksal fayda; ulusal ve uluslararası kamu düzeni, suçun mağduru olan insanların maddi ve manevi bütünlükleri, şahsi özgürlükler, insanların şeref ve haysiyeti, iş ve çalışma hürriyetleri, vücut bütünlükleri, genel sağlık ve ahlak gibi değerlerdir. İnsan ticareti suçu başta "Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ile "Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın Ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına Ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolü" olmak üzere uluslararası belgelerde düzenlenmiştir. Türkiye ise hem bu belgeleri kabul etmek hem de TCK 80'nci maddesinde düzenlemek suretiyle insan ticareti suçuna karşı hukuki yararları cezai koruma sağlamıştır¹⁰.

İnsan ticareti sorununun çözümünde ekonomik, siyasal, sosyal ve psikolojik koruma ve önlemlerle birlikte ceza hukuku önlemleri de elzemdir. Buna göre insan ticareti suçunu işleyenlerin ortaya çıkartılması ve bunların cezalandırılması, suçun mağdurların bulunarak kurtarılması ve korunması şeklindeki cezai koruma ve önlemler alınması insan ticareti suçu ile mücadele de önemli ve etkili olacaktır¹¹. Bu etkili ve önemli

8 YENİDÜNYA A. Caner, **İnsan Ticareti Suçu(TCK.m.80)**, 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.2; ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 19.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.210; TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 18.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.54-55; DOĞAN Koray, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.13; ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.210, ("*Ceza Hukuku Genel Hükümler*"); MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 3.Cilt**, 1.Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013, s.1117 vd.; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.17.; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.164; TOROSLU, s.18, 19.

9 ÖZCAN Mehmet ve ARICAN Mehmet, "AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti", **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi**, C.4, S.15, 2008,s.1-37(s.3); MANAV Hakkı, **Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti**, 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.223; ARSLAN Çetin, "İnsan Ticareti Suçu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.53, S.4, Ankara, 2004, s.19-84(s.19); RENK Bersu ve DEMİR Oğuzhan Ömer, "İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler", **Polis Bilimleri Dergisi**, C.13, S.1, Ankara, 2011,s.51-76(s.76).

10 MANAV, s.225; ARSLAN, s.21.

11 RENK ve DEMİR, s.51.

önlemlerden birisi olarak cezai koruma sağlayan insan ticareti suçu incelemesi TCK mevzuatı temelinde doktrin ve yargı kararları ışığında insan ticareti suçu irdelenecektir.

I. GENEL BİLGİLER

A. İnsan Ticareti Suçu ve Türk Mevzuatı

İnsan ticareti suçu istismar kökenli ekonomik bir suç türüdür. Genellikle ekonomik problem içerisinde olan ülkede yaşayan mağdurlar ele geçirilerek refah ülkelere araç olarak gönderilmekte ve orada kullanılmaktadırlar. İnsan ticaretinin oluşmasına yol açan en önemli sebep toplumsal, ailevi ve ekonomik kaygılardan daha iyi bir hayat sürmeye geçmek için içinde bulunacakları ortam, iş, çalışma şartları, iş geliri ve benzeri konularda kandırılmasıdır¹². Bu eylemlerle insan tacirlerine çeşitli biçimlerde istismar edilmek, sömürülmek üzere tedarik edilen insan ticareti mağdurları ve mağduriyetleri oluşmaktadır. İnsan ticareti insan yağması (sömürüsü) olarak da ifade edilmektedir¹³. Başka bir deyişle bir çeşit “yaşayan mal ihracı” olan insan ticareti, temel hak ve hürriyetleri üzerinde “bir eşya gibi” tasarruf işlemlerinin tesis edildiği fiil şeklinde de belirtilmektedir¹⁴.

İnsan ticareti, bireyin her açıdan sömürüldüğü, kullanıldığı, nesne durumuna sokulduğu bir fiildir¹⁵. Hatta insan ticareti suçu modern çağın köleliği, insanın yağma edilmesi olarak belirtilmektedir¹⁶. Çağımızın modern köleliği olarak ifade edilen insan ticareti suçu, gelişmiş tip teknolojinin istismarıyla yasadışı organ ve doku ticareti yapılması, teknolojiyle birlikte çocuk ve diğer insanların cinsel içerikli ürünlerinin oluşturularak satılması, pazarlanması ve benzeri suretlerle ortaya çıkan diğer istismar (sömürü) ekonomik suçudur¹⁷.

12 “Sanığın fuhuş amacıyla açık kimliği tespit edilemeyen bayan vasıtasıyla çocuk bakıcılığı işinde çalışacakları vaadiyle kandırarak getirdiği müştekilere, işin olmadığını söyleyerek yaptığı masrafları istemek, ekonomik durumları kötü olan müştekilerin paraları olmadığını söylemeleri üzerine, borçlarını fuhuş yaparak ödeyebilecekleri teklifinde bulunan, teklifin kabul edilmemesi halinde ise, onları bırakmayacağını söyleyen sanığın, hile ile kandırıp ülkeye getirerek barındırdığı müştekileri, baskı altında tutarak zorla fuhuşa teşvik ettiği anlaşılınca, yerinde olmayan gerekçeyle, müştekilere yönelik fuhuş suçundan kurulan hükümlerde, TCK’nın 227/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması, sübut bulan insan ticareti suçundan ise, mahkumiyet yerine beraat kararı verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2018/794, K. 2018/2178, T. 21.02.2018 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

13 MANAV, s.225; ARSLAN, s.28.

14 YENİDÜNYA, s.235.

15 SOYASLAN, s.122; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.117.

16 YENİDÜNYA, s.236; MANAV, s.225.

17 YENİDÜNYA, s.238; MANAV, s.225; RENK ve DEMİR, s.52

BM, Avrupa Konseyi ve AB hukuk düzenleri tarafından insan ticaretine ilişkin imzalanan birçok sözleşme bulunmaktadır. Söz konusu uluslararası hukuk düzeninde yaşanan bu gelişmelerin Türkiye'nin ulusal hukuk düzenine de dolaylı veya doğrudan etkisi olmuştur¹⁸. Türkiye insan ticareti suçuna ilişkin olarak "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine"¹⁹ ve bu sözleşme ek olarak getirilmiş olan "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın Ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına Ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolüne"²⁰ katılmıştır²¹. Anayasanın 90'nuncu maddesinin son fıkrası hükmünce söz konusu uluslararası belgeler kanun gücüne sahip olarak iç hukuka dahil olarak bağlayıcı bir etkiye sahip olmuştur²².

İnsan ticareti suçu ilk olarak, 1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu²³'nün ikinci babı olan "Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler" babının "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler" başlıklı altıncı faslı altına 2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun²⁴ un 2'nci maddesinin B bendi ile eklenen 201/b maddesi ile getirilmiştir. Daha sonra ifade edilen hüküm yeni TCK'nın 80'nci maddesi ile düzenleme bulmuştur²⁵. İnsan ticareti suçuna ilişkin ilk düzenleme yapılmadan önce işlenen ilişkili eylemlerin hürriyeti tahdit suçu kapsamında değerlendirildiği de ifade edilmektedir²⁶.

Bu etkilerin sonrasında yaşanan gelişmeler de olmuştur. 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova'da imzalanan "Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi (CETS 197)"²⁷ ni²⁷ Türkiye iç hukukuna aktarmıştır²⁸. Bunlara ek olarak iç hukukunda da "İnsan Ticaretiyle Mücadele ve

18 BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.162; RENK ve DEMİR, s.56.

19 Sözleşmeye Türkiye 2003 tarihli ve 4800 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile katılmıştır (R.G. Tarih-Sayı: 04.02.2003-25014).

20 Söz konusu protokole Türkiye 2003 tarihli ve 4804 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile katılmıştır (R.G. Tarih-Sayı: 04.02.2003-25014).

21 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.7-8; MANAV, s.224; ARSLAN, s.21; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.163; MALKOÇ, s.1158.

22 BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.164; ARSLAN, s.22,35.

23 R.G. Tarih-Sayı: 13.03.1926-320.

24 R.G. Tarih-Sayı: 07.10.2002-24841.

25 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.7; YENİDÜNYA, s.2; MANAV, s.224; ARSLAN, s.21,40; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.163; RENK ve DEMİR, s.56.

26 YENİDÜNYA, s.28; MANAV, s.224.

27 Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi asıl metni için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/197> ("CETS 197"), s.e.t.04.02.2021.

28 2016 tarihli ve 6667 sayılı Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun (R.G. Tarih-Sayı: 19.02.2016-29629).

*Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik*²⁹ şeklinde düzenlemeler yapılmıştır. CETS ile insan ticaretinin ağır insan hakları ihlali, insanlığın onuruna karşı suç oluşturduğu mağdurların esaretiyle neticelendiği vurgusu yapılarak insan ticaretiyle mücadelenin üstün gaye olduğu belirtilmektedir³⁰.

B. Kanuni Düzenlemesi ve Gereği

TCK m.80'de ise "(1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 md.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir. (2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir. (3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faille birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir. (4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur." şeklinde insan ticareti suçu düzenlenmiştir. TCK' nin ikinci kitabı olan "Özel Hükümler" kitabının birinci kısmı olan "Uluslararası Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçunun, "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmesinin isabetli olacağı ifade edilmiştir³¹. Yine insan ticareti suçunda "uluslararası kamu düzenine" nazaran "kişinin serbestçe irade oluşturma ve bu doğrultuda kendi geleceğini belirleme hakkının" özel nitelikte daha çok korunan hukuki menfaat olması dolayısıyla suçun "hürriyete karşı suçlar" başlığında düzenlenmesinin yerinde olacağı da belirtilmektedir³². Ancak insan ticareti suçunun, sözleşme ve protokol kabulüne, taşıdığı niteliğe ve sahip olduğu öneme binaen kanun sistematığında uluslararası suçlar başlığı altında düzenlenmesinin yerinde olduğu görüşüne³³

29 R.G. Tarih-Sayı: 17.03.2016-29656.

30 CETS 197, s.2.

31 ŞEN ve MALBELEÇİ, s.18; ARSLAN, s.44.

32 YENİDÜNYA, s.237; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.168.

33 MANAV, s.228.

katılmaktayız. Bununla birlikte insan ticareti de dahil uluslararası suçların kanun sistematığı açısından en önde düzenlenmesinin isabetsiz ve yerinde olmadığı da belirtilmektedir³⁴.

Düzenlemenin gerekçesinde Türkiye tarafından kabul edilen uluslararası sözleşme ve protokol hükümlerinin Türk hukuk sistemi içerisinde olması gerektiği için söz konusu hükümlerin icabını ifa etmek üzere insan ticareti suçunun getirildiği ifade edilmektedir³⁵. Bu duruma suç örgütlerinin sınırlar ötesi alanı genişleterek insanları bu uygar dünyada esarete mahkum ederek çocuk, kadın ve insan ticaretini örgütlenmesi gösterilmektedir³⁶.

TCK m.80'nin mülga TCK'nun 201/b maddesine göre yaptırımı ağırlaştırdığı, suçun örgütlü olarak işlenmesi ağırlaştırıcı sebebinin kaldırdığı ve tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin hükmü getirdiği görülmektedir. Aynı zamanda hürriyete karşı suçlar bölümünden uluslararası suçlar bölümüne alınmıştır³⁷.

C. Hukuken Korunan Fayda

Suçun esası olan hukuki yarar ile ceza normu vücut bulmaktadır. Ceza normu ile de hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması yani tehlikeye veya zarara düşmemesi sağlanmakta; güvencenin ihlal edilmesi durumunda ise bu ihlale yol açana ceza verilmektedir. Hukuki yarar ceza normunun bir nevi amacıdır. Hukuki fayda, ne tür sebeple ve hangi amaçla ceza normu konulduğunu ifade eden temel unsurdur.

İnsan ticareti suçu ile mağdurların maddi ve manevi vücut bütünlüklerine zarar verilmesi ve şahsi hürriyet hakları ellerinden alınması dolayısıyla Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m.8), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (AİHS.m.4) ve Türk Anayasası tarafından (An.m.18) düzenlenen ve korunan “Zorla Çalıştırma / Angarya Yasağı” ihlal edilmektedir. Ayrıca suç ile “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi Ve Manevi Varlığı(An.m.17)”, “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği(An.m.19)” ihlal edilmektedir. Başka bir ifadeyle insanın temel ve vazgeçilmez haklarının ihlaline yol açılmaktadır³⁸. Anlaşılacağı üzere suç ile ihlal edilmesinin

34 TOROSLU, s.19.

35 TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.482.

36 TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.482.

37 MANAV, s.225; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1249; BAKICI, s.89.

38 YENİDÜNYA, s.159-106; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.170 vd.; ŞEN ve MALBELEÇİ, s.18; ARSLAN, s.40, 44; RENK ve DEMİR, s.59.

önüne geçilmek ve hukuken korunmak istenen değerlerin kişilerin her türlü özgürlüğü, maddi ve manevi varlıkları olduğu ortadadır³⁹.

İnsan ticareti suçunun hukuki konusunu ulusal ve uluslararası kamu düzeni ile suçun mağduru olan insanların maddi ve manevi bütünlüklerini korumak oluşturmaktadır. Suçla kamu düzeni, şahsi özgürlüğü, insanların şeref ve haysiyeti, iş ve çalışma hürriyetleri, vücut bütünlükleri, genel sağlık ve ahlak gibi değerler korunmak istenmektedir. Bundan dolayı insan ticareti suçu birden fazla hukuksal yararı koruyan çok konulu bir suçtur⁴⁰.

D. Mağdur ve Suçun Maddi Konusu

Suçun mağduru; ırk, cinsiyet ve yaş fark etmeksizin herkes olabilir⁴¹. Genel olarak suçun mağdurları, izinsiz imalathanelerde çalıştırılan insanlar, ev işlerinde veya cinsel amaçla kullanılan kadınlar, dilendiricilik veya seyyar satıcılık yaptırılan çocuklar, evlatlık verilen bebekler, ağır işlerde ucuz yevmiye ile karın tokluğuna çalıştırılan erkeklerdir⁴². Mağdur, insan ticareti fiili ile karşı karşıya kalan herhangi bir gerçek kişidir⁴³. Ticari bir varlık olarak görülen suçun maddi konusu insan, fiziki güç ve kabiliyetleri, cinsel sömürü için bedenleri, teknoloji ve tıbbin gelişmesi ile birlikte organ ve dokuları, kültürel birikim ve üretimleri ile aynı zamanda suçun mağduru olmaktadır⁴⁴. Ancak insan ticareti suçunun tek mağduru gerçek kişiler olmayıp toplumu zarar gören kamu ile hukuk düzeni bozulan devlette diğer mağdurları oluşturmaktadır⁴⁵. Mağdurlar, fail tarafından baskı, cebir ve şiddet altında tutulmakta, çeşitli suçlara karıştırılmakta, kolluğa başvurmaları önlenmekte ve şikayette bulunmaktan çekinilebilmektedir⁴⁶. Bu hususta insan ticareti suçunun şikayete tabi olmayan bir suç olması suçla mücadelenin daha etkin olmasını sağlamıştır⁴⁷.

39 İnsan Ticareti Suçunda hukuken korunan fayda hakkında kapsamlı ve detaylı bilgi için bkz. YENİDÜNYA, s.158-168; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.164 vd.

40 SOYASLAN, s.122; YENİDÜNYA, s.160-168; MANAV, s.228; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1249; BAKICI, s.90; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.74; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.165; MALKOÇ, s.1157; ARSLAN, s.45; RENK ve DEMİR, s.6.

41 SOYASLAN, s.122; YENİDÜNYA, s.173; MALKOÇ, s.1166; MANAV, s.230; BAYRAKTAR/ EVİK/KURT, s.175; BAKICI, s.91; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.117.

42 YENİDÜNYA, s.173; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.175; BAKICI, s.91; MANAV, s.230.

43 CETS 197 (m.4/1-a), s.3.

44 ARSLAN, s.40.

45 ARSLAN, s.47; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.175.

46 BAKICI, s.91; ÖZCAN ve ARICAN, s.20.

47 ÖZCAN ve ARICAN, s.20.

Suç oluşumuna etki eden önemli bir husus mağdurun yaşıdır. 18 yaşından büyük mağdurlarda suçun oluşması için iradeyi etkileyen “tehdit, baskı, hile” ve benzeri şekilde kanunda sayılan araç eylemlerden yararlanması gerekmektedir, 18 yaşından küçük mağdurlarda suçun oluşması için kanunda belirtilmiş olan yardımcı eylemlerden yararlanılmasına gerek duyulmamaktadır. Başka bir deyişle kanun koyucu bu hallerde mefruz cebir halini öngörmektedir⁴⁸. İnsan ticareti suçunda mağdur sayısı ve bu sayısının tespit edilmesi önemlidir. Zira mağdur sayısına göre ceza tayininde bulunmaktadır⁴⁹. Bu yönde “Sanığın yaşları 10 ila 14 arasında değişen 8 mağduru Mardin ilinin Ömerli ilçesinden alıp İstanbul’a getirdiği, çocukların tümünü tek bir odada insanlık dışı koşullarda barındırdığı, şehrin çeşitli bölgelerinde sokaklarda kağıt mendil, midye satıcılığı ve tartıcılık gibi işlerde zorla çalıştırma şeklinde gerçekleşen eylemi birden çok insan ticareti suçunu oluşturur” şeklinde de Yargıtay kararı bulunmaktadır⁵⁰.

Suçun maddi konusu suçun tipiklik unsuru içerisinde yer alan fiillerin yöneldiği, suçun üzerinde işlendiği konu, obje veya insandır⁵¹. İnsan ticareti suçunda fiil, doğrudan mağdurun maddi ve manevi varlığı üzerinde gerçekleşmektedir. Bu şekildeki fiillerde birey, aynı bir nesne gibi alınması, satılması, nakledilmesi, sevk edilmesi ve benzeri durumlara sokulması dolayısıyla suçun konusunu oluşturmaktadır. Sömürülen, istismar edilen, “ticari mal” veya meta olarak görülen insan, suçun maddi konusunu teşkil etmektedir⁵². İnsan ticareti suçunun maddi konusu, suç mağduru olan insanın bizzatı kendisidir, kişinin bedenidir⁵³.

48 SOYASLAN, s.122; MALKOÇ, s.1166-1167; MANAV, s.231; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1249; BAKICI, s.90; ARSLAN, s.47.

49 “Sanığın suç tarihinde 15 yaşından küçük mağdurları ikna edip hırsızlık yaptırmak amacıyla götürmek isterken, bilet alacağı sırada yakalandığının anlaşılması eyleminin, mağdur sayısınca insan ticareti suçunu oluşturacağı gözetilmelidir.” Yargıtay, 9. Ceza Dairesi, E. 2007/8697, K. 2009/13101, T. 20.10.2009; aynı yönde bkz. “İnsan ticareti suçunun, mağdur sayısınca oluşacağı gözetilmemesi bozmayı gerektirir.” Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2018/234, K. 2018/1835, T. 14.02.2018; Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2008/19262, K. 2009/9026, T. 15.06.2009 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

50 Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2008/4555, K. 2008/7998, T. 25.06.2008 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

51 YENİDÜNYA, s.167; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.176; MANAV, s.232.

52 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.280-281; YENİDÜNYA, s.167; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.176; MANAV, s.232; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.118.

53 ARSLAN, s.46.



E. Fail

İnsan ticareti suçunda da fail herkes olabilir. İnsan ticareti suçunda failin özel bir nitelik veya sıfat taşıması aranmadığı için özgü bir suç değildir. İnsan ticareti fiillerini gerçekleştiren kişiler insan taciri olarak ifade edilmektedir. TCK m.80'de belirtilen seçimlik hareketli fiillerden birisini gerçekleştiren kişidir⁵⁴. Ancak TCK m.80 hükmünün en büyük eksikliği, TCK m.79/3 hükmünde ifade edildiği üzere birden çok kişi veya örgütlü olarak işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı hükmünü içermemesi olarak gösterilebilir⁵⁵. Zira bu suçlar genel olarak birden çok kişi veya örgütlü olarak işlenmektedir. Çağımızda, organize suçluluğun en büyük parasal kaynaklarından biriside insan ticareti fiilleridir⁵⁶.

İnsan kaçakçılığı suçunun bir tüzel kişi organ veya temsilcisi tarafından işlenmesi ve tüzel kişinin bundan yarar sağlaması durumunda tüzel kişinin faaliyetinin iptaline ve sağlanan yararın müsaderesine karar verilir⁵⁷. Suç şebekeleri, örgütleri insan ticareti suçunu genellikle paravan özel hukuk tüzel kişileri(örneğin; iş bulma acentesi, eğitim danışmanlığı, mankenlik ajansı, seyahat acentesi) vasıtalarıyla işlemekte ve suçtan elde ettikleri gelirleri kurdukları şirketler aracılığıyla aklamaktadırlar. Bu noktada önemli ekonomik kazanç sağlayan ve gün geçtikçe büyüyen bir suç sektörü olan insan ticareti suçunda tüzel kişilere karşı ciddi yaptırımların tatbik edilmesi suçla etkin mücadele için elzemdir⁵⁸.

II.SUÇUN UNSURLARI

A.Maddi Unsurları (Objektif Unsur)

Suçun maddi unsurunu; fiil (hareket), netice ve fiil ile netice arasındaki illiyet (nedensellik) bağı oluşturmaktadır. Aşağıda sırasıyla maddi unsuru oluşturan bu unsurlar ele alınacaktır.

1. Fiil

a. Araç Fiiller

İnsan ticareti suçunun 18 yaşından büyükler için oluşumu için aşağıda ifade edilecek ana fiillerin araç fiiller suretiyle işlenmesi

54 YENİDÜNYA, s.169; MALKOÇ, s.1166; MANAV, s.229; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.174; RENK ve DEMİR, s.59.

55 YENİDÜNYA, s.169; BAKICI, s.91; MANAV, s.229.

56 YENİDÜNYA, s.239; MALKOÇ, s.1166; MANAV, s.229.

57 SOYASLAN, s.122; YENİDÜNYA, s.239; MALKOÇ, s.1166; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.174.

58 YENİDÜNYA, s.239; ÖZCAN ve ARICAN, s.20.

öngörülmüştür. Araç fiil suretiyle işlenmeyen ana fiillerin insan ticareti suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir(TCK m.80/1). Ancak 18 yaşından küçükler için araç fiillerin varlığının gerekmediği, araç fiiller olmadan doğrudan ana fiiller ile de insan ticareti suçunun vücut bulabileceği söylenmiştir(TCK m.80/3). Kanun koyucu ana fiillerin gerçekleşmesini sağlamak üzere önceden yapılan belirli araç(yardımcı) fiillerin bulunmasını aramaktadır.

Aşağıda yer alan başlıkta ana fiil incelemeyen önce araç fiiller ele alınacaktır. Kanunda araç fiiller “*tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle*” şeklinde sırasıyla tek tek sayılmıştır(TCK m.80/1). Başka bir ifadeyle bu fiiller tazyik, cebir ve şiddet uygulama, tehdit, hile, aldatma, çaresizlikten yararlanmak şeklindeki sakat rızalarını elde edebilecek fiillerdir⁵⁹. Bu fiillerle oluşan rızanın yok hükmünde olduğu da kanunda açıkça zikredilmiştir(TCK m.80/2). Ancak söz konusu fiiller olmadan suçun unsurları eksik olacağından failin sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir⁶⁰.

Cebir(ikrah); ciddi, korkutucu vasa sahip bir hareketle kişinin iradesinin etkilenmesidir. İsteği dışında davranmaya zorlanmasıdır. Cebir mutlak ve zorlayıcı niteliğe sahip olmalıdır. Başka bir ifadeyle mağduru etkileyebilecek noktada ve ağırlıkta olmalıdır⁶¹. *Tehdit*, manevi bir cebir olup bir kişinin sahip olduğu değerlerine zarar verileceği korkusu oluşturulmak suretiyle harekete zorlanmasıdır. Tehdit, belli bir boyuta ulaşmalı, ciddi ve uygulanabilir olmalıdır. Cebir, şiddet ve tehdit fiilleri birbiri ile ilişkili olan terimler olduğu; cebir kavramının maddi ve manevi cebiri kapsayan genel bir terim olarak kullanıldığı; şiddet teriminin maddi cebir karşılığı kullanıldığı; tehdit teriminin ise manevi cebir karşılığı olarak kullanıldığı ifade edilmektedir. Söz konusu maddi

59 TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.482.

60 “*Sanığın Ukrayna’dan Türkiye’ye gelen kişileri fuhuş için tedarik ettiğinin Ukrayna emniyet güçlerince müştekilere bildirilmesine karşın, müştekilerin bu durumu bilerek Türkiye’ye geldikleri ve sanık tarafından karşılanıp fuhuşa yönettiklerinin anlaşılması karşısında; sanığın eyleminde 765 sayılı TCK nun 201/b maddesinde “... Zorla çalıştırma veya hizmet ettirmek, esarete veya benzer uygulamalara tabi kılmak ...” şeklinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmadığı, “fuhuş yaptırmak” maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren ve 5560 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK nun 80. maddesinin ise suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiş” Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2007/2806, K. 2007/4240, T. 30.05.2007 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).*

61 SOYASLAN, s.123-124; YENİDÜNYA, s.190-192; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169; BAKICI, s.93-94; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.110; ARSLAN, s.51.



veya manevi cebirin mağduru iradesinin tersine muayyen bir biçimde davranmaya sevk ettirecek, mecbur bırakacak vasıfta ve elverişlilikle olmalıdır. Netice olarak cebir geniş manada maddi (şiddet) ve manevi (tehdit) zorlamayı kapsamaktadır⁶². *Baskı(tazyik)* araç fiili ise tehdit, şiddet veya cebir boyutunda olmamakla birlikte kişinin iradesinin üzerinde etkili olarak sakatlanmasına yol açan ve istenileni yapmaya yönelten diğer her türlü zorlayıcı davranışlardır. Cebir yoğunluğuna ulaşmayan etkilemelerdir⁶³. *Kandırmak(Yanultmak)* fiili ise, bir kişinin yalan sözlerle veya hileli etkilerle aldatılarak istenilenin yaptırılmasıdır⁶⁴. Örneğin, hastabakıcılık yapacağı söylenerek ülkeye getirilen kadının fuhuş evine götürülmesinde kandırma araç fiili kullanılmıştır⁶⁵. Türkiye’de işlenen insan ticareti suçunun çoğunun yurtdışından çeşitli araçlarla kandırılarak getirilen kişilerle oluştuğu ifade edilmektedir⁶⁶.

Nüfuzun kötüye kullanılması, mağdur üzerinde sözü geçen, etkili ve emir verme yetkisi, ilişkisi (işçi-işveren, astlık-üstlük ilişkisi, akrabalık bağı gibi) olan kişinin bu durumu kötüye kullanmasıdır⁶⁷. Bu durumlarda fail, mağdur üzerinde itibarını kullanarak suçu işlemektedir. Mesela, çocuk esirgeme kurumu müdürünün söz konusu yetkilerini kullanarak çocukları bir suç örgütüne tedarik etmesinde nüfuzu kötüye kullanmak araç fiili söz konusudur. Ancak nüfuzun kötüye kullanımının belirli bir yoğunluğa ve seviyeye ulaşması gerekmektedir⁶⁸. *Kişilerin*

62 SOYASLAN, s.123-124; YENİDÜNYA, s.191-193; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169, 183-184; MANAV, s.236-238; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.119; BAKICI, s.93-94; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.110; ARSLAN, s.51.

63 SOYASLAN, s.124; MALKOÇ, s.1160; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169, 185; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.119.

64 SOYASLAN, s.124; YENİDÜNYA, s.196; MALKOÇ, s.1160; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169, 187; MANAV, s.239; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.119.

65 “Kandırma filinden bahsetmek için, bir kimsenin yanultularak ve aldatılarak iradesinin sakatlanıp bir işin yapılmasına razı edilmesi gerekir. Başka bir deyişle kandırmanın içeriğinde hile yapmak, aldatmak ve hataya sevk etmek esastır. Fail mağdura öyle şeyler söylemeli ki mağdur da bunlara inanarak aslında yapamayacağı şeyleri yapma durumuna girmelidir. Yani mağdurun rızasını verdiği şeyle, failin rızasını aldığı şey farklıdır... Somut olayda kandırma Şilinin gerçekleştiği söylenemez. Çünkü mağdurun pasaport bilgilerine göre evvelce Türkiye’ye çok sayıda girişi ve çıkışı yaptığı anlaşılmaktadır. Erzurum ilinde eoli kız kardeşi de bulunmaktadır. Türkiye’de kardeşi olmasına rağmen onun yanına gitmeyip sanığın yanına gelmiş, onunla birlikte kalarak fuhuş yapmaya başlamıştır. Sanık ile anlaşmazlığa düşmesi üzerine de evden ayrılıp, bir otele yerleşip yaşamına devam etmiştir. Bu oluşa göre; kandırma unsurunun gerçekleşmediği gibi, çaresizliğinden yararlanılarak rızasının elde edildiği de söylenemeyeceğinden atılı suçtan beraatine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010 (Kazanıcı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

66 SOYASLAN, s.123-124; BAKICI, s.93-94; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.110; ARSLAN, s.52-53.

67 YENİDÜNYA, s.194; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169; MANAV, s.239.

68 YENİDÜNYA, s.195; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169, 191; MANAV, s.239; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.119.

denetim olanaklarından yararlanmak araç fiili, sahip olunan konuma ait olanaklardan yararlanmak suretiyle kişinin iradesinin etkilenmesidir. Nüfuzun kötüye kullanılması ile mağdurun çaresizliğinden yararlanma araç fiilleri birbirlerine benzer fiillerdir. Fakat nüfuzun kötüye kullanılması, mağdurun çaresizliğinden yararlanma fiiline nazaran daha geniş ve etki alanı daha kapsamlı olan bir araç fiildir⁶⁹.

Mağdurun çaresizliğinden yararlanmada ise ailevi, sosyal durumdan, iş hayatından veya ekonomik koşullardan kaynaklanan çaresizlikte bulunan bir kimsenin bu durumundan yararlanarak rızası elde edilmektedir⁷⁰. Çaresizlik araç fiili için kişinin muhtaç bir hal içerisinde olması ve bu muhtaç halinin oluşturduğu ihtiyaçlardan istifade edilerek sömürülmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle çaresizlikten; kişinin yaşamını idame ettirmek, bir yerde barınmak ve iş bulmak mevzuunda elinden herhangi bir şey gelememesi anlaşılmalıdır. Aksi bir durumda, üstesinden gelemeyeceği bir çaresizlik ortamında bulunmayan kişinin çaresizliğinden, bu çaresizliğinden yararlanılmasından ve insan ticareti suçunun oluşumundan söz etmek mümkün değildir⁷¹.

Yukarıda ifade edilen cebir, tehdit, baskı, kandırmak, nüfuzu kötüye kullanmak, çaresizlikten yararlanmak araç fiilleri suretiyle fail, mağduru ülkeye sokmakta, tedarik etmekte, kaçırmakta, sevk etmekte ve barındırmaktadır. Bu araç fiiller ile ana fiillerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁷². Yani araç fiiller gerçekleştirilmeden

69 SOYASLAN, s.123-124; YENİDÜNYA, s.198-199; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.194; MANAV, s.241; BAKICI, s.93-94; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.110; ARSLAN, s.53.

70 SOYASLAN, s.123-124; YENİDÜNYA, s.199; MALKOÇ, s.1160; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.195; MANAV, s.241; BAKICI, s.93-94; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.110; ARSLAN, s.53.

71 YENİDÜNYA, s.199; "Dosya kapsamına göre, TCK'nın 80/3. maddesi kapsamında kalmayan ve rızalarıyla fuhuş yapan mağdurlara yönelik olarak sanıkların; tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle fuhuş yaptırıldıklarına dair mahkumiyetlerine yeterli, kuşkuadan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gibi anılan maddede belirtilen çaresizlik halinde, yeme içme, barınma ve seyahat gibi hayatın devam ettirilmesinde varlığı zorunlu olan konularda yapacak bir şeyi olmayan kimsenin durumunu anlamak gerekli olup, bu nitelikli halin varlığını kabul için, mağdurun üstesinden gelemeyeceği bir çaresizlik ortamında bulunması ve muhtaçlık halinin oluşturduğu bu durumdan yararlanılarak sömürülmesinin gerektiği, mağdurların ülkelerindeki ekonomik zorluklar sebebiyle Türkiye'ye gelerek, para kazanmak amacıyla rızalarıyla fuhuşa yönelmelerinde sanıkların, mağdurların çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmelerinden söz edilemeyeceği hususu dikkate alındığında, unsurları oluşmayan suçtan sanıkların mahkumiyetine karar verilmesi bozma nedenidir." Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/15853, K. 2016/18706, T. 6.12.2016; aynı yönde bkz. Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/8835, K. 2018/10828, T. 3.07.2018 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

72 YENİDÜNYA, s.237; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.177; MANAV, s.233.

örneğin kandırmadan, cebir, tehdit, şiddet uygulanmadan⁷³ ana fiiller gerçekleşmekte ise insan ticareti suçundan söz etmek mümkün değildir⁷⁴. Yine sayılan araç fiiller dışında bir fiille gerçekleştirilmesi suçta kanunilik ilkesi gereğince insan ticareti suçuna vücut vermeyecektir⁷⁵.

İnsan ticareti suçunun teşekkülü, öncelikle mağdurun iradesini tesir eden hareketlerin yapılmasına veya çaresizliğinden yararlanması ile mümkündür. Başka bir ifadeyle evvela failin mağdura “tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” şeklinde araç fiili olmalıdır⁷⁶. Failin söz konusu araç fiilleri işlerken ya da işledikten sonra mağduru “ülkeye sokması, ülke dışına çıkarması, tedarik etmesi, kaçırmayı, bir yerden başka bir yere götürmesi, sevk etmesi veya barındırması” biçimindeki ana fiilleri işlemesi iktiza etmektedir. Suçun teşekkülü için hem araç fiillerden en az birisinin hem de amaç fiillerden en az birisinin bir arada olması lazımdır. Dolayısıyla araç fiillerin amaç fiillerinden önce veya en geç bu fiillerle eş zamanlı olarak işlenmesi gerekir⁷⁷. Bu gerekliliğin istisnası suçun 18 yaşından küçük kişilere karşı işlenmesi halidir⁷⁸. Kanun koyucu araç fiillerde seçimlik hareketi kabul ettiği için araç fiillerden birisinin işlenmesi ile ana fiilli insan ticareti suçunun sübutu mümkün olabilmektedir⁷⁹.

73 “Mahkeme sanığın evlendirme vaadiyle oluşturduğu hileli yöntemlerle mağdureyi kandırarak, yol giderlerini de kendisi karşılamak suretiyle Türkiye’ye getirdiği, daha sonra da dönüş ve diğer ihtiyaçları için parası bulunmayan mağdurenin bu çaresizliğinden yararlanarak onu fuhuş yapmaya zorladığı ve mağdureyi ikna etmek suretiyle fuhuş yapmasını sağladığı kabul edilmiş ise de; olayda failin mağdur üzerinde cebir veya tehdit kullanması ya da mağdura hile yapması veya onun çaresizliğinden yararlanması unsuru bulunmamaktadır.” Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/12773, K. 2018/13529, T. 23.10.2018 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

74 “İnsan ticareti suçunun oluşması öncelikle mağdurun iradesini etkileyen hareketlerin gerçekleştirilmesine ya da onun zor durumundan istifade edilmesine bağlıdır. İnsan Ticareti suçunda, mağdurun Türkiye’de evli kız kardeşi bulunduğu kardeşinin yanına gitmeyiip sanığın yanına geldiği onunla kalıp fuhuş yaptığı ve anlaşmazlığa düşünce ayrılıp otelde kaldığı anlaşıldığı olayda kandırma unsurunun gerçekleşmediği gözetilmelidir.” Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/12773, K. 2018/13529, T. 23.10.2018 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat); MANAV, s.233.

75 YENİDÜNYA, s.238; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.183.

76 Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/8835, K. 2018/10828, T. 3.07.2018; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2015/24178, K. 2015/10157, T. 4.11.2015; Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010 ; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/12773, K. 2018/13529, T. 23.10.2018 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

77 YENİDÜNYA, s.188, 237; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.177; MALKOÇ, s.1161; MANAV, s.233,235.

78 YENİDÜNYA, s.188, 237; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.177; MALKOÇ, s.1161; MANAV, s.233,235.

79 BAKICI, s.94; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.109, 112; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.119-120.

Böylelikle araç fiiller vasıtasıyla mağdurun iradesi kaldırılarak zahiren rızası elde edilmekte ve daha sonra da bu durumdan istifade edilerek suçu teşkil eden amaç fiiller işlenmektedir. Son olarak araç fiillerin müşterek vasıfları mağdurun iradesi üzerinde etkisi olması, mağdurun iradesini sakatlaması ve mağdura istemediği bir şeyi yaptırması şeklinde ifade edilebilir. Yani araç fiiller mağdurun iradesini icbar veya bertaraf etmekte, mağdurun mukavemet göstermesine mani olmakta veya gösterilen mukavemeti etkisiz kılmaktadır. Bu fiillerle mağdurun hürce, serbestçe karar vermesinin ve hareket etmesinin önüne geçilmektedir⁸⁰.

b. Ana(Amaç) Fiiller

İnsan ticareti suçunu bir kişinin veya kişilerin baskı, cebir, hile, kandırma, çaresizliğinden faydalanma ve benzeri sebeplerle iradesini sakatlamak suretiyle fuhuş yaptırmak, çalıştırmak, organlarının verilmesini sağlamak, dilendirmek, esarete tabi kılmak, hizmet ettirmek amaçlarıyla ülkeye sokma, ülkeden çıkarma, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme, sevk ettirme, barındırma fiilleri oluşturmaktadır⁸¹.

Çocuk, kadın ve diğer insanların "ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılması" fiilleri insan ticareti suçunun maddi unsurundan fiil unsurunu teşkil etmektedir⁸²(TCK m.80/1). *Tedarik etmek*, suç konusu mağdurun araştırılarak bulunması ve gayeye hazır hale getirilmesidir. *Kaçırmak*, mağdurun rızası dışında kendi hür alanından çıkarılarak failin iktidarı altına alınmasıdır. *Sevk etmek* ise mağdurun tek başına bir yerden başka bir yere gönderilmesinin sağlanmasıdır. *Barındırmak*⁸³ ana fiili ise failin iktidarlığı altına girmiş mağdurun, bir

80 YENİDÜNYA, s.188; MANAV, s.235; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.169.

81 SOYASLAN, s.122; <https://www.goc.gov.tr/insan-ticareti-sss>, s.e.t. 27.10.2020.

82 TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.482.

83 "Sanıkların fuhuş yapmak için kendi rızasıyla Türkiye'ye giriş yapan, 21 yaşını bitirmiş mağdurelerin turist vizelerinin bitmesi üzerine sahte kimlik temin etmek suretiyle yurtdışı kalmalarına imkan sağladıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların eylemlerinde 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesi ve fıkrasındaki "zorla çalıştırma veya hizmet ettirmek, esarete veya benzer uygulamalara tabi kılmak ..." şeklinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmadığı, "fuhuş yaptırmak" maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK'nın 80.maddesinin ise suç tarihinde yürürlükte olmadığı, ayrıca mağdureler üzerinde cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz icrası, yahut hile kullanıldığı yolunda iddia ve delil de bulunmadığından, 765 sayılı TCK'nın 436.maddesinde tanımlanan suçun unsurlarının da oluşmadığı, ancak sanıkların eylemlerinin koşulları varsa Fuhuşla Mücadele Tüzüğü kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı yasanın 201/b maddesi ve fıkrası uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması, isabetsizdir." Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2007/952, K. 2008/4070, T. 15.04.2008 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

yere yerleşmesinin ve orada yaşamasının sağlanması şeklinde ifade edilmektedir⁸⁴.

İnsan ticareti suçunun kanuni tanımında hangi araç ve amaç fiillerle işlenebileceğinin bizzat gösterilmesi dolayısıyla insan ticareti suçu *bağlı hareketli* bir suçtur. Başka bir ifadeyle suç, *serbest hareketli bir suç değildir*⁸⁵. Ancak kanunda doğrudan ifade edilen fiille işlenebilen; belirtilen fiille işlenmediği takdirde oluşamayan bir suçtur. İnsan ticareti suçu tek bir hareketle değil birden fazla hareketin(iki hareketin ayrı ayrı) yapılması dolayısıyla iki hareketli bir suçtur. Yani hareketin sayısı bakımından da *tek hareketle değil, belirtilen seçimlik hareketler ile işlenmektedir*. Seçimlik hareketli bir suçtur⁸⁶. İnsan ticareti suçu, mütemadi suç olup failin baskısı sona erene kadar devam edeceği ifade edilmektedir. Bu yüzden insan ticareti suçu temadinin kesildiği yer ve zamanda tamamlanmış olmaktadır⁸⁷. Ancak bu fiillerden ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek ve kaçırmak fiilleri neticesi harekete bitişik olan sırf hareket(ani) suçunu; bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek fiilleri ise mütemadi (kesintisiz) bir insan ticareti suçunu oluşturduğu da ifade edilmektedir⁸⁸. İnsan ticareti suçu barındırmak ve başka bir yere sevk etmek fiilleri açısından temadinin mümkün olabileceği suçlardandır. Hareketin yapılması yeterli olup amaca ulaşılması gerekmemektedir⁸⁹. İnsan ticareti suçu icrai bir şekilde işlenebilmektedir⁹⁰. Ancak ihmali veya ihmâl suretiyle icrai bir şekilde işlenebileceği de savunulmaktadır⁹¹.

Suç seçimlik hareketli bir suç olması dolayısıyla eylemlerin birisinin yapılmasıyla tamamlanmaktadır. Temadinin devam etmesi kaydıyla belirtilen fiillerden birinin veya birkaçının icrasının suçun teklifi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹². Örneğin, failin mağdurun organlarını almak için mağduru evinde barındırması

84 SOYASLAN, s.122-123; YENİDÜNYA, s.203-209; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.198-209; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.115-117; ARSLAN, s.48.

85 YENİDÜNYA, s.186; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.116; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.178; MANAV, s.233; ARSLAN, s.49.

86 YENİDÜNYA, s.186; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.116; MALKOÇ, s.1161; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.179; MANAV, s.233; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1251; BAKICI, s.92, 97; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.115; ARSLAN, s.48,53.

87 PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1251; BAKICI, s.92, 97; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.115; ARSLAN, s.48.

88 SOYASLAN, s.125; MALKOÇ, s.1161; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.210-211; MANAV, s.234.

89 SOYASLAN, s.122-123; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1251; BAKICI, s.92, 97.

90 SOYASLAN, s.125; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.180; MANAV, s.234.

91 SOYASLAN, s.125; YENİDÜNYA, s.185.

92 YENİDÜNYA, s.187; ARSLAN, s.60.

veya başka bir yere sevk etmesi hallerinde tek bir insan ticareti suçu söz konusudur. Burada failin mağdura eylemi birden çok ise de tek bir suç olarak görülmektedir⁹³.

2. Netice

İnsan ticareti suçu, sırf hareket suçudur. İnsan ticareti suçu yukarıda ifade edilen araç fiiller vasıtasıyla amaç fiillerin yapılmasıyla tamamlanmakta olan bir suçtur. Dolayısıyla neticesi harekete bitişik(şekli) suçtur⁹⁴. Peki bu suç, zarar suçu mu yoksa bir tehlike suçu mudur? Bu yönde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre özel saikle araç fiiller kullanılarak ana fiilin yapıldığı yani tedarik edildiği, kaçırıldığı, sevk edildiği veya barındırıldığı vakit suçun mağduru özgür hareket edebilme olanağından mahrum bırakılmakta ve bir şekilde zarara uğratılmasından dolayı insan ticareti suçunun bir zarar suçu olduğu savunulmaktadır⁹⁵. İkinci görüşe göre ise madde metninde öngörülen amacın gerçekleşmesi aranmaması, kişinin insan ticaretine ilişkin fiillere muhatap kılınmasıyla haksız kazanç elde edilen birer ticari eşya durumuna getirilmesi ve öngörülen neticeyi ortaya çıkarma imkan ve ihtimaline yol açması dolayısıyla insan ticareti suçunun bir tehlike suçu olduğu belirtilmektedir⁹⁶. İnsan ticareti suçunda gayeye ulaşıp ulaşılmadığının değerlendirildiği yer o suçun neticesi itibariyle maddi unsurunu oluşturmaktadır. Öngörülen amacın gerçekleşmesi, bu suçun maddi unsurunun neticesi bakımından dikkate alınmamaktadır. Gayeye ulaşma koşulu dikkate alınmaksızın suçun manevi unsuru ile sınırlı tutulmaktadır⁹⁷. Dolayısıyla belirtilen fiillerin yapılmasıyla herhangi zararın ortaya çıkıp çıkmadığına bakılmaksızın hukuken korunan değerlerin tehdit edilmeye, ihlal edilmeye başlanıldığına ifade ederek insan ticareti suçunun bir tehlike suçu olduğunu belirtenlere katılmaktayız.

B.Manevi (Subjektif) Unsuru

İnsan ticareti suçu, özel kastın arandığı suçlardan birisidir. Suç, özel kast ile işlenilebilen bir suçtur. Buna göre “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının

93 YENİDÜNYA, s.187; MALKOÇ, s.1161; ARSLAN, s.60; MANAV, s.233.

94 YENİDÜNYA, s.187; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.209.

95 ARSLAN, s.59.

96 YENİDÜNYA, s.187; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.211; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.121; MANAV, s.234-235.

97 ŞEN ve MALBELEĞİ, s.121; YENİDÜNYA, s.187.



verilmesini sağlamak maksadıyla" fiilin işlenmesi yani kazanç sağlamak amacı aranmaktadır. Bu suretle kendisine veya bir başka kimseye maddi veya manevi kazanç veya çıkar sağlamak istenmektedir⁹⁸.

"Zorla çalıştırmak", bir kişinin cebir, şiddet, tehdit altında bir işte çalıştırılmasıdır⁹⁹; "hizmet ettirmek", her türlü ihtiyacın giderilmesine yönelik çalışmalardır; "fuhuş yaptırmak"¹⁰⁰, menfaat karşılığında başkalarının cinsel zevkinin tatmin edilmesidir; "esarete tabi kılmak", bir kimsenin tutsak olarak tutulmasıdır; "vücut organlarının verilmesini sağlamak", bir kimsenin organlarının alınması için zorla rızasını sağlamaktır¹⁰¹. Örneğin, rahat ettirileceği güvencesiyle kimsesi bir gencin kandırılarak şehre götürülüp organlarının bir başkasına verilmesini sağlama ile insan ticareti suçu oluşmaktadır. Yine güzel bir işle iyi bir maaş alacağı vaadiyle ülkeye getirilerek fuhuş yaptırmakta insan ticareti suçunu oluşturmaktadır¹⁰². Fiilin söz konusu özel kastla işlenmesi ile

98 SOYASLAN, s.126; YENİDÜNYA, s.209-210; MALKOÇ, s.1162; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.215; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.123; ARSLAN, s54.

99 "Nizip İlçesinden getirilen mağdurenin sanıklar tarafından evlerinde zorla barındırılıp ve konsamatrix olarak cebir, şiddet ve tehdit kullanarak çalıştırmaları biçimindeki eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde tanımlanan İnsan Ticareti suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden sanıklar Ergül Barut ve Fatma Damla Uzdemir hakkında İnsan Ticareti ve sanık Ergül Barut hakkında 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından kurulan hükümlere ilişkin Ergül Barut ve Fatma Damla Uzdemir müdafilerinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, sanıklar hakkında kurulan bu hükümlerin oybirliğiyle onanmasına..." Yargıtay, 8.Ceza Dairesi, E.2007/10501, K.2008/2801, T.25.3.2008 (Kazancı İçtihat).

100 Söz konusu özel saik 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bu tarihten önce ve fuhuş yönelik amaçlarla işlenen fiiller insan ticareti suçunu değil TCK m.227'ye göre cezalandırılmaktayken, bu değişiklik sonra ve bu özel saikle işlenen fiiller TCK m.80'e göre cezalandırılmaktadır. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz.: "Ukrayna uyruklu mağdure O. N.'nin gazetede aşçı arandığına ilişkin ilan verilmesi üzerine kurduğu irtibat nedeniyle İstanbul'a geldiği ve sanık M.'nin ilanı veren kişiye 1700 dolar vererek mağdureyi alıp Nevşehir iline getirdiği ve sanık Yasin ile birlikte cebir, şiddet, tehdit, hile ile fuhuşa yönettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK'nın 201/b madde ve fıkrasındaki "zorla çalıştırma veya hizmet ettirmek, esarete veya benzer uygulamalara tabi kılmak..." şeklinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmadığı, "fuhuş yaptırmak" maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinin ise suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek, sanıklar hakkında suç tarihinde 21 yaşını bitirmiş olan mağdureyi hile kullanmak suretiyle fuhuş için tedarik suçundan 765 sayılı TCK'nın 436/1. fıkrası, 2. cümlesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken aynı yasanın 201/b madde ve fıkrası uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş..." Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2007/4540, K. 2007/4618, T. 11.06.2007; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/8835, K. 2018/10828, T. 3.07.2018 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

101 YENİDÜNYA, s.214-219; BAKICI, s.95; ARSLAN, s55.

102 "Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; Belarus uyruklu mağdure Vera Krivenia'yı, pasaportunu zorla alıp cep telefonundaki telefon defterini silmek ve yerleştirdikleri evden dışarı çıkmasına engel olmak suretiyle cebir ve şiddet ile fuhuşa yönettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK'nın 201/b madde ve fıkrasındaki "zorla çalıştırma veya hizmet ettirmek, esarete veya benzer uygulamalara tabi kılmak..." şeklinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmadığı, "fuhuş yaptırmak" maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı

insan ticareti suçu vücut bulacaktır(TCK m.80/1). Genel kast veya taksirle insan ticareti suçunun işlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla failin kişileri zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak şeklindeki özel saiklerden biriyle veya birkaçıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu özel kast içerisinde istismar, sömürü arzusu da doğal olarak yer almaktadır¹⁰³. Ancak en nihayetinde belirtilen amaçların özünde mağduru istismar etmek, sömürmek ve bununla da maddi kazanç elde etmek, zenginleşmek amacı bulunmaktadır¹⁰⁴.

Madde hükmünde sayılanlar dışında herhangi bir amaçla fiilin işlenmesi halinde insan ticareti suçu oluşmayacaktır. Söz konusu amacın durumuna göre TCK'da belirtilen suçlardan birisi söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle insan ticareti suçunun en mühim özelliği ve diğer suçlardan ayrılmasını sağlayan unsuru manevi unsurdur. Suç bu özel unsuru sayesinde başta "tehdit suçundan" (TCK m.106), "cebir suçundan" (TCK m.108) ve "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan" (TCK m.109) farklılaşmaktadır¹⁰⁵. Yine amaç, terör örgütlerine destek sağlamak şeklinde bir amaçla gerçekleşirse insan ticareti suçu değil, TCK m.314'te düzenlenen "silahlı örgüt suçu" oluşacaktır¹⁰⁶. Kanunda belirtilen amaçlar olmadan kişinin kaçırılması kişinin hürriyetinden yoksun kılınması suçunu (TCK m.109) oluşturacaktır¹⁰⁷. Gelişen somut durumlara göre TCK'da belirtilen suçlarda söz konusu olabilmektedir. Özellikle 2006 tarihli ve 5660 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un¹⁰⁸ 3'üncü maddesiyle TCK m.80'ne

Yasanın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinin ise suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek, sanıklar hakkında suç tarihinde 21 yaşını bitirmiş olan mağdureyi cebir ve şiddet kullanmak suretiyle fuhuş için tedarik ve hürriyeti tahdit suçlarından 765 sayılı TCK'nın 436/1. fıkra 2. cümlesi ve 179. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken aynı yasanın 201/b madde ve fıkrası uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2006/10550, K. 2008/1364, T. 3.03.2008 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

103 BAKICI, s.95; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.216; ARSLAN, s54.

104 BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.218.

105 MALKOÇ, s.1162; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.216.

106 SOYASLAN, s.126; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1253.

107 MALKOÇ, s.1162; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.125; "Sanıkların birlikte hareket ederek yabancı uyruklu mağdureleri para karşılığı fuhuş için tedarik ettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK'nın 201/b madde ve fıkrasındaki unsurların oluşmadığı, fuhuş yaptırmak maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Yasa'nın suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek, sanıkların suç tarihine göre 21 yaşını bitirmiş mağdureyi cebir ve şiddet kullanarak fuhuş için tedarik ve hürriyeti tahdit suçlarından mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekir." Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2007/1862, K. 2008/5276, T. 8.05.2008 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

108 R.G. Tarih-Sayı: 19.12.2006-26381.

eklenen “fuhuş yaptırmak” şeklinde bir başka amaç getirilmiştir¹⁰⁹. Bu düzenleme öncesinde fuhuş yaptırmak amacıyla işlenmiş fiillere aleyhe kanunun geçmişe yürüme yasağı dolayısıyla mülga TCK m.436’nın uygulanması, mülga TCK m.201/b ile TCK m.80’nin uygulanmaması gerektiği yönünde birçok mahkeme kararı bulunmaktadır¹¹⁰. Ekleme sonrasında fuhuş yaptırmak amacıyla işlenen fiillerde insan ticareti suçu¹¹¹ ve bu suçla Fuhuş Aracılık Etme Suçu¹¹² (TCK m.227) söz konusu olabilmektedir¹¹³.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

İnsan ticareti suçunda, kanunda belirtilen tipe uygun fiilin yapılmasıyla suçun hukuka aykırılık unsuru oluşmaktadır. Ancak

109 MALKOÇ, s.1157.

110 “Ukrayna uyruklu sanık T. A. ve eşi sanık H. A. ’nın Ukrayna uyruklu mağdureler V. D., T. G. ve G. D. ’yu gezdirme teklifiyle yasal yollardan Türkiye’ye getirdikten sonra İstanbul da diğer sanık Y. A. ve kimlik bilgileri tespit edilemeyen İsmet isimli kişiye teslim ettikleri, sanık Yakup ve ismet isimli kişinin de mağdureleri Siliври ilçesine getirip burada otel de ve kiraladıkları evde cebir ve tehdit ile fuhuşa yönettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK’nın 201/b madde ve fıkrasındaki “zorla çalıştırma veya hizmet ettirmek, esarete veya benzer uygulamalara tabi kılmak...” şeklinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmadığı, “fuhuş yaptırmak” maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK’nın 80. maddesinin ise suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek, sanıklar hakkında cebir, tehdit ve hile kullanmak suretiyle fuhuş için tedarik suçundan suç tarihinde 21 yaşını bitirmemiş olan mağdureler V.D., G.D. ’ye yönelik eylemlerinden 765 sayılı TCK’nın 436/2. fıkrası, 1. cümlesi uyarınca mağdur sayısınca, suç tarihinde 21 yaşını bitirmiş olan mağdure T.G. ’e yönelik eylemlerinden ise 765 sayılı TCK’nın 436/1. fıkrası, 2 cümlesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, aynı yasanın 201/b-1 madde ve fıkrası uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş” Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2007/12444, K. 2010/6189, T. 27.04.2010; aynı yönde bkz. Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2008/12293, K. 2010/7489, T. 13.05.2010 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

111 “Suç tarihinde 15-18 yaş grubu içinde olan ve ikamet ettiği Ankara’ dan önce Tosya, oradan da İskilip ve Çorum’a götürülen mağdurenin bulunduğu yerden ayrılma yönündeki rızasının, sanıklardan S. ’nin mağdureyle evlenme ve onu ailesiyle tanıştırma vaadi şeklinde ortaya çıkan kandırıcı hareketleriyle elde edildiği, reşit olmayan mağdurenin bu şekilde ortaya çıkan ve sakatlanmış iradesinin, hukuken geçerli bir rıza sayılamayacağı, gerçeğe aykırı beyanlar ile ikna edilip mağdurenin kendi egemenlik alanından uzaklaştırılması suretiyle amaç suçları olan fuhuş suçunun gerçekleştirilmesini sağlayan sanıklar S. ve A. ’m eylemlerinin bu haliyle 5237 sayılı TCK nın 80. maddesinde tanımlanan suçun oluşumu için aranan seçmlik hareketlerden “...kandırmak ...” unsurunu ihtiva etmesi nedeniyle bu sanıklar yönünden fuhuş suçunun yanında ayrıca ve tüm unsurlarıyla “ İnsan Ticareti” suçunun da oluştuğu anlaşılmalı hükümünün onanmasına” Yargıtay, 5. Ceza Dairesi, E. 2011/1242, K. 2011/2978, T. 12.04.2011 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

112 Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2015/24178, K. 2015/10157, T.4.11.2015 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

113 “Sanıklardan birininin, içerisinde bulunduğu ekonomik sıkımtıdan kurtulmak amacıyla, para karşılığında katılanın başkalarıyla cinsel ilişkiye girmesini sağlamak suretiyle insan ticareti suçunu işlediğinin iddia edilmesi karşısında, sanığın eyleminin, fuhuş suçu ile birlikte ayrıca insan ticareti suçunu da oluşturup oluşturmayacağına ilişkin kanıtları değerlendirmesi ve suçu nitelemesi gerekmektedir.” Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E.2015/23940, K.2016/10558, T.16.5.2016; Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2016/8835, K. 2018/10828, T. 3.07.2018 (Kazancı İçtihat).

TCK m.24 ile 27 arasında belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun hükmünün uygulanması, hakkın kullanılması ve meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk sebeplerinin mümkün olabileceği savunulduğu¹¹⁴ gibi söz konusu hukuka uygunluk sebeplerinin hiçbirisinin insan ticareti suçunda mümkün olamayacağı da ifade edilmektedir¹¹⁵. Bizce de maddi(araç ve ana fiil) ve manevi(özel saik) unsurları dikkate alındığında insan ticareti suçunda hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanması mümkün değildir.

Öncelikle insan ticareti suçunda mağdurda oluşan rızanın rıza olarak görülemeyeceği kanunda ifade edilmiştir. Açıkça mağdurun rızası geçersizdir(TCK m.80/2). İnsan ticareti suçu açısından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenin gerçekleşmesi kanunen mümkün değildir¹¹⁶.

III.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Suçun Nitelikli Hali (Suçu Etkileyen Haller)

TCK m.80'de fiilin temel şekline ilaveten suça etki eden herhangi bir nitelikli hal de düzenlenmemiştir. İnsan ticareti suçu bakımından daha fazla ceza verilmesini veya daha az cezayı gerektiren özel bir hükme yer verilmemiştir¹¹⁷. Bu durum eleştirilmektedir. Çocuklara karşı insan kaçakçılığı fiilinin işlenmesinin nitelikli bir hal olarak düzenlenmesinin daha iyi olacağı ifade edilmektedir¹¹⁸. Aynı zamanda insan ticareti suçunda ilk düzenlemesinde var olan ancak sonra yeni TCK ile kaldırılan örgütlü işlenmesi nitelikli halinin olmaması bir olumsuzluk olarak görülmektedir. Oysa diğer uluslararası suçların örgütlü olarak işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlendiği ifade edilmektedir¹¹⁹. Bizce de insan kaçakçılığı suçunda öngörülen nitelikli hallerin burada da düzenlenmesi yerinde olacaktır. Özellikle bu suçların daha çok bir örgütün faaliyeti ile işlendiği ve 18 yaşından küçüklerin çok daha fazla korumayı gerektirdiği göz önünde bulundurulduğunda nitelikli hallerin yer alması çok isabetli olacaktır.

114 YENİDÜNYA, s.220-221; MANAV, s.254; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1253; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.125-126; ARSLAN, s58.

115 SOYASLAN, s.125; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.125; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.218-219.

116 SOYASLAN, s.125; YENİDÜNYA, s.222; MANAV, s.254; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.218-221; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.125-126; ARSLAN, s59; RENK ve DEMİR, s.62.

117 MALKOÇ, s.1162; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.222; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1255; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.131.

118 SOYASLAN, s.122; YENİDÜNYA, s.236; MANAV, s.231; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.222.

119 SOYASLAN, s.128; YENİDÜNYA, s.236; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.131; MANAV, s.271.

B. Teşebbüs

İnsan ticareti suçuna teşebbüs mümkündür. Araç fiillere başlanılmasıyla, icra hareketleri başlamış olacaktır¹²⁰. İcra hareketlerinin iradeden bağımsız olarak tamamlanması durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır. TCK m.80'de özel teşebbüs hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda TCK m.35'de düzenlenen genel teşebbüs hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır. İnsan ticareti suçu teşebbüs aşamasında kalırsa, genel teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. İnsan ticareti suçu teşebbüse kabil olan bir suçtur. Teşebbüs kurumunun uygulanması için özel kastla işlenmiş insan ticareti fiili, elverişli hareket, suçun icrasına başlanması ve elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması gerekmektedir. İnsanı, kanunda belirtilen özel kastla ara fiille (örneğin tehditle) ülkeye sokmaya çalışırken yakalanan fail insan ticareti suçuna teşebbüs etmekten sorumlu tutulabilecektir¹²¹. Fail, fiilini tamamlamaktan kendi isteği ile vazgeçer veya tamamladığı fiilinin netice ile sonuçlanmasının önüne geçerse teşebbüsten (TCK m.35) değil gönüllü vazgeçmeden (TCK m.36) söz edilecektir¹²².

Esasen teşebbüs mevzuunda suçun ani veya mütemadi suç olup olmaması belirleyici bir noktadır. Zira suç, neticesi harekete bitişik(ani) suç ise kanunun yasakladığı hareket yapılırsa suçta tamamlandığı için suça teşebbüs mümkün değildir. Ancak elverişli hareketlere başlamakla birlikte temadinin var olması ve devam etmesinin arandığı (mütemadi/kesintisiz) suçlarda ise teşebbüs mümkün olabilmektedir. Bu amaç fiiller başlığında her iki fiil çeşidini ele aldığımız şekilde içerisinde barındıran insan ticareti suçunda da olay bazında değerlendirmede bulunarak teşebbüs kurumu hakkında karara ulaşılmalıdır¹²³.

C. İştirak

İnsan ticareti suçunun çoğunlukla birden fazla kişi veya bir örgüt tarafından işlendiği ifade edilmektedir¹²⁴. İnsan ticareti suçuna suçun bitme anına kadar iştirak edilebilir. İnsan ticareti suçuna iştirak mümkündür. Ancak söz konusu suça iştirak edenlerde de özel saik

120 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.126.

121 SOYASLAN, s.127; YENİDÜNYA, s.223-224; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.214; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.138; ARSLAN, s.59-60.

122 YENİDÜNYA, s.234; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.216; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.141; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.127.

123 MALKOÇ, s.1169.

124 YENİDÜNYA, s.25; MALKOÇ, s.1170; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.230.

kastının bulunması gerekmektedir¹²⁵. İnsan ticareti suçunda araç fiilleri bir fail, ana fiillerin ise bir başka fail tarafından gerçekleştirilmesi halinde her iki failde müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin, faillerden birinin mağdurun rızasını almak için cebir, şiddet ve benzeri araç fiili yaparken, diğer failin pasaport işlemlerini yapması, bir diğerinin nakil işlemini üstlenmesi ve son failinde barındırması durumunda failler ya fiili işleyen ya da yardım eden konumunda olacaklardır¹²⁶(TCK m.37/1).

D. İçtima

Mağdurun çokluğu halinde kural olarak mağdur sayısınınca hüküm kurmak gerekmektedir. İnsan ticareti suçunun birden fazla kişiye işlenmesi halinde gerçek içtima uygulanacaktır¹²⁷. İnsan ticareti suçunda yer alan araç fiiller ile ana seçimlik fiillerin ilişkisi bileşik suç(TCK m.42) niteliğindedir. Suçun unsurunu oluşturan araç fiiller dolayısıyla faile ayrıca ceza verilmez. Örneğin tehdit (TCK m.106), şantaj (TCK m.107), cebir (TCK m.108), eziyet (TCK m.96) ile gerçekleşen ana fiille oluşan insan ticareti suçunda içtima hükümleri uygulanacak ve fail yalnızca TCK m.80'den sorumlu olacaktır, bu suçlardan sorumlu olmayacaktır¹²⁸.

Fakat araç fiille(örneğin cebirle) oluşan ana fiilin yanı sıra kişinin yaralanmasına yol açıldığı takdirde ayrıca bu oluşan durumdan da (örneğin TCK m.86, 87) fail sorumlu olacaktır. Yine insan ticareti suçunun unsurunu oluşturmayan cinsel saldırı¹²⁹ (TCK m.102 vd.), organ satışı

125 SOYASLAN, s.128; YENİDÜNYA, s.225; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1254; ARSLAN, s.60; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.130.

126 SOYASLAN, s.128; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.230; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1254; RENK ve DEMİR, s.61.

127 YENİDÜNYA, s.229; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.129; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.225; "Sanığın, her bir mağduru hırsızlık yaptırarak amacıyla Bismil'den tedarik edip trene bindirerek İstanbul'a götürmek şeklinde oluşan ve gelişen eyleminden dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekir." Yargıtay, 8. Ceza Dairesi, E. 2008/19262, K. 2009/9026, T. 15.06.2009; "İnsan ticareti suçunun, mağdur sayısınınca oluşacağına gözetilmemesi bozmayı gerektirir." Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2018/234, K. 2018/1835, T. 14.02.2018; aynı yönde bkz. Yargıtay, 9. Ceza Dairesi, E. 2007/8697, K. 2009/13101, T. 20.10.2009 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

128 SOYASLAN, s.127; YENİDÜNYA, s.225-226; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.223; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.109; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.127; RENK ve DEMİR, s.61.

129 "Olayın oluşuna mahkemenin kabule göre sanık H.'nin kendisinde haff orta derece sınırında zeka geriliği sebebiyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda bulunan 16 yaşındaki mağdureyi vakıf adına yardım toplamaya götüreceği bahanesiyle amnesinin yanından alıp diğer sanık Ö.'la birlikte fuhuş yapmasını sağladıkları dosya kapsamından anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin zincirleme biçimde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna iştirak olduğu halde, yazılı şekilde fuhuş ve insan ticareti suçlarından mahkumiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay, 14. Ceza Dairesi, E. 2012/8690, K. 2012/7972, T. 10.07.2012 ; Yargıtay, 14. Ceza Dairesi, E.2019/2794, K. 2019/9847, T. 20.5.2019 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

(TCK m.91) ve Fuhşa Aracılık Etme¹³⁰(TCK m.227) suçları da ayrı suçlar olup faile gerçek içtima kuralları ile ceza verilecektir. Bu hallerde fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹³¹. İnsan ticareti fiilinin sahte evraklar kullanılmak suretiyle işlenilmesi halinde ise hem insan ticareti suçundan hem de sahtecilik suçundan fail sorumlu olacaktır, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır¹³² (TCK m. 212).

IV. MUHAKEME VE YAPTIRIMI

İnsan ticareti suçu şikayete bağlı olmayan resen soruşturulan suçlardandır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 ve 12. madde hükümlerince öngörülen cezanın üst sınırı 10 yılı geçmesi dolayısıyla insan ticareti suçlarına ağır ceza mahkemesi bakmaktadır¹³³.

130 "TCK'nın 227. maddesinde düzenlenen fuhşa aracılık etme suçunun aynı maddenin 4. fıkrasında öngörülen nitelikli halinin oluşabilmesi için ise mağdura cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da mağdurun çaresizliğinden yararlanarak fuhşa sevk edilmesi veya fuhuş yapmasının sağlanması gerekmektedir. İnsan ticareti ve fuhşa aracılık etme suçları birbirinden bağımsız olduğundan, fuhuş yaptırmak maksatlı insan ticareti suçunda, insan ticareti suçunun unsurunu oluşturan araç fiiller ile fuhuşun nitelikli halini teşkil eden fiillerin bulunup bulunmadığı her suç açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Somut olayda; oluş, dosya kapsamı ve mahkeme kabulüne göre, sanık V. A.'ın katılan H. E. fuhuş amacıyla barmırdığı ve sevk ettiği anlaşıldığından, sanığın kanıtlanan eylemlerinin TCK'nın 80/1. madde ve fıkrasında belirtilen "tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak" şeklinde gerçekleşen insan ticareti ile TCK'nın 227/4 maddesinde düzenlenen fuhuş suçlarını oluşturduğu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ise insan ticareti suçunun unsuru olduğu, bu nedenle ayrıca ceza verilemeyeceği gözetilmeden, sübuta eren ve unsurları yönünden oluşan insan ticareti ile fuhuş suçlarından ayrı ayrı mahkumiyeti yerine, yerinde olmayan gerekçeyle fuhuş suçu ile birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir." Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2015/24178, K. 2015/10157, T. 4.11.2015 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

131 SOYASLAN, s.127; YENİDÜNYA, s.227-228; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.224; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.109; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.127; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1255; RENK ve DEMİR, s.61; Bu yönde önemli bir diğer Yargıtay kararı için bkz. "İnsan ticareti ve fuhşa aracılık etme suçları birbirinden bağımsız olduğundan, fuhuş yaptırmak maksatlı insan ticareti suçunda, insan ticareti suçunun unsurunu oluşturan araç fiiller ile fuhuşun nitelikli halini teşkil eden fiillerin bulunup bulunmadığı her suç açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Somut olayda, katılanın avukat huzurunda verdiği ifadesinde tatil amaçlı yanına geldiği şahsın sevgilisi olan sanığın kendisini fuhuş yapması için zorladıklarını ve darp ettiklerini ve bu baskıya dayanmayarak fuhuş yaptığını beyan etmesi ve bu anlatımının diğer mağdurların beyanları ve tüm dosya kapsamıyla desteklenmesi, yine kendisini fuhuş için müşterilere sanığın getirip götürdüğünü dair sözlü beyanın araştırma yakalama tutanaklarına yansıtıldığını anlaşılması karşısında, sanıkların katılana yönelik eylemleri sebebiyle sübuta eren ve unsurları yönünden oluşan, insan ticareti ile fuhuş suçlarından ayrı ayrı mahkumiyetleri yerine, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle sadece fuhuş suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi, isabetsizdir." Yargıtay, 18. Ceza Dairesi, E. 2015/24030, K. 2017/1481, T. 13.02.2017 (Kazancı İçtihat, HukukTürk İçtihat).

132 SOYASLAN, s.127; YENİDÜNYA, s.230; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.127; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.228.

133 YENİDÜNYA, s.233; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.233; MANAV, s.270; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1256; BAKICI, s.99; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.159; RENK ve DEMİR, s.62.

Seçimlik fiillerin işlenmesi halinde sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezasının ve on bin güne kadar adli para cezasının verilmesi gerektiği belirtilmiştir (TCK m.80/1). Ayrıca söz konusu yaptırım bakımından suçun mağdurunun yetişkin veya on sekiz yaşını doldurmamış bir kişi olması arasında herhangi bir farklılık öngörülmemiştir¹³⁴. Ancak bu durum eleştirilmekte, 18 yaşından küçüklerle karşı bu suçun işlenmesi halinin nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi gerektiği ve buna göre ceza artırımına gidilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹³⁵. Tüzel kişilere yaptırım olarak ise güvenlik tedbiri(örneğin iznin iptali veya müsadere) uygulanabileceği belirtilmiştir(TCK m.80/4).

Ayrıca TCK m.13 hükmü, evrensellik ilkesiyle insan ticareti suçunun her nerede işlenirse işlensin Türkiye’de işlenmiş sayılacağı kabul edilmesi fiilin cezasız kalmaması açısından çok önemli bir düzenlemedir¹³⁶. İnsan ticareti suçunda öngörülen dava zaman aşımı süresi 15 yıldır (TCK m.66/1-d). Zaman aşımı TCK m.66/6’da belirtilen durumlarda işlemeye başlayacaktır¹³⁷. Yeni getirilen seri yargılama veya basit yargılama usulleri insan ticareti suçunda uygulanmamaktadır (CMK m.250, 251)

V. İNSAN TİCARETİ SUÇU İLE İNSAN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN MUKAYESESİ

Bu karşılaştırmanın yapılarak farklılıkların konulmasının suçlarla mücadele ve diğer sebeplerle çok önemli olduğu ifade edilmektedir¹³⁸. İnsan kaçakçılığı suçu ile insan ticareti suçunun bazı temel noktalarda oluşan ortak yönlerle benzeştiği ancak önemli noktalarda ortaya çıkan farklılıklar ile de ayrılmakta olduğu söylenmektedir¹³⁹.

Bu iki fiil arasında da temel farklılıklar bulunmaktadır. İnsan ticareti suçunda fail, mağdurun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik, insan haysiyeti ile bağdaşmayan fiiller ile mağdurun iradesi üzerinde tahakküm kurarak çeşitli çıkarlar elde etmektedir. İnsan kaçakçılığı suçu, usulsüz yollarla ülkeye girişin, çıkışın veya ülkede kalmanın sağlanması fiili ile işlenmektedir¹⁴⁰.

134 SOYASLAN, s.128; YENİDÜNYA, s.231; BAYRAKTAR/EVİK/KURT, s.230; MANAV, s.269; PARLAR ve HATİPOĞLU, s.1256; BAKICI, s.90-91.

135 BAKICI, s.91; MANAV, s.231.

136 YENİDÜNYA, s.239.

137 PARLAR ve HATİPOĞLU-, s.1256; BAKICI, s.99; RENK ve DEMİR, s.62.

138 YENİDÜNYA, s.2.

139 SOYASLAN, s.124; YENİDÜNYA, s.58; MALKOÇ, s.1159.

140 YENİDÜNYA, s.58; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.18.

İnsan kaçakçılığı suçunda, fail ile mağdur arasında bir anlaşma, yani karşılıklı mutabakat varken; insan ticareti suçunda, insan bedeninin rızası dışında, insan özgürlüğüne ve hakkına aykırı olarak kullanılması ve sömürülmesi ile karşılaşmaktadır¹⁴¹. Bu noktada en önemli farkın rıza noktasında olduğu söylenebilir. İnsan ticareti suçunda rıza yokken, insan kaçakçılığı suçunda rıza bulunmaktadır. Örneğin, suçun maddi konusunu oluşturan insanın bir ülkeden diğerine geçişi rızasına dayanmaktadır¹⁴².

Diğer bir fark insan kaçakçılığı suçunda kişi ile suçlu arasındaki ilişki sürekli değilken, insan ticareti suçunda mağdur ile suçlu arasındaki ilişki süreklidir, belirli bir devamlılık göstermektedir¹⁴³. İnsan kaçakçılığı suçunda sınıraşan boyut zaruriyken insan ticareti suçunda sınıraşan boyut olması gerekmemektedir. Şöyle ki, insan ticareti suçu, aynı ülkelerin sınırları içerisinde işlenme kabiliyetine haiz bir suç iken; insan kaçakçılığı suçu, aynı ülke sınırları içerisinde işlenme kabiliyetine haiz olmayan ve sınır değiştirilmesi ve birden çok ülkenin bulunması gereken bir suçtur. Yine insan kaçakçılığı suçunda fiiller devlete karşı işlenmekte iken insan ticareti suçunda fiiller kişi hak ve özgürlüklerine karşı işlenmektedir. Yine her iki suç birbirinden farklı hukuki yararları korumakta ve değişik unsurları taşımaktadır. İnsan kaçakçılığı suçu, iltica hukukuyla; insan ticareti suçu, insan hakları, insanın sömürülmesi ile ilgilidir¹⁴⁴.

Ortak yönü ise her iki suçunda birer uluslararası suç olması, uluslararası ve ulusal kamu düzenini derinden etkilemesi ve suç örgütleri tarafından işlenmek suretiyle insan haklarının ciddi manada ihlaline yol açabilmesi şeklinde ifade edilebilir. Bu suçlar çoğunlukla organize suç örgütleri vasıtasıyla sınıraşan bir karakterle vücut bulmaktadırlar. Suçla korunan hukuki fayda her iki suçta da birden fazladır. Topluma ilişkin korunan hukuki fayda olduğu gibi kişilere ilişkin korunan hukuki faydaları da barındıran suçlardır. Ancak bu ortak yönde önemli bir fark yer almaktadır. Şöyle ki, insan ticareti fiillerinde, suç mağdurunun vücut bütünlüğü ve haysiyeti, insan kaçakçılığı fiili mağduruna nazaran çok daha ağır bir mağduriyetle karşı karşıya kalmaktadır¹⁴⁵.

141 YENİDÜNYA, s.58; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.18; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.117.

142 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.117; YENİDÜNYA, s.58-62; SOYASLAN, s.124; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.18.

143 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.117; MALKOÇ, s.1159.

144 YENİDÜNYA, s.58-62; SOYASLAN, s.124; ŞEN ve MALBELEĞİ, s.18.

145 MALKOÇ, s.1159; ARSLAN, s.25.

Suçun maddi unsuru ve mağduru aynı olan suçlardır. Aynı zamanda her iki fiilin mağdurları genellikle yabancılar olmaktadır. Her iki suçta da herkes fail olabilir. Bu sebeple özgü suçlar değildir. Maddi unsur açısından kendilerine münhasır fiilleri bulunmakla birlikte seçimlik hareketli suçlardır. Ancak her iki suçta da mağdurun bir yerden başka bir yere nakli, sevki gibi ortak unsurlar bulunmaktadır. Manevi unsur açısından her iki suçta özel kastın arandığı suçlardır. Kanunlarda ifade edilen özel kastla işlenebilen suçlardır. Söz konusu özel kast suçun manevi unsuru olup bu kast bulunmadığı takdirde suçlar vücut bulamayacaktır. Söz konusu özel amaçla maddi bir menfaat elde etmek her iki suçun ortak yönüdür. Bu suretle mağdurlar sömürülmektedir. Bu sömürü insan ticaretinde istismar etmek şeklinde; insan kaçakçılığı suçunda ise vaat edilen hizmet karşılığında mağdurun maddi menfaatinin elinden alınması şeklindedir. Her iki suçta şikayete bağlı olmayan, resen soruşturulan suçlardır. Bütün bu farklılıklar ve ortak yönler ile birlikte insan ticareti suçu, insan kaçakçılığı suçuna nazaran daha ağır bir suçtur¹⁴⁶.

SONUÇ

Türkiye bulunduğu coğrafi konum itibarıyla transit geçişlerin ve uluslararası suçların teşekkül yeridir. Başka bir ifadeyle ülkemiz yer bakımından, çalışmanın da konusunu oluşturan suçun oluşumu için üs merkezi gibidir. İnsan ticareti suçunun oluşumuna çok müsait konumdadır. Bu konumu dolayısıyla birçok insanın uğrak yeri olan Türkiye’de insanlar araç olarak kullanılmak suretiyle maddi menfaat elde etmek amacıyla işlenen fiiller söz konusudur. İnsan ticareti suçu belirtilen şekilde ve amaçta vuku bulan uluslararası bir suçtur.

İnsan ticareti suçu TCK’nın 80’nci maddesinde düzenlemiştir. Çalışma ile insan ticareti suçunun unsurları, içeriği ve kapsamı detaylıca incelenmiştir. TCK’da bu suça ilişkin yaptırım öngörülme suretiyle suçun maddi konusunu oluşturan insanların temel insan hakları, maddi ve manevi vücut bütünlükleri, insani ve malvarlığı değerleri korunması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte insan ticareti suçu ile toplumların var olan düzenlerinin, güvenliklerinin devam etmesi, korunması, bozulmasının önlenmesi istenmektedir. Korunmak istenen değerler suçun oluşumuna vücut veren amaçlardır. Bu amaçların gerçekleşmesi hiç şüphesiz bütün alanların ortak çalışması ile mümkün

146 ÖZCAN ve ARICAN, S.3; ARSLAN, s.25-26.



olabilecektir. İnterdisipliner şekilde bütün alanların katkıları ile amaçlara ulaşılmasını engelleyen hususlar ortadan kaldırılabilecektir. Bu alanlardan birisi de ceza hukuku alanıdır. Hiç şüphesiz hedeflenen bu amaçlara ceza hukuku aracılığıyla yani cezai korumayla daha da hızlı, etkin ulaşılabilecektir. Ulusal düzeyde cezai müeyyideler ile bu suçların önlenmesi ve bu suçların işlenmesi durumunda ise ceza yaptırımların caydırıcı bir şekilde faillere uygulanması sağlanarak yapılmaktadır. İnsan ticareti ile mücadele de Türkiye'nin aldığı önlemler siyasal, sosyal, ekonomik, psikolojik ve diplomatik alanda olmakla birlikte esasen hukuk alanında da önemli düzenlemeler ve önlemler yapılmaktadır.

İnsan ticareti suçu başta örgütler aracılığıyla işlenmesi, sınır aşan bir suç olabilmesi ile ailevi ve benzeri bağların kullanılmak suretiyle vuku bulması dolayısıyla iki önemli durum ile karşılaştırmaktadır. Birinci durum, bu suçlarda delillendirmelerin yetersiz olması, suçun gizli işlenmesi, mağdurların iletişim ve ulaşım imkanlarının kısıtlanması ile mağdurların şikayet etmemesi için tehdit edilmesi açığa çıkartılması zor bir suç olarak karşımıza çıkmasına yol açmaktadır. Pek tabi ki yol açılan bu durumun ortadan kaldırılması için başlıca mağdurların korunması ve onlara yeterli desteklerin sağlanması, suçta tanık olarak bulunan kişilere destek sağlanması ve korunması, uluslararası adli ve kolluk işbirliğinin artırılması, yeterli inceleme, araştırma ve takibatın hızlı ve net sonuç verecek şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Karşımıza çıkan ikinci durum ise kanuni düzenlemeler içerisinde örgütlü suç olması ile ailevi ve benzeri bağların kullanılması suretiyle işlenmesi durumlarına yönelik nitelikli hallerin düzenlenmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

ANAYASA HUKUKÇULARI DERNEĞİ, **Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı**, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ARSLAN Çetin, “İnsan Ticareti Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.53, S.4, Ankara, 2004, s.19-84.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

AYDIN Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C.51, S.4, Ankara, 2002, s.131-167.

BAKICI Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 3**, 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

DOĞAN Koray, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

ERCAN İsmail, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

GÜNGÖR Mümin, “Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi Açısından Uzlaştırma Kurumu ile Mağdur Hakları Tasarısının İncelenmesi”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S.2, Ankara, 2019.

KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 3.Cilt**, 1.Baskı, Sözkese Matbacılık, Ankara, 2013.

MANAV Hakkı, **Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti**, 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ÖZCAN Mehmet ve ARICAN Mehmet, “AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti”, **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi**, C.4, S.15, 2008,s.1-37

ÖZEN Mustafa, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.



ÖZKAN Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

PARLAR Ali ve HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 2, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

RENK Bersu ve DEMİR Oğuzhan Ömer, “İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler”, Polis Bilimleri Dergisi, C.13, S.1, Ankara, 2011,s.51-76.

SEVÜK Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ŞEN Ersa ve MALBELEĞİ Erkam, Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664.

TEZCAN Durmuş, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s.271-289.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

TURHAN Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması” Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Ankara, 2005, s.9-24.

YENİDÜNYA A. Caner, İnsan Ticareti Suçu(TCK.m.80), 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.goc.gov.tr/insan-ticareti-sss>

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>



TÜRK HUKUKUNDA “GEÇİCİ KANUN” VE “GEÇİCİ MADDE” KAVRAMLARI ÜZERİNE

(On the Concepts of “Provisional Law” and “Provisional Article” in
Turkish Law)

Doç. Dr. Şeref İBA¹
Doç. Dr. Fahri BAKIRCI²

ÖZ

Geçici kanunlar ve geçici maddeler kanun yapım tekniğinin en çetrefilli sorun alanlarından birisidir. Temel hak ve özgürlükler, kazanılmış haklar, toplumsal barış, mağduriyetlerin giderilmesinde çok önemli işlevleri olan geçici maddelere uygulama aşamasında gereken özen gösterilmemekte ve geçici madde olarak düzenlenmesi gereken hususlar normal madde, normal madde olarak düzenlenmesi gereken hususlar geçici madde olarak düzenlenmektedir. Öte yandan geçici maddelerin görüşme yönteminin diğerlerinden farklılaştırılması, geçici maddelerle getirilen önemli düzenlemelerin yeterince müzakere edilmemesiyle sonuçlanabilmektedir. Bu tür sonuçların önüne geçmek için geçici madde ile ilgili tanımlama, ayrıştırılmaların yapılması ve standartların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu makale bu tür bir çabanın ürünüdür.

Anahtar Kelimeler: Geçici Kanun, Geçici Madde, Ek Madde, Kanun Yapım Tekniği, Kazanılmış Hak.

ABSTRACT

Provisional laws and articles are one of the most complicated problematic areas of law-making technique. Although these articles have vital importance concerning fundamental rights and freedoms, vested rights, social peace, and the elimination of grievances of the people, they are not given due care during the implementation phase. Sometimes the

1 TBMM, serelifiba@tmm.gov.tr, ORCID: 0000-0003-3803-5770

2 TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi, fbakirci@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4783-2336

issues that need to be regulated by provisional articles are regulated by ordinary articles and those that need to be regulated by ordinary articles by temporary articles. On the other hand, the fact that to negotiate the provisional articles by using a different method from the other articles creates some important problems. This difference in the negotiation method may result in insufficient debate of the provisional articles, which regulate very important issues in respect of human rights and freedoms. In order to prevent such consequences, it is necessary to define, separate, and develop standards regarding the provisional articles. This study is devoted to such standardization and definition of the concept.

Keywords: Provisional Article, Provisional Law, Annexed Article, Law Making Technique, Vested Right.

GİRİŞ

Türk hukukunda “geçici madde” ve “geçici kanun” kavramları konusunda ciddi bir kafa karışıklığı bulunmaktadır. Literatürdeki kafa karışıklığı uygulamaya da yansımakta ve birbiriyle bağdaşmayan çok sayıda örnekle karşılaşılmaktadır. Bu durum vatandaşlar yönünden hak kaybına yol açma potansiyeli taşıdığından sadece bir hukuk tekniği sorunu olmakla kalmayıp temel hak ve özgürlüklerle ilgili anayasal bir boyutu da içermektedir. “Geçici madde” sorunu ilgili mevzuatın kendi içinde de sorunlara yol açmakta ve bu da “hukuksal bir kaos” yaratmaktadır. Bu çalışmada “geçici madde ve geçici kanun” sorununa yönelik kapsayıcı bir yaklaşım geliştirilmeye ve hem literatür, hem de sorunların çözümünde katkı yapabilmesi amacıyla uygulama için tutarlı bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu çerçeve içinde geliştirilecek standartların ve önerilerin kullanımıyla hem literatürdeki hem de uygulamadaki sorunların çözümüne katkı sunulmaya çalışılmaktadır.

Bu konudaki sorunlardan *birincisi* geçici madde kavramının yanında “kanun-u muvakkat”, “madde-i muvakkate”, “maddeyi kanuniye” “madde-i münferide”, “muvakkat madde”, “ek geçici madde”, “işlenemeyen geçici madde” gibi değişik zamanlarda kullanılan kavramların tanımlanmamış olması nedeniyle birbirine karıştırılmaları ve kimi zaman hatalı biçimde birbirleri yerine kullanılmalarıdır. *İkinci* önemli sorun, içinde tarih geçen her maddenin geçici madde işlemine tabi tutulmasıdır. Oysa içinde tarih geçen maddelerin geçici madde olma ihtimali yüksek olmakla birlikte bu çıkarım her zaman doğru olmayabilir. İçinde tarih geçen çok sayıda madde geçici madde olmadığı gibi, geçici maddelerin bazılarında



tarikh bulunmayabilir. Üçüncü önemli sorun İttüzükteki bir kuralın yanlış yorumundan kaynaklanmıştır. İttüzüğe göre “Görüşülmekte olan teklife konu kanunun, komisyon metninde bulunmayan, ancak teklif ile çok yakın ilgisi bulunan bir maddesinin değiştirilmesini isteyen ve komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler üzerinde yeni bir madde olarak görüşme açılır” (m. 87/4). Geçici maddenin görüşülmekte olan kanunun bir maddesini değiştirmedığı gerekçesiyle komisyonun salt çoğunluğunun aranmasına gerek görülmemiş ve komisyon çoğunluğunun bulunmadığı durumlarda geçicilik niteliği bulunmayan maddelere tarih eklenerek geçicilik görüntüsü verilmiş ve bu tür önergelerin işleme alınması olanaklı kılınmıştır. Dördüncü olarak, daha önce çıkarılmak istenen geçici maddelerin tarihlerinde defalarca değişiklikler yapılarak kanunların birbirinin içine geçmesine neden olunmuştur. Beşinci olarak ana kanuna atıfta sorunlar yaşanınca aynı kanunda aynı numaraya sahip çok sayıda geçici maddeye yer verilmiştir. Altıncı olarak, yine atıf sorunu dolayısıyla geçici maddeler çerçeve kanunun geçici maddesi olarak düzenlenmiş ve bu yüzden kanunların sonuna “ana kanuna işlenemeyen hüküm” başlığı altında eklenmiştir. Yedinci olarak intibaka yönelik geçiş hükümleri ile affa yönelik geçici hükümler arasında ayırım yapılmadığından bu iki tür birbirine karıştırılmıştır. Geçici kanunlarla ilgili temel sorunlar burada belirtilenlerle sınırlı değildir. Ancak burada özetlenen sorunlar bile sorunun boyutu hakkında genel bir fikir vermeye yeterlidir. Bu makalede bu sorunların bir kısmı incelendikten sonra çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Bu bağlamda şunu belirtmek gerekir ki bir düzenleme yaparak bir standart geliştirme çabası sürekli olarak gündemde olmuş ve özellikle 1990-2006 yılları arasında Başbakanlık tarafından önemli çalışmalar yapılmıştır. 1991 yılında mevzuat hazırlama usul ve esaslarını belirlemeye yönelik kapsamlı ve derli toplu ilk düzenleme, *Kanun, Kanun Hükümünde Kararname, Tüzük ve Yönetmeliklerin Hazırlanmasında Uyulacak Esaslar ve Şekil Kuralları Hakkında Yönetmelik*'tir. “1991 Yönetmeliği” olarak bilinen bu düzenlemede, kanun, KHK, tüzük ve yönetmelik taslaklarının hazırlanmasında uyulacak esaslar ile şekil kurallarının tespit edilerek mevzuatın belirli bir sistem içerisinde hazırlanmasının ve düzenlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Bir yıl sonra 1991 Yönetmeliği kaldırılarak yerine 1992 Yönetmeliği çıkarılmış ve bu yönetmelik 19.12.2005 tarihinde “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalmıştır (Yüksel, 2014, s. 38). Kanun yapım ve mevzuat hazırlama esaslarına ilişkin

düzenlemelerin daha çok Başbakanlık tarafından yapılmasının nedeni basittir: Bu dönemde parlamenter sistem geçerli olduğundan ve Meclis, daha çok Bakanlar Kurulu tarafından havale edilen kanun tasarılarını görüştüğünden bu durum olağan karşılanmıştır. Bu yüzden de hem kanunların hem de diğer mevzuatın hazırlanmasına ilişkin esas ve usullerin Başbakanlık tarafından belirlenmesinde bir sorun görülmemiştir. Ancak bu konuda zaman zaman Meclis’in de bir düzenleme yapması gerektiği ileri sürülmüştür. Ne var ki 2017 Anayasa değişiklikleriyle birlikte parlamenter sistem kaldırıldığından bir tür başkanlık sistemi benimsendiğinden, “kanun tasarısı” kavramı Anayasa’dan çıkarılmış ve “kanun teklifi” kavramı öne çıkmıştır. Bu durumda TBMM’nin kanun yapım tekniğine ilişkin usul ve esasları belirlemesi zorunluluk halini almıştır. Bu makalede bu konuda yapılacak kapsamlı bir çalışmanın bir yönüne, sadece geçici maddelerle ilgili düzenlemelerine ışık tutmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla önce geçici madde kavramı diğer kavramlardan ayırıştırılarak belirgin hale getirilmekte ve ardından çeşitli öneriler geliştirilmektedir.

I. “KANUN-U MUVAKKAT”I GEÇİCİ MADDEDEN AYIRMA ZORUNLULUĞU

Kanun-u Muvakkat sadece adındaki “muvakkat” sözcüğünün “geçici” anlamına gelmesi nedeniyle geçicilikle ilişkili olup, özü itibarıyla geçici değildir. 1876 Kanun-u Esasisi döneminde Meclis-i Umumi’nin toplantı halinde olmadığı zamanlarda yürütme tarafından kanuni düzenleme yapılmasına imkân tanınmış ve bu düzenlemelere “Kanun-u Muvakkat” adı verilmiştir. 1876 Kanuni Esasi’nin yaptığı düzenleme şöyledir:

“Meclis-i Umumi münakit olmadığı zamanlarda Devleti bir muhataradan veyahut, emniyeti umumiyeyle halelden vikaye için bir zarureti mübremeye zuhur ettiği ve bu babda vazına lüzum görülecek kanunun müzakeresi için Meclisin celp ve cemine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasi ahkamına mugayir olmamak üzere Heyet-i Vükela tarafından verilen kararlar Heyet-i Mebusanın içtimaiyle verilecek karara kadar ba-irade-i seniye muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde olup ilk içtimada Heyet-i Mebusana tevdi edilmek lazımdır.” (m. 36)

Düzenlemeyle Bakanlar Kuruluna (Heyet-i Vükela), Meclisin toplantı halinde olmadığı dönemlerde belli koşullarla kanun çıkarma yetkisi verilmektedir (Kili & Gözübüyük, 1985, s. 34). Bu koşullar aşağıdaki Şekil 1’de şöyle gösterilebilir:

Şekil 1- Kanun-u Muvakkat Çıkarmanın Koşulları



Özetle Kanuni Esasi, Meclisin, tatili sırasında hükümete bir yetki devri yapmasına izin vermişti (Onar, 1966, s. 398). Buradaki “geçicilik” adı, sadece yasama yetkisinin hükümet tarafından geçici olarak kullanılmış olmasından kaynaklanmaktadır: Meclis toplandığında hükümetin bu yetkiyi kullanması mümkün değildir. Meclis toplanınca hükümet tarafından çıkarılan kanunlar Heyeti Mebusan’ın onayına sunulmak zorundadır. Ancak Heyet-i Mebusan’ın bu konuda karar vermesine ilişkin bir zorunluluk bulunmamakta olup takdir yetkisi Meclis’e aittir. Dolayısıyla Meclis bunlarla ilgili bir işlem yapmadığı takdirde bu düzenlemeler “muvakkat” adını taşımakla birlikte süreklidirler. Bir başka anlatımla Meclis bu tür düzenlemeleri hem onaylayarak hem de işlem yapmayarak sürekli kılabilir. Bunların geçici oldukları tek durum Meclis’in onları kaldırdığı durumdur ki burada da bu işlemlerin kaldırılıncaya kadar sürekli oldukları söylenebilir. Meclis onları onayladığında Kanun adını alarak süreklilik kazanmakta; Meclis onaylamadığında “Muvakkat Kanun” adıyla yürürlükte kalmakta; Meclis reddettiğinde sadece bu karardan sonra yürürlükten kalkmaktadırlar. Meclis onlarla ilgili bir işlem yapılıncaya kadar “etki ve değer” bakımından tam anlamıyla “kanun” değerindedirler; adlarında “muvakkat” nitelemesinin bulunması dışında kanundan hiçbir farkları yoktur. Bu nedenlerdir ki bu işlemler doktrinde, organik bakımdan yürütme işlemi, maddi bakımdan yasama işlemi olarak tanımlanmıştır (Teziç, 2013, s. 31). Süre olarak bakıldığında bazılarının sürekli kanunlardan çok daha uzun süreler uygulandığı görülmektedir. Örneğin meşhur 13 Mart 1329 (1913) tarihli “İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanun-u Muvakkat” 1987 yılına kadar 74 yıl yürürlükte kalmıştır. 16.05.1987 tarih ve 3360 sayılı Kanunla da kanunun birçok hükmü korunmakla



birlikte Kanunun adı “*İl Özel İdaresi Kanunu*” olarak değiştirilmiş ve bazı maddelerinde de değişiklikler yapılmıştır. Osmanlı döneminde çıkarıldığı halde Cumhuriyet döneminde uzun süre uygulanabilmiş çok sayıda örnek gösterilebilir. Örneğin yine 1913 yılında çıkarılan “*Teşvik-i Sanayi Kanun-u Muvakkatı*” 1927 yılında 1055 sayılı “*Teşvik-i Sanayi Kanun-u*” çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalmıştır.³ Bir başka ünlü örnek 4 Şubat 1339 (1913) tarihli “*Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat*”tır. Bu Kanun da 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*”la kaldırılmıştır. Özetle Osmanlıdan Cumhuriyet dönemine kalan çok sayıda Kanun-u Muvakkat uzun süreler uygulanmış olup bu kanunların geçicilik niteliği bulunmamaktadır. Kanun-u Muvakkat hakkında daha belirgin bilgiye sahip olmak için bir taraftan Kanun Hükmünde Kavramı ile diğer taraftan başka ülkelerdeki benzer düzenlemelerle karşılaştırma yapmak yararlı olabilir.

A. Kanun-u Muvakkat ve KHK

Kanun-u muvakkat yasamanın yürütmeye yetki devri biçiminde tanımlandığında akla modern parlamentolarda yasama organlarının yürütme organlarına KHK çıkarma yetkisi vermesi konusu gelmektedir. Ancak KHK'ler, Kanun-u Muvakkatten özellikle bir yetki kanununa dayanma zorunluğu bakımından ciddi biçimde ayrışır. Ayrıca KHK yetkisi verilmesi için devlete ve genel güvenliğe yöneltilmiş bir tehdidin varlığı ve yasama organının toplanamaması koşulları da aranmamaktadır. Bu gibi hususlar dikkate alındığında Kanun-u Muvakkat'ın bir yetki kanununa dayanma zorunluluğu olmayan, olağanüstü hal (OHAL) döneminde çıkarılan KHK'lere benzetilip benzetilemeyeceği sorusu sorulabilir. Gerçekten de OHAL döneminde çıkarılan KHK'ler birçok yönden Kanunu Muvakkate benzetilebilir. Her ne kadar OHAL KHK'si çıkarmak için öncelikle OHAL ilan edilmek zorundaysa ve Kanunu Muvakkat için OHAL gibi bir ilana gerek yoksa da, her iki işlem de kamu düzeni ve kamu güvenliğinin tehlikeye girdiği dönemlerde çıkarılabilmektedir. Yine OHAL KHK'si çıkarmak için Meclis'in toplanamaması gibi bir koşul aranmamaktadır. Ancak çıkarılan OHAL KHK'lerinin kanun hükmünde olması ve Meclis tarafından

3 1055 sayılı Kanunda 1913 yılında çıkarılan Kanun-u Muvakkat'ın yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hüküm yoktur. Kanunda eski kanuna ilişkin olarak sadece şu hükme rastlanmaktadır: “*Bu kanunun neşrinden evvel muafiyet ruhsatnamesi almış bulunan bilumum müesseseler 1 Kânunuevvel 1329 tarihli Teşvik-i Sanayi Kanun-ı Muvakkatının hitamı müddetine kadar eski müsaade ve muafiyetlerden istifadeye devam edebilirler.*” (m. 42)



onaylanuncaya, değiştirilinceye ya da ilga edilinceye kadar yürürlükte kalmaları Kanun-u Muvakkatı hatırlatmaktadır. Örneğin 10.07.1987 tarihli ve 285 sayılı “*Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” halen yürürlüktedir.⁴

2017 Anayasa değişikliğinden sonra OHAL döneminde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin uzun süre yürürlükte kalmalarına izin verilmediğinden, yeni sistemde Kanun-u Muvakkat ile OHAL CBK'leri arasındaki benzerlik kalkmıştır. Yeni düzenlemeye göre bu dönemde çıkarılan CBK'lar TBMM tarafından üç ay içinde görüşülmek zorundadır:

“Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.” (m. 119/7)

Dolayısıyla OHAL CBK'leri TBMM tarafından, savaş ve mücbir sebeple toplanamama hali hariç olmak üzere en geç üç ayda kararlaştırılacağından uzun süre yürürlükte kalmaları mümkün değildir. Savaş ve mücbir sebep halinde de bu durumun eskisi gibi on yıllar süremeyeceği açıktır. Bu yüzden de 2017 sonrasında Kanun-u Muvakkat benzeri işlemlerin hukuk sisteminden kalktığını kabul etmek gerekir.

B. Çeşitli Ülkelerde Kanun-u Muvakkat Benzeri İşlemler

Bazı ülkelerde “Kanun-u Muvakkat” adını taşımamakla birlikte benzer işlemlere anayasa gereği izin verildiği görülmektedir. Bu konuda iyi örneklerden birisi İspanya’dır. İspanya Anayasası, KHK konusunda rasyonel bir ayrıştırma yapmıştır. Anayasa, *Cortes Generales*’in hükümete kanun hükmüne sahip kurallar koyma yetkisi verebileceğini

4 Oysa OHAL usulüne ve mantığına uygun olarak, OHAL süresi sona erdiği anda bütün OHAL işlemlerinin kendiliğinden sona ermesi gerekirdi. Ancak TBMM çekingen davranarak bunları ayıklama yoluna gitmemiş ve bunlar her dönem TBMM Başkanları tarafından görüşülerek kanunlaştırılacakları ümidiyle ilgili komisyonlara havale edilmiştir. Komisyonlar bunlardan bazılarının kanunlaştırılmalarının teknik olarak mümkün olmadığını görerek bunları görüşme yoluna gitmemişlerdir. Teorik olarak, bunların mevzuattan çıkartılmaması, uygulanabilir oldukları anlamına gelmemektedir. Ancak uygulamada bunların bazıları OHAL sona ermesine rağmen uygulanmaya devam etmiştir. Yapılması gereken ya TBMM’nin bunları birleştirerek görüşmesi ve bunların olağan döneme taşınması gereken hükümlerini olağan dönem kanunları olarak kabul etmesi, ya da bir karar alarak bu KHK’leri tümüyle yürürlükten kaldırmasıdır.

öngörmektedir (m. 82). Yetki kanununa dayalı bu işlem bizdeki 2017 öncesi KHK'nın benzeridir. Anayasa bu tür işlemi KHK olarak değil “Yasama Kararnamesi” (YK) (*Legislative Decrees*) olarak adlandırmıştır. Bu adlandırmanın nedeni yapılan işlemin organik olarak yürütme işlemi olmakla birlikte özü itibarıyla bir yasama işlemi olmasıdır. Dolayısıyla burada KHK'yı aşan bir yetki söz konusudur, çünkü YK'ların görüşülme zorunluluğu bulunmamaktadır. Yasama, yürütmeye sınırlarını belirleyerek bir yetki vermiştir ve itiraz olmadığı sürece yürütmenin, yetkisini sınırları içinde kullandığı varsayılr. İctüzüğe göre hükümet YK'yi Resmi Gazetede yayınladıktan sonra Kongre'ye gönderir (m. 152). Eğer bir ay içinde bir parlamento grubu ya da bir milletvekili itiraz etmezse, zımni olarak hükümetin, yetkisini, yasamanın istediği biçimde kullandığı ve düzenlemenin Parlamento tarafından onaylanmış bir kanun olduğu varsayılmaktadır. Başkanlık Divanına yetkinin yanlış kullanıldığına ilişkin olarak bir ay içinde bir itiraz gelirse, Divan bu itiraz dilekçesini ilgili komisyona havale etmekte ve komisyon sorunun çözümüne yönelik bir rapor hazırlamaktadır. Bu rapor genel yasama usulüne göre görüşülmekte ve YK hakkında nihai karar verilmektedir (m. 153) (Bakırcı, İspanya Parlamentosu'nun Yapı ve İşleyişi Üzerine, 2014, s. 48-49). Kanun-u Muvakkat ile karşılaştırıldığında şu söylenebilir: İspanya'da yürütmeye yasama tarafından sınırları belirlenmiş bir yasama yetkisi verilmiştir ve bu yetkinin kullanımından sonra 30 gün içinde itiraz edilmediği takdirde yürütme organı tarafından çıkarılan kanunu sürekli hale gelmektedir. Yasamada bu işlemlere yönelik olarak 30 gün geçtikten sonra bir itiraz yapılamadığından, işlem anayasa gereği süreklilik kazanmaktadır. Kanunu Muvakkat söz konusu olduğunda, yasama, yetkisini kullanmadığı için işlem süreklilik kazanmaktaydı ve bu yüzden geçicilik adı kanunda süreklilik kazanmaktaydı.

İngiltere'de İspanya'dakinden daha karmaşık bir sistem öngörülmüş ve beş ayrı KHK tipi oluşturulmuştur. Burada da bütün KHK'lerin Parlamento tarafından görüşülmesi şart koşulmamış, bazı KHK'ler için 40 günlük itiraz süresi öngörülmüş, bazı KHK'lerde ise yürürlüğe girmeleri için 40 günlük bekleme süresi öngörülmüştür. Dolayısıyla kimi KHK'ler yürütme organı tarafından çıkarıldıktan sonra itiraz olmadığı takdirde süreklilik kazanmıştır. Bu süreçler doktrinde “pozitif kararlaştırma” ve “negatif kararlaştırma” olarak adlandırılmıştır (Bakırcı, İspanya Parlamentosu'nun Yapı ve İşleyişi Üzerine, 2014, s. 49). Özetle olağanüstü durumlarda çıkarılması ve yetki kanununa dayanmaması gibi kritik hususlar göz ardı edilirse, bazı parlamentolarda Kanun-u Muvakkat benzeri işlemlerin olduğu söylenebilir.

II. DARBE DÖNEMLERİNDE “GEÇİCİ KANUN” UYGULAMASI

Askeri darbe dönemlerinde kurulan Milli Birlik Komitesi gibi kurulların temsili bir parlamento olmadıkları konusunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Bu kurullar meşruiyet üretmek için çeşitli gerekçeler kullanmış olsalar da halk tarafından Anayasa ve ilgili kanunlarda belirtilen usulle seçilmediklerinden demokratik kurullar olarak görülemezler. Öte yandan darbe dönemlerinde bir anayasal devlet ya da bir hukuk devletinden de söz edilemez. Ancak bu gerçekler darbe yönetimlerinin tümüyle kuralsız hareket ettikleri sonucunu da doğurmaz. Bu yönetimler kendi ihdas ettikleri usullerle kanunlar da çıkarabilirler. Dolayısıyla bu dönemler “hukuk devleti” olmadıkları halde “kanun devleti”dirler. Ancak unutulmamalıdır ki totaliter yönetimler de kanun devletidirler ve yönetmek için kendilerine ait kurullar koyarlar; bu kurulları keyfi biçimde değiştirme yetkisini de ellerinde tutarlar.

27 Mayıs 1960 ara rejim döneminde de bu tür kanunların çıkarıldığı bilinmektedir. Darbe yönetimi 12. 06. 1960 tarihinde Milli Birlik Komitesi kararı olarak 1 sayılı Kanunu çıkarmıştır.⁵ 14 Haziran 1960 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve 1924 Anayasasının bazı hükümlerini kaldıran ve değiştiren Kanun’un yürürlük tarihi 27 Mayıs 1960’tır. Dolayısıyla kanunda geçmişe etkili şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Kanunun geçicilik ve kuruculuk niteliğine bakılarak “geçici anayasa” şeklinde adlandırıldığı görülmektedir (Tanör, 2001, s. 367). Kanun’un adı “1924 Tarih ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun”dur. Üstelik sadece 1 sayılı Kanun’un başlığına “geçici” sıfatı eklenmemiş, çıkarılacak diğer kanunların da geçici olacağı belirtilmişti:

“**Madde 7-** Geçici kanun teklif etme hakkı Bakanlar Kuruluna aittir.

5 Bu kanunların olağan kanun olmadıkları kullandıkları kanun tekniğinden bile kolaylıkla anlaşılabilir. Kanunun “genel hükümler” başlığı altında “Ordu Dahilî Hizmet Kanununun 34 üncü maddesi ile «Türk yurdunu ve Teşkilâtı Esasiye Kanunu ile tâyin edilmiş olan Türk Cumhuriyetini kollamak ve korumak» vazifesi kendisine verilmiş olan Türk Ordusu, vatandaşları birbirine düşürmek suretiyle Türk Vatanını ve millî varlığı tehlikeye koymuş olan eski iktidara karşı bu mukaddes kanuni vazifesini yerine getirmek ve Hukuk Devletini yeniden kurmak için, Türk Milleti adına harekete geçerek, Milleti temsil vasfını kaybetmiş olan Meclisi dağıtıp iktidarı, geçici olarak, Millî Birlik Komitesine emanet etmiştir.” şeklindeki gerekçe hükmü olabilecek bir metni maddesiz kanun hükmü olarak düzenlemiştir.

Bu tür kanunların olağan kanun olmamalarının bir başka göstergesi, 1 sayılı “1924 Tarih ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun”un başlığındaki “geçici” ibaresinin, daha sonraki 55 sayılı Kanunla geçmişe etkili şekilde metinden çıkarılmasıdır.



Millî Birlik Komitesi üyelerinden her biri de geçici kanun teklif edebilir.”

“**Madde 18-** Devlet Başkanı, Millî Birlik Komitesince kabul edilen geçici kanunları en geç yedi gün içinde ilân eder....”

Komite daha sonra bu dönemde çıkarılan Kanunların “geçici” olarak nitelendirilmesinden vazgeçmiş ve bu amaçla bu Kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapan 12.08.1960 tarihli ve 55 sayılı Kanunu çıkarmıştır. Yeni çıkarılan Kanun’da 1 sayılı Kanun’daki geçici nitelmesini kaldıran iki düzenleme yapılmıştır:

“**Madde 1-** 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun bazı maddelerinin kaldırılması ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkındaki 1 sayılı Geçici Kanunun 7 ve 18 inci maddelerindeki (Geçici) kelimeleri kaldırılmıştır.”

“**Madde 4-** Bu kanunun yayımı tarihinden evvel Türkiye Cumhuriyeti Millî Birlik Komitesince kabul edilmiş olan Geçici Kanunlarda yazılı ve bu kanunlara matuf bulunan (Geçici) kelimeleri kaldırılmıştır.”

Dolayısıyla 1 sayılı Kanun 12. 08. 1960 tarihinden itibaren geçicilik niteliğini kaybetmiştir.⁶ Türk hukuk sistemi böylece 1960 darbesi nedeniyle bir kez daha kullanmaya başladığı “geçici kanun” kavramını yeniden terk etmiştir.

12 Eylül 1980 askeri darbesi de, 27 Mayıs’a benzer biçimde hukuki meşruiyet çabası içine girmişti. Popüler siyasi söylemde “İhtilal Hukuku” olarak nitelenen ve genellikle fiili zorbalıkla başlamış uygulamaların sonradan sözde hukuki dayanaklarını oluşturma girişimleri askeri müdahalelerin değişmeyen yöntemi haline gelmişti. Birinci ve İkinci Meclis için geçerli kabul edilebilecek “kurucu meclis” niteliği, darbe dönemlerinde yasama yetkilerini kullanmak üzere oluşturulan sözde meclislerin aldatıcı sıfatı haline gelmişti. (İba, 2020a, s.142.) Her iki darbe sonrası yasama dönemi numaralarının 1’den başlatılması, kopukluğa ve

6 Bu arada çok ilginç bir gelişme daha yaşanmıştır. 23. 06. 2020 tarihli ve 7248 sayılı Kanunla 1 sayılı Kanun’un bazı maddeleri kaldırılmıştır. Ancak 1 sayılı Kanunda değişiklik yapan Kanun, 1 sayılı Kanundan “Geçici Kanun” olarak söz etmektedir. Oysa 55 sayılı Kanun 1 sayılı Kanun’dan “geçici” ibaresini çıkarmıştır. Bu durumda 7248 sayılı Kanun’un, diğer sorunlar bir tarafa, 1 sayılı Kanunun ilk halini değil 55 sayılı Kanunla değiştirilmiş halini değiştirmesi gerekirdi. 7248 sayılı Kanun, 55 sayılı Kanun’un, yetkili bir organ tarafından çıkarılmadığı düşüncesiyle 1 sayılı Kanunun başlangıçtaki halini değiştirmişse, ortada çelişkili bir durum var demektir. Çünkü 1 sayılı Kanunu çıkaran organ ile 55 sayılı Kanunu çıkaran organ aynı organdır.

karışıklığa yol açmıştı. 2.3.1984 tarihli TBMM Başkanlığı önerisi üzerine alınan TBMM Kararıyla 1. Dönemin 17. Dönem olarak anılması ve bundan sonraki yasama dönemlerinin de buna göre teselsül ettirilmesi yönünde düzeltici mahiyette isabetli bir adım atılmıştır. Ancak, 12 Eylül döneminde kanun numaraları yeniden 1'den başlatılmamış ve kanunlarda "geçici" nitelemesi kullanılmamıştır.

27 Mayıs askeri darbesiyle devlet yetkilerini ele geçiren Milli Birlik Komitesi, iki maddesi 27 Mayıs tarihinden geçerli olacak şekilde geçmişe etkili olması öngörülen 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 Sayılı Geçici Kanun ile askeri müdahaleye hukuki kılıf oluşturmuştu. Yakın dönemde, Yüksek Adalet Divanı ve Yüksek Soruşturma Kurulu'nun hukuki temelini, başlangıçtan itibaren ortadan kaldırmak amacına yönelik olarak usul yönünden tartışmalara yol açan kanuni düzenleme yapılmıştır. 1 Temmuz 2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 23.06.2020 tarihli ve 7248 sayılı Kanunla, geçmişe etkili şekilde yürürlüğe konulan 1 sayılı Kanun'un iki maddesini yürürlüğe girdiği tarihten geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. (Şentop, 2021, s.125)

III. MUVAKKAT MADDE, MADDE-İ MUVAKKATE, MADDE-İ KANUNİYE, MADDE-İ MÜZEYYELE, MADDE-İ MÜNFERİDE

Buraya kadar yapılan açıklamalar "*Kanun-u Muvakkat*" ile "*Muvakkat Madde*" arasında bir ilişki bulunmadığını göstermiş olmalıdır. "*Muvakkat Madde*", bugünkü "*Geçici Madde*"nin karşılığıdır ve kimi zaman "*Madde-i Muvakkate*" biçiminde kullanılmıştır.⁷

Kanunlarda kimi zaman "*Madde-i Kanuniye*" başlıklı maddelere rastlanmaktadır. 12.12.1923 tarihinde kabul edilen 381 sayılı "*İstiklâl Madalyası hakkındaki Kanuna madde-i müzeyyele ilâvesine dair Kanun*" tek madde içermektedir ve maddenin başlığı "*Madde-i Kanuniye*"dir. Madde tutanaklarda şöyle yer almıştır:

"Madde-i kanuniye: Hidematı fevkalâde ve fedakâraneleri görülenlere verilecek olan İstiklâl Madalyası, İstiklâl mücadelât ve muharebatının mebde-i olan 15 Mayıs 1335'ten seferberliğin tarihi hitamı olan 1 Teşrinisani 1339 tarihine kadar sebk eden hidemata 'mukabil ita olunur."

7 Örneğin 22.04.1925 tarihli ve 657 sayılı "*Ebniye Kanununun 20, 21, 22, 23, 24, 25 nci maddelerini muaddil Kanun*"da şöyle bir "*madde-i muvakkate*" vardır: "3 ncü maddede beyan olunan bir sene mühlet işbu kanunun meriyetinden evvel vukubulmuş olan harikler için yevmi meriyetinden itibaren başlar." Maddenin adı daha sonra 01.02.1989 tarihli ve 3520 sayılı "*Bazı Kanunların Madde Numaralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun*"la "*Geçici Madde 1*" olarak değiştirilmiştir.

Bu veriler ışığında “Madde-i Müzeyyele”nin “Ek Madde” anlamında kullanıldığı görülmektedir. Ancak maddenin başına tanımlama yapılmadığı gibi bir numara da kullanılmamıştır. Madde bir “Kanun Maddesi” (Madde-i Kanuniye) olarak görülmüş ve bu haliyle 381 sayılı Kanun’a eklenmiştir. Daha sonra 01.02.1989 tarihli ve 3520 sayılı “Bazı Kanunların Madde Numaralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun” bu tür numarasız maddeleri numaralandırarak ilgili kanunlarına eklemiştir. Burada sözü edilen madde ilgili Kanun’a “Ek Madde 1” olarak eklenmiştir. Aslında her kanuna eklenen yeni madde bir ek maddedir ve bu anlamda geçici madde de bir ek maddedir. Ancak geçici maddenin kendine özgü nitelikleri vardır ve mevcut bir kanuna geçici nitelik taşıyan bir madde eklendiğinde ek madde olarak değil geçici madde olarak eklenmiştir. Bu örnekte madde 381 sayılı ana Kanun’a “Madde-i Kanuniye” (Kanun Maddesi) başlığı altında bir tür “ana kanuna işlenemeyen hüküm” olarak eklenmiş ve daha sonra ek maddeye dönüştürülmüştür. Oysa maddenin içeriğine bakılırsa bir geçici madde niteliğinde olduğu görülür. Madde olağanüstü hizmet yaptığı düşünülen kişilere verilecek İstiklal Madalyaları için hangi tarihler arasında bu hizmeti yapmış olmak gerektiğine ilişkin geçici bir düzenleme yapmıştır. Bu tarihten önce veya sonra aynı yararlılığı göstermiş olanlara Madalya verilmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu tür maddelerin adlandırılmasında başından beri güçlüklerle karşılaşıldığı ve bir standart bulunmadığından farklı uygulamalara rastlandığı söylenebilir.

Burada son olarak “Madde-i Münferide” kavramından söz etmek gerekir. Madde o dönemde TBMM’de yaşanan yoğun siyasal tartışmaların bir ürünüdür ve bir tür “Ana Kanuna İşlenemeyen Geçici Hüküm” niteliğindedir. Madde şöyledir:

“MADDE-İ MÜNFERİDE

“İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren mer’i olur. Ancak elyevm münakit Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1336 tarihli Nisabı Müzakere Kanununun birinci maddesinde gösterildiği üzere gayesinin husulüne kadar müstemirren müçtemi bulunacağı cihetle işbu Teşkilâtı Esasiye Kanunundaki; 4 üncü, 5 inci, 6 ncı maddeler gayenin husulüne elyevm mevcut Büyük Millet Meclisi adedi mürettebinin sülusanı ekseriyetle karar verildiği takdirde ancak yeni intihaptan itibaren mer’iyülicra olacaktır.”



Maddenin geçiciliği Meclisin kendisinin geçiciliğini ifade ettiğinden tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ (AYM) KARARLARINA GÖRE GEÇİCİ MADDE

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere yasama faaliyetlerinin gayesi kamu yararını gerçekleştirmektir. Bu sebeple kanun koyucunun kuralları günün değişen koşullarına göre değiştirmesi veya bunların bazılarını kaldırması kamu yararını gerçekleştirme hedefinden kaynaklanmaktadır. Aksi öngörülmediği müddetçe yeni düzenlemelerin derhal yürürlüğe girmesi ve yeni hukuki sonuçları beraberinde getirmesi kamu yararının gereğidir. Anayasa Mahkemesi geçici maddelerin hukuki niteliğine ilişkin şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Anayasada belirli konuları düzenleyen genel kurallar yanında özel kurallara da yer verilmiştir. Bir konu özel kurallarla düzenlenmemiş ise, sorunların çözümünde genel kurallar uygulanır. Ancak, o konuda özel düzenlemeler varsa artık genel kurallara başvurulmaz. Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur. Sözü edilen maddenin, “geçici madde” olarak adlandırılmış bulunması etki ve değer bakımından Anayasanın öteki maddelerinden daha zayıf ve önemsiz olduğu biçimde yorumlanmasına neden olamaz. Geçici maddeler genellikle, geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayırık hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayınlanmalarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu ilkenin en çarpıcı ayrıklığı, yasalardaki geçici kurallardır. Bu nedenle, yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında farklılık varsa, özel nitelikleri nedeniyle geçici maddeler esas maddeden önce uygulanırlar. Çünkü, yasa koyucu, kuralın ayrıklığında kamu yararı görmüştür. Özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir. Anayasada da, belli bir konuyu düzenleyen özel kural varken konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel kural bulunsa bile, onun değil, konuya özgü anayasa kurallarının uygulanması gerekir. Bir yasada öncelik alan geçici maddeler, uygulanıp sonuçları tümüyle alındıktan sonra işlevlerini yitirirler. Tersine durumda,



yasalardaki geçici maddeler, yasanın bir ayrıklık olarak kapsadıkları konularla birlikte geçerliliklerini sürdürürler. (vba)”⁸

AYM’nin bu kararının hem lehinde, hem de aleyhinde söylenecek şeyler vardır. *İlk olarak*, Kararda bir düzenlemenin hangi hallerde geçici sayılması gerektiğine ilişkin bir çözümleme yapılmamıştır. “*Geçici maddeler, uygulanıp sonuçları tümüyle alındıktan sonra işlemlerini yitirirler*” biçimindeki açıklama geçici maddelerin belirlenmesine yönelik önemli bir tespit ise de bu değerlendirmenin yapılması her zaman kolay değildir. Bu yüzden Karar, uygulamadan kopuk teorik bir yaklaşıma dayandırılmış görünmektedir. *İkinci olarak*, geçici hükümler, “*genellikle, geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrıık hükümler*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlama geçici hükümlerin önemli bir kısmını kapsasa da önemli bir kısmını dışarıda bırakmaktadır. Geçici hükümlerin bir başka önemli işlevi geçmişe yönelik çeşitli aflar öngörmeleridir. Öğrenci aflarına, ceza hukukundaki genel af ve özel aflara, imar aflarına, ateşli silah aflarına, vergi aflarına ilişkin düzenlemeler geçici hükümlerle yapılır ve bu alanın kapsamı hiç de göz ardı edilebilecek kadar küçük değildir. Geçici maddeler geçmişe ya da geleceğe dönük olarak çeşitli hak ve ayrıcalıklar yaratabilirler. Dolayısıyla Mahkeme geçici maddelerin iki önemli işlevine değinmemiştir. *Üçüncü olarak* Mahkemenin “Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından...” biçimindeki tespiti son derece doğru olmakla birlikte eksiktir. Çünkü etki ve değer bakımından eşit olan kurallar sadece anayasa kuralları değildir; kanun hükümleri de etki ve değer bakımından eşittirler. Nitekim uygulamada geçici hükümlerin görüşülmesinde farklı bir yöntem uygulanması, geçici hükümler aleyhine bir sonuç yaratmıştır. *Dördüncü olarak*, Mahkeme’nin genel kural-özel kural ayrımı son derece isabetli olup, geçici hükümlerin özel hüküm kapsamında öncelikli olarak uygulanma zorunluluğunu tespiti isabetli olmuştur. Bütün eksikliklerine rağmen AYM kararı geçici hükümlerle ilgili bir tanım geliştirme çabasında çok değerli bir kaynak olma işlevine sahiptir.

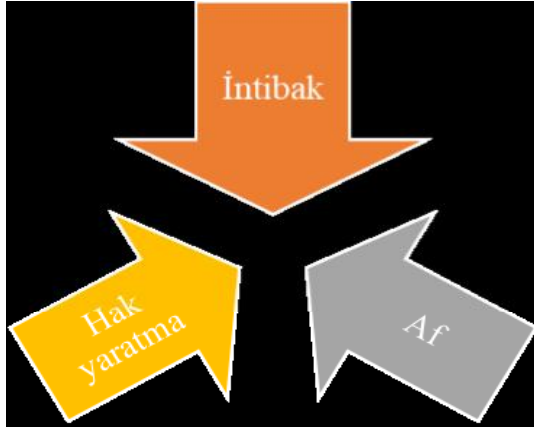
V. GEÇİCİ MADDE TANIMI VE TÜRLERİ

Geçici maddeyi, geçmiş ya da gelecekteki belirli dönemlerde yasal yükümlülüklerden bağışık tutma, haklar tanıma ya da geçiş dönemlerinde eski dönem ile yeni dönem arasında uyum sağlama

8 Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2000/37, K.2000/14, 15.6.2000 (R.G:30.6.2000, sayı:24095)

amacıyla ana kuralı tümüyle ya da belirli yönleriyle askıya alan ayrık düzenleme biçiminde tanımlamak mümkündür (Bakırcı, 2004, s. 41). Bu tanımdan yola çıkıldığında işlevleri yönünden aşağıdaki Şekil 2’de gösterildiği gibi üç geçici madde türü saptamak mümkündür:

Şekil 2- İşlevlerine Göre Geçici Madde Türleri



Kanun tekniği ve norm koyma yönünden “geçici madde” özel ve ayrı bir öneme sahiptir. Kanunların ve diğer mevzuatın karakutusu niteliğindeki “geçici madde” önceki ve yeni düzenleme arasındaki kritik geçiş bilgilerini içerebildiği gibi geçmişte yaşanmış ve toplum vicdanını yaralayan bir mağduriyeti giderme ya da ortaya çıkan yeni toplumsal ortam dolayısıyla geçmişteki çeşitli eylemler üzerine sünger çekme amaçlarını taşıyabilmektedir. Dolayısıyla bu kadar çok işlevi bünyelerinde ayrı ayrı ya da kimi zaman birlikte barındıran “karakutu” niteliğindeki geçici maddelere indirgemeci bir yaklaşımla bakmamak gerekir. Vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini kullanabilmelerini sağlama, kazanılmış hakları koruma, mağduriyetleri giderme, toplumsal barışa katkıda bulunma, kutuplaşmayı önleme gibi çok sayıda işlevi olan maddeleri kanunun sonunda yer alan önemsiz maddeler olarak değerlendirmek son derece yanlıştır. Diğer kanun maddeleriyle etki ve değer bakımından hiçbir farkları olmayan geçici maddelerin doğurduğu sonuçlar çok önemli olabilir. Dolayısıyla bu maddeleri düzenlerken, karmaşıklıklarının dikkate alarak son derece özenli davranmak gerekir.

A. Affa ve Hak Yaratmaya İlişkin Geçici Maddelerin Ortak Noktası

Aslına bakılırsa affa ilişkin geçici maddeler ile hak yaratan maddeler arasında ortak yönler bulunduğu görülür. Örneğin belirli bir bölgede

şiddet olaylarının yaygınlaşması nedeniyle bölgede yaşayanların can güvenliklerini sağlamak için ruhsatsız silah edinmeleri yasalara aykırıdır. Ancak Devletin, kişilerin can güvenliğini sağlayamadığı toplumsal kriz ortamlarında bireylerin, kendi can güvenliklerini sağlayabilmek için çeşitli yöntemlere başvurması kaçınılmazdır. Toplumdaki bireylerin, kendi can güvenliklerini silahlanarak sağlamaya çalışmaları, toplumda silahlanmanın yaygınlaşmasına neden olabilir ve bu tür kriz ortamlarında toplumsal silahlanma döngüsünü kırmak son derece güçtür. Bu ortamlar sona erdikten ve Devlet tarafından güvenli ortam tesis edildikten sonra, bireylerin kriz ortamında ruhsatsız olarak edindikleri silahları teslim etmek ya da ruhsatlandırmak istemeleri de doğaldır. Hiç kuşkusuz devlet de yaygınlaşmış bulunan ruhsatsız silahları kayıt altına alarak döngüyü kırmak yönünde buna koşut bir güdüyle hareket edecektir. Bu durumda çıkarılacak geçici kanunlarla özel kişilerin ellerinde bulunan silahları belirli bir süre içinde beyan etmeleri halinde kendilerine ceza uygulanmayacağı öngörülebilir. Bu tür geçici hükümler af kanunu kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü ruhsatsız silah edinmek ceza kanunlarına göre suç olarak tanımlanmıştır. Bu kişilerin silahlarını belirli bir süre içinde beyan veya teslim etmeleri durumunda cezalandırılmamaları affın yanında bir tür ödüldür, çünkü kanunla bir taraftan ruhsatsız silah sahiplerinin cezalandırılmasından vazgeçilirken, öbür yandan bu kişiler için bir hak yaratılmaktadır. Burada dikkat edilmelidir ki belirli bir dönemde üstün gayret gösterenlere İstiklal Madalyası verileceğine ilişkin hükmün bir hak sağlama ya da ödül verme yönü bulunmasına rağmen af yönü yoktur. Dolayısıyla her iki ayrıcalık da bir hak yaratmaktadır, ancak ayrıcalıkların birinde bir af da içerilmiş durumadır. Dolayısıyla hak yaratma ile affa ilişkin geçici maddelerin aynı kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

Af konusunda en çok karşılaşılan durumlardan bir başkası öğrenci affıdır. Örneğin öğrenci affına ilişkin olarak 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na 13.02.2011 tarihli ve 6111 tarihli Kanunun 173. maddesiyle eklenen maddenin bir bölümü şöyledir:

“Yükseköğretim kurumlarında hazırlık dâhil bütün sınıflarda intibak, önlisans, lisans tamamlama, lisans, lisansüstü öğrenimi gören öğrencilerden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kendi isteğiyle ilişkileri kesilenler ile yurt dışındaki üniversitelerden yatay geçiş yaptıktan sonra yatay geçişleri iptal edilenler dâhil,terör suçundan hüküm giyenler hariç her ne sebeple olursa olsun ilişkisi kesilenler ile bir programı kazandıkları



halde kayıt yaptırmayanlar bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde ilişkilerinin kesildiği yükseköğretim kurumuna başvuruda bulunmaları şartıyla bu Kanunun 44 üncü maddesinde belirtilen esaslara göre 2011-2012 eğitim-öğretim yılında öğrenimlerine başlayabilirler.” (Geçici m. 58)

Buradan çıkan sonuca göre, “*kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar*” okuldan atılanlar, geçici bir düzenlemenin hükmüne tabii olacaklar ve geçici düzenlemenin hükmünün bittiği tarihten sonra yeniden ana kurula tabii olacaklardır. Bu tarihten sonra atılanlar için yeni bir af kanunu getirilmediği sürece, buradaki hükmü canlandırmak söz konusu olmayacak ve hiçbir öğrenci bu tarihten sonra affa tabii olamayacaktır. Çünkü belirtilen tarihten sonra işlevini tamamlamış hüküm artık uygulanamayacaktır.

B. İntibak Hukukunda Geçici Madde

İntibak hukuku, bir kanun yenisi ile değiştirildiğinde yeni kanun ile eski kanun arasında bağdaştırma ve geçiş şartlarını düzenleyen hukuktur. Anayasa değişiklikleri dâhil, kanunların geçiş dönemlerinde nasıl uyarlanacağına yönelik kuralları düzenleyen kurallar bütününe intibak hukuku denilmektedir. İntibak hukukuna yönelik düzenlemeler genellikle kanunların sonunda yürürlük maddesinden önce yer alan geçici maddeler yoluyla düzenlenmektedir. İntibak hukuku, daha evvel gerçekleştirilen veya süreci devam eden işlemlerin bireylere yönelik sonuçlarının korunmasını hedeflemektedir. Böylece, kişilerin hukuki güvenlik ilkesine uygun olarak, yeni duruma ne zaman tabii olacağını kolaylıkla algılayabilmesi sağlanmış olmaktadır.

Yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinde temel kural, aksi öngörülmemişse, bunların derhal yürürlüğe girmesidir. Hem Anayasa Mahkemesi kararlarında, hem de doktrinde genel kabul gören görüş, kanun koyucunun yeni düzenlemelerle kural işlemlerde değişiklik yapabileceği ve yapılan değişikliklerin yürürlüğü müteakip tüm eylem ve işlemlere uygulanacağıdır. Ayrıca yeni düzenleme, tamamlanmayan işlem ve eylemlere de tatbik edilecektir. Kanun koyucunun temel kuraldan ayrılması ve sürmekte olan işlemleri devam ettirmek istemesi durumunda, bunu geçici maddeler ile düzenlemesi gerekmektedir. Buna ilaveten yasama organı yeni düzenlemenin yürürlük tarihini ileriki bir tarih olarak belirleyerek mevcut hükümlerin uygulanmasını devam ettirmeyi tercih edebilir. Kimi zaman yeni kuralların hemen yürürlüğe girmesi olanaksız olabilir ve yeni kuralların yürürlüğe girebilmesi için



belli hazırlıkların yapılması gerekebilir. Bu durumda kanun koyucunun geçiş hükümleri koyması zorunlu olmaktadır.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin doğal bir yansıması olarak, Devlet organları, yetkilerinin kaynağını Anayasadan alır. Yasama organı da, kanuni düzenleme yetkisini, “eşitlik” “sosyal devlet”, “demokratik hukuk devleti” gibi Anayasal ilkelere uygun kullanır. Bu kapsamdaki ilkesel gerekliliğe, “yasama kısıtı”⁹ ve “yasama etiği” gibi yeni gelişen çerçeve terimler de eklendiğinde, kanun maddeleriyle getirilen düzenlemelere geçiş hükümlerinin kritik önemi ortaya çıkmaktadır. Kazanılmış haklara saygı ve hukukî güvenlik gibi hedeflere bağlılık ayrı bir öneme sahiptir. Kanunların yürürlüğe girmesinde, “*derhal uygulanabilirlik*” ilkesi Türk hukuk sistemi açısından geçerli olup intibak hukuku açısından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İntibak hukuku açısından uygulama ve mahkeme kararları ile ortaya çıkan sonuç şudur: Geçmişteki bir işlem veya eylem hakkında önceki düzenlemenin geçerli olacağı veya yeni düzenlemenin geleceğe yönelik olarak bir işlem veya eylem hakkında uygulanmayarak önceki hükümlerin uygulanacağı geçici maddeler ile öngörülmektedir. Kanunun yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan hukuki durumun yol açabileceği beklenmedik ve kamu yararına aykırı sonuçların doğması da geçici madde düzenlemesiyle önlenir. Şu halde geçici madde düzenlemesinin bir amacı, esas itibarıyla yasanın uygulanmasından kaynaklanacak kamu yararına aykırı sorun ya da durumlara geçici çözümler üreterek, yeni kanunun esas hükümlerince getirilen düzenlemelere yumuşak geçişi sağlamaktır. Hal böyle olunca, “*geçici madde*” yerine “*geçiş maddesi*” ya da “*intibak (uyum) maddesi*” ifadesi daha isabetli ve gerçekçi bir nitelendirme olabilir. Dolayısıyla affa ya da hak yaratmaya yönelik geçici maddeler ile uyumu sağlamaya çalışan intibak hükümleri arasında ayırım yapılması bu konudaki kafa karışıklığını gideren standartlardan birisi olacaktır.

VI. GEÇİCİ MADDELERDE KARŞILAŞILAN KİMİ SORUNLAR

Kanun tekniği ve norm koyma usullerine aykırı olarak kanunlaştırılan geçici maddeler, uygulamada büyük sıkıntılara yol açabilmektedir. Burada bu sorunlar başlıklar halinde açıklandıktan sonra çözüm önerileri geliştirilecektir.

9 Görev ve yetkileriyle ilgili olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği fonksiyonel yönden yasama organına getirilmiş hukuki sınırlama ve kısıtlamaları ifade eden “yasama kısıtı” ile yasama organının özellikle ayrımcılık yasağı ve genel eşitlik ilkelerine titizlik göstermesine vurgu yapan “yasama etiği” kavramları hakkında bkz. İba (2020b), s.53.

A. İçinde Tarih Geçen Maddelerin Geçici Madde Olarak Nitelendirilmesi

Kanun yapım tekniğinden haberdar olunmadığında içinde tarih geçen her maddenin geçici madde olarak adlandırılmasına neden olabilmektedir. Oysa tarih geçici maddelerin çoğunda bulunmakla birlikte içinde tarih bulunmayan geçici madde olabileceği gibi, içinde tarih geçen her madde geçici madde değildir.

Örneğin 15.04.2020 tarihli 7243 Sayılı Kanun'da şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“MADDE 21–2547 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 81- Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 44 üncü maddede yapılan düzenlemeler, 2020-2021 eğitim-öğretim yılından itibaren uygulanır.”

Düzenlemenin öncelikle geçici olmakla bir ilgisi bulunmamaktadır. 7243 sayılı Kanununun 6. maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Kanununun 44. maddesinde yapılan değişikliğin yürürlük tarihi geleceğe ertelenmektedir. Madde çok basit biçimde yürürlük maddesinde şöyle düzenlenmeliydi:

“Bu Kanunun 6 ncı maddesi 2020-2021 eğitim-öğretim yılından itibaren uygulanır.”

Bu tür bir düzenleme hem “*Bu maddeyi ihdas eden Kanunla*” ibaresinin yol açabileceği tereddütleri giderecek, hem “*44 üncü maddede yapılan düzenlemeler*” ibaresindeki “*44. maddenin*” hangi kanunun hükmü olduğu sorusunu doğurmayacak, hem de geçici olmayan bir hükmü geçici olarak düzenlemeye zorlamayacaktı. Bu tür düzenlemeleri kanun tekniğiyle izah etmek olanaksızdır.

07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Kanun metninde şu geçici madde düzenlenmiştir:

“GEÇİCİ MADDE 2- (1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, Kurulun ilk toplantısından itibaren üç ay içinde çıkarılır.”

Bu örnek “*içinde süre ya da tarih olan madde geçici hükümdür*” cümlesiyle özetlenebilecek yanlış yaklaşımın güzel bir örneğidir. Hüküm yönetmelik çıkarılmasına ilişkindir ve aynı kanunda yönetmeliklere ilişkin 36. madde bulunmaktadır. Buradaki üç aylık süre



maddeyi geçici hale getirmemektedir; madde süreklidir ve öngörülen yönetmeliğin çıkarılması için bir süre öngörmektedir. Bir şekilde belirtilen sürede yönetmeliğin çıkarılmamış olması, süre geçtikten sonra çıkarılmayacağı anlamına gelmez. Bir başka anlatımla süre hak düşürücü süre değildir. Geçici maddelerde öngörülen süre geçtikten sonra madde artık işlevsiz kalır. Oysa burada maddenin işlevsiz kalması gibi bir durum söz konusu değildir.

Kimi zaman bir maddede birden fazla tarih ve süre olabilir. Bu durumlarda maddeye geçicilik niteliği veren bir hükmün olması yeterlidir. Örneğin bir il ya da ilçe kurulmasına ilişkin bir kanun teklifinde şu hüküm bulunmaktadır.

“GEÇİCİ MADDE 1. Bu Kanunla kurulan il ve ilçelerde merkezi idare tarafından oluşturulacak teşkilatla ilgili her türlü atama işlemleri bu Kanunun yürürlüğe girişinden itibaren geçecek 60 günlük süre içinde tamamlanır.

Bu süre içinde yeni kurulan il ve bu ile bağlanan ilçelerde merkezi ve mahalli idarelere ait her türlü iş ve işlemler ile idari ve adli davalar ve bunlara ilişkin bütün iş ve işlemler halihazırda bağlılık durumuna göre yürütülür.”

Bu hükümlerle, ilin kuruluş işlemi tamamlanıncaya kadar ya da bir geçiş döneminde işlemlerin hangi kurala göre yürütüleceği belirlenmektedir. Bu geçiş döneminden sonra işlemler genel kurallara göre yürütülecektir. Burada öncelikle şuna dikkat etmek gerekir ki maddeye geçicilik niteliği veren maddedeki 60 günlük süre değil bağlılık durumuna ilişkin intibak hükmüdür. Aynı teklifin bir önceki maddesinde süre içeren şu hükme yer verilmesine rağmen, isabetli biçimde hüküm geçici hüküm olarak düzenlenmemiştir:

“Bu Kanunla kurulan il ve ilçelerde merkezi idare tarafından oluşturulacak teşkilata ait kadroları, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren geçecek 30 günlük süre içinde ihdas etmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Diğer bir anlatımla maddede 30 günlük bir süre öngörülmüş olması, maddeye “geçicilik” kimliği kazandırmamıştır. İşlemlerin kısa zamanda sonuçlandırılması için Bakanlar Kurulunun yetkisini 30 günlük süre içinde kullanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu sürenin bitmesinden sonra, buradaki kuralın yerine başka bir kural gelmeyecektir. Kural uygulandıktan ve sonuçlarını doğurduktan sonra da kanunun sürekli

hükmü olmaya devam edecektir. Dolayısıyla kanun maddesinde bir süre öngörülmüş olmasına bakarak bu maddenin geçici madde olduğu sonucuna varmak yanlıştır. Bu tür bir maddelere “*sürelî madde*” denebilir ancak geçici madde denemez (Bakırcı, 2004, s. 39-41).

B. Geçicilik Hakkında Fikre Sahip Olunmaması

Uygulamada geçici madde başlığı altında geçici olmayan düzenleme yapma, sıklıkla görülen bir durumdur. Bu tür durumlar kimi zaman kanun tekniği bilgisine sahip olmamaktan, kimi zaman da geçici maddelerin görüşme yönteminin diğer maddelerin görüşme yönteminden farklılaştırılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, 9.11.2007 tarihli ve 5710 sayılı Kanununun Geçici 2. maddesinde şu hüküm bulunmaktadır:

“3.6.2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynakları ve Doğal Mineralli Sular Kanununun Geçici 5 inci maddesi bu Kanununun yayımı tarihinden itibaren uygulanmaz”

Maddeyle 5686 sayılı Kanun’un geçici maddesi kaldırılmaktadır ve bu hükmün kendisinin geçici olmasının hiçbir gerekçesi yoktur. Düzenleme, kanun tekniği ve norm koyma yönünden son derece acemi bir yöntemle yapılmıştır. Geçici madde yoluyla başka bir kanunda sürekli nitelikte değişiklik yapılmaktadır ve kanun tekniği bakımından açıklanabilir hiçbir yönü yoktur. Başka bir kanun maddesinin uygulanmayacağını ya da yürürlükten kaldırılmasını öngören bir kalıcı düzenlemenin geçici madde konusu olması olanaklı değildir. Bu tür bir düzenleme muhtemelen kanun yapım tekniği bilgisine sahip olmamaktan kaynaklanmıştır.

Benzer bir başka örnek şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 1. -Çeşitli mevzuatta Mimar Sinan Üniversitesine yapılmış olan atıflar Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesine yapılmış sayılır.”

Bu hüküm 22.1.2004 tarihli ve 5076 sayılı Kanun hükmüdür ve geçicilikle hiçbir ilgisi yoktur. Atıf düzeltme geçiş hükmü değil, kalıcı bir düzenleme olduğundan 5076 sayılı Kanunun gövde metinde ayrı bir maddede düzenlenmek zorundadır. Çünkü bu Kanun ne kadar uzun süre yürürlükte kalırsa kalsın, diğer kanunlardaki “Mimar Sinan Üniversitesi” ibaresinin “Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi” olarak anlaşılmasını sağlayacaktır ve Kanun kaldırılmadıkça bu hüküm işlevini sürdürecektir.



Hiç kuşkusuz temel sorun kanun tekliflerinin hazırlanma aşamasında konunun özünü bilen kişilerin kanun tekniği bilgisine sahip olmamalarıdır ve bu hataların bir kısmı komisyon görüşmeleri sırasında giderilmektedir. Örneğin Komisyona gelen bir teklif metnindeki düzenleme şöyledir:

“MADDE 7- 04.04.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 2- Ekli (1), (2), (3) ve (4) nolu krokiler ile listelerde sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda bu Kanunun kıyıları, sahil şeritleri, doldurma ve kurutma yoluyla kazanılan arazilere ilişkin yapı ve yapılaşmaya dair sınırlayıcı hükümleri uygulanmaz.”

Geçicilik niteliği bulunmayan bu düzenleme komisyon görüşmeleri sırasında doğru biçimde şöyle düzeltilmiştir:

“MADDE 7- 04.04.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa aşağıdaki ek madde ve ekli (1), (2), (3) ve (4) nolu krokiler ile listeler eklenmiştir.

EK MADDE 2- Ekli (1), (2), (3) ve (4) nolu krokiler ile listelerde sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda bu Kanunun kıyıları, sahil şeritleri, doldurma ve kurutma yoluyla kazanılan arazilere ilişkin yapı ve yapılaşmaya dair sınırlayıcı hükümleri uygulanmaz.”

Ancak bu iyi uygulama örneğine rağmen bu tür yanlışlıkların söz konusu olmaması gereken yerlerde bile yanlışlıklar görülmektedir. 19.12.2005 tarihli “*Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*”te şöyle bir geçici madde yer almıştır:

“Yönetmelikten önceki mevzuatta düzenleme

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun ve kanun hükmünde kararnemelerde değişiklik öngören taslaklarda, mevcut düzenlemenin şekli sistemine uyum sağlanması esastır.”

Oysa bu madde sürekli bir maddedir ve yönetmeliğin eski mevzuat hükümleri yönünden geçerli olmadığını ifade etmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla şu şekilde bir sürekli madde hükmü olarak düzenlenmesi gerekirdi:

“Eski Mevzuat

Madde 27. Bu yönetmelik hükümleri yayımından önce yürürlüğe giren mevzuatta yapılacak değişikliklerde uygulanmaz.”

Düzenleme sürekli olmalıdır, çünkü eski mevzuatla ilgili olarak bu kural sürekli olarak yürürlükte kalacaktır. Örneğin 70 yıl önce çıkarılan bir kanun 200 yıl sonra da bu yönetmelik hükmüne tabi olmayacaktır. Yönetmelik doğru bir tercihte bulunarak bir milat belirlemektedir ve yeni kuralların yeni mevzuata uygulanmasını öngörmektedir. Bunun geçici bir yönü yoktur. Burada kanunlar incelenirken bir yönetmelik hükmünün örnek olarak incelenmesinin nedeni kanunların hazırlanmasının yöntemini belirleyen bir yönetmelik hazırlanırken bile geçici maddelerle ilgili kafa karışıklığını açık biçimde gösterme yeteneğine sahip olmasıdır.

C. Geçici Maddelerin Farklı Görüşme Yöntemine Tabi Tutulması

AYM'nin kararında belirtildiği gibi bir maddenin geçici madde olarak adlandırılmış bulunması, bu maddenin etki ve değer bakımından öteki maddelerden daha zayıf ve önemsiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Hatta geçici madde özel hüküm olduğundan, uygulama bakımından diğer maddelere göre önceliklidir. Bu maddeler doğurdıkları sonuç bakımından kimi zaman sürekli maddelerle karşılaştırılmayacak düzeyde büyük etkilere sahip olabilir. Örneğin belli af kanunları geçici maddelerle düzenlenmiş olmalarına rağmen ülkenin siyasal, toplumsal ve ekonomik yaşamı üzerinde çok önemli bir etkiye sahip olmuşlardır. Dolayısıyla etki ve değer bakımından kanunların diğer maddelerinden hiçbir farkı olmayan geçici maddelerin, görüşme yöntemi bakımından da diğer maddelerle aynı yönteme sahip olmaları gerekir. Oysa uygulamaya bakıldığında, belirli bir döneme kadar geçici maddelerin diğer maddelerle, aynı yöntemle görüşülmediği görülmektedir. İktüzüğün 87. maddesinin birinci fıkrası metne ek veya geçici madde eklenmesi hakkında önerge verilebileceğini hüküm altına almıştır. Aslında metne ek veya geçici madde eklenebiliyor olması nedeniyle, eklenecek olan ek veya geçici maddelerin komisyon salt çoğunluğunun aranması koşulundan ayrı düşünülmesine olanak yoktur. Yeni madde ihdasında komisyonun salt çoğunluğu aranmak zorundaysa ve salt çoğunluğunun bulunduğu durumlarda önerge üzerinde yeni bir madde olarak görüşme açılıyorsa, geçici ve ek madde ihdasında da komisyon salt çoğunluğu aranmak ve bu ek ya da geçici maddeler



üzerinde yeni bir madde olarak görüşme açılmak zorundadır. Nitekim bu söylenenler ek madde bakımından uygulanmaktadır. Ancak geçici maddeler belirli bir dönem ayrı bir işleme tabi tutulmuştur. Oysa her iki tip maddeye de aynı yöntemin uygulanması gerektiğinden hiçbir kuşku duyulamaz. Ancak bu açıklığa rağmen 1996 sonrasında, zaman zaman yaşanan tartışmalara rağmen, ek madde önerilerine yeni madde ihdası işlemi ve geçici madde önerilerine ise önerge işlemi yapıldığı görülmektedir. Örneğin 1997 yılındaki bir birleşimde Başkan geçici madde eklenmesine ilişkin iki önerge olduğunu bildirmiş ve yeni madde ihdası işlemi yerine, olağan önerge işlemi yapmıştır.¹⁰ Aynı yıl içinde yapılan bir başka uygulamada aynı konuda itirazlar yapılmış ve bir usul tartışması açılmıştır. Başkan az önce aktarılan örneği hatırlatarak orada da itiraz edildiğini ve geçici madde önergesine yeni madde ihdası işlemi yapılmadığını belirterek uygulamanın bu şekilde olduğunu ve kendisinin de bu uygulamaya devam edeceğini bildirmiştir.¹¹ 24. Dönemin ikinci yasama yılından itibaren isabetli biçimde teamül değişmiş ve İçtüzüğe uygun biçimde geçici madde ihdası ile ilgili önergelere de yeni madde ihdası işlemi yapılmaya başlanmıştır. Bir metne ek madde eklenmesinin komisyonun toplantı yetersayısının bulunması ve değişikliği onaylaması şartına bağlanması ve geçici madde eklenmesinde bu koşulun aranmaması, ek maddeleri, ek madde olmadıklarını bile bile geçici madde olarak biçimlendirmeye neden olabilmektedir. Başka bir anlatımla yeni ek maddeye ilişkin önergenin işleme alınmayacağı bilindiğinden, maddeye ek madde yerine geçici madde başlığı konmuş ve bu yolla önergenin işleme alınması sağlanmıştır. (Bakırcı, 2015, s. 271-276) Önergeyi işleme alılabilmek için kimi zaman “*bu madde 01.01.2050 yılına kadar uygulanır*” biçiminde bir tarih eklenmiş ve maddenin geçici hale geldiği iddiasıyla işleme alınması sağlanmıştır. Daha önce açıklandığı gibi maddede tarih olması onun geçici madde olmasını sağlamadığı gibi, geçici maddelerin diğer maddelerden ayrı bir görüşme yöntemine tabi tutulması kanun yapım tekniğine aykırıdır. AYM de bu durumu tespit etmiştir. Dolayısıyla yanlış geçici madde yazılmasına neden olan geçici maddeye farklı işlem uygulamasının tekrarlanmaması gerekir.

10 www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 19.02.1987, Dönem: 17, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 67, Oturum: 1, s. 598-599.

11 www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 15.11.1997, Dönem: 20, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 46, Oturum: 3, s.167.

D. Geçici Maddelerdeki Tarihlerin Değiştirilmesi

Geçici maddelerdeki tarihlerin ya da ibarelerin değiştirilmesi, geçici maddelerin yürürlükten kaldırılması kanun tekniği bakımından yapılacak büyük hatalardandır ve bu hatalar sıklıkla tekrarlanmaktadır. Geçici madde başlığındaki geçicilik, geçici maddenin hükmüyle alakalı olduğu için, kanun metinlerinde yer alan geçici madde metinde kalıcı biçimde varlığını sürdürmekte ve yürürlükten kalkmamaktadır. Böylece, geçiş dönemi bittikten sonra da maddenin uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda yargı organlarınca geçici maddenin hükmüne bakılarak karar verilmesi mümkün olabilmektedir (Bayram, 2003, s. 102-116). Geçici maddenin kaldırılması ve değiştirilmesi kazanılmış hakların kaybına yol açabilir. Bu nedenle yapılacak değişikliklerin yeni geçici maddelerde yapılması zorunludur.

E. Geçici Maddelerin Torba Maddeye Dönüştürülmesi

Emekli Sandığını SGK olarak tek çatı altında birleştiren Kanunda yer alan geçici madde, yeni sisteme uyum (intibak) sağlayıcı düzenlemeler mahiyetinde esasen geçici olmayan çok sayıda hüküm içermektedir.

31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, 83 adet geçici madde ve 01.03.2012 tarihli ve 6283 sayılı Kanunla eklenen 1 adet "*işlenemeyen geçici madde*" bulunmaktadır. Söz konusu Kanunda, neredeyse ayrı bir müstakil kanun konusu olması gereken geçici 4 üncü maddeye yer verilmiştir. Madde çok sayıda kanunla değişikliğe uğramıştır ve içinde birçok hükmün geçicilik niteliği yoktur. Örneğin maddeye 04.07. 2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanunla eklenen fıkra şöyledir:

"İç güvenlik veya istihbarat görevi ifa eden kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilen uçuş veya dalış hizmetleri sırasında, uçuşun havadaki ve yerdeki veya dalgıçlığın çeşitli sebep ve tesiri ile malul olanlar ile hayatını kaybedenler hakkında 5434 sayılı Kanunun mülga 64 üncü maddesi hükümleri aynen uygulanır."

Ayrıca, Geçici 4 üncü madde, daha sonra çeşitli tarihlerde çıkarılan değişik kanunlarla 5 defa kısmi nitelikte değişiklik geçirmiştir. Bu sadece bir örnektir ve maddede çok sayıda benzer fıkra bulunmaktadır. Madde tek satır aralığıyla yazılmış 4 sayfa hacindedir. 4 sayfada toplam 1816 sözcük bulunmaktadır. 20'ye yakın fıkrası bulunan madde geçici bir madde olmaktan çok torba bir madde niteliğindedir. Başka bir yere



uygun görülmeyen her düzenleme torbaya doldurulmuş ve kanun tekniğiyle açıklanamayacak bir madde oluşturulmuştur.

04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu da, geçici madde trafiği hayli karışık olduğundan örnek gösterilebilir. 68 ana maddeden ibaret görünen Kanunun, ayrıca, 45 adet “ek maddesi” ile 53. maddeye bağlı (53/A, 53/B,53/C, 53/Ç, 53/D, 53/E,53/F, 53/G) 8 adet “mükerrer maddesi”¹² bulunmaktadır. Kanun metnine sıralı olarak işlenmiş 82 adet geçici madde bulunmaktadır. Kanuna 9 ayrı kanunla ve 2 adet KHK ile eklenmiş, ancak metne işlenemediği için yürürlük maddesinden sonra yerleştirilmiş çok sayıda “işlenemeyen geçici madde” bulunmaktadır. 14.4.1982 tarihli ve 2653 sayılı Kanunla getirilen 2 adet işlenemeyen geçici maddenin ilki numaralı olmasına rağmen ikincisi numaralıdır. Diğer, işlenemeyen geçici maddelerden bazıları Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, bazılarına ise Kanunla ya da KHK ile ilga edildiği için tamamen veya kısmen “mülga” şeklinde açıklama notu düşülmüştür. Dolayısıyla Kanun geçici maddeler yönünden yapılmaması gereken her şeyi fazlasıyla yaptığı için bir “geçici madde faciası” olarak tanımlanabilir.

VII. GEÇİCİ MADDELERİN ANA KANUNA İŞLENECEK ŞEKİLDE DÜZENLENEMEMESİ VE NUMARALANDIRILAMAMASI

Geçici maddelerin kanunlara işlenmesiyle ilgili olarak aşağıdaki Şekil 3’te gösterildiği gibi üç temel sorun bulunmaktadır.

İlk olarak, konu bütünlüğü bulunduğu için zorunlu olarak gönderme yapılan ancak işlenecek Kanun metninde yer alan maddelerden hiçbirisiyle doğrudan bağlantısı olmadığı için yerleştirilmeyen maddelere “işlenemeyen madde” adı verilmektedir (İba, 2020b, s. 118-119). İşlenemeyen maddeler kendi içerisinde de sıra numarası almamaktadır. Bunlar çoğu zaman geçici madde niteliği taşımakla birlikte işlenecek uygun yeri olmadığı için “işlenemeyen” başlığıyla kanun metninin en sonuna yürütme maddesinden sonra ilave edilmektedir. Örneğin, 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’nda, 226 adet geçici madde 23 adet ek geçici maddeye ilaveten 11 adet “işlenemeyen geçici madde” yer almıştır. Ayrıca, 1982 Anayasasının en sonunda yer alan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına İşlenemeyen Geçici

12 “Mükerrer madde”, kanun tekniğine uygun olmamakla beraber zorunlu hallerde, kanun metninde mevcut bir ana maddeyle konu bütünlüğü olduğu için zincirleme biçimde bağlantılı olarak yazılan maddedir (İba, 2020b, s.180).

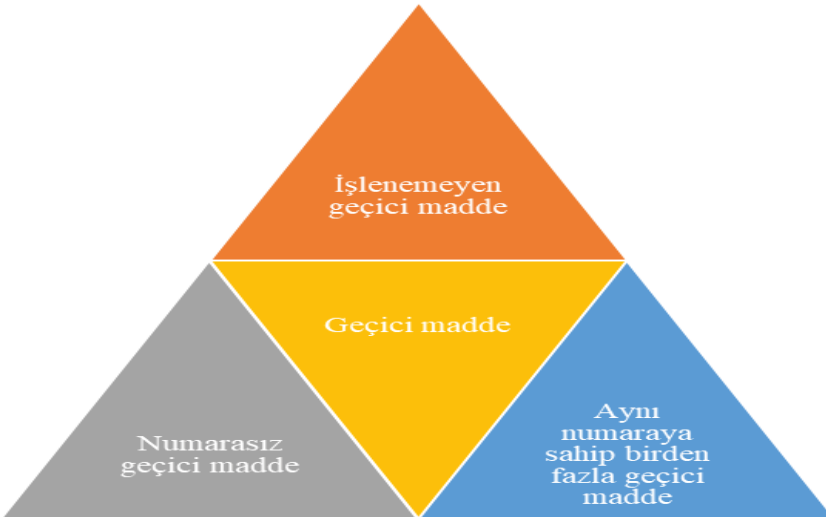
Maddeler” ortak başlığı altında iki adet geçici madde yer almaktadır.

İkinci olarak, geçici madde düzenlemelerinin kanunların işlenmesi bağlamında yaşanan önemli şekil ve usul sorunlarından bir başkası numarasız geçici maddelerdir. Burada da düzlemenin ana kanuna eklenmesindeki güçlük ve ana kanunun geçici maddesinden ayırmak için geçici maddeye numara verilmemesi yoluna gidilmektedir.

Üçüncü olarak, eklenen geçici maddeyi ana kanunun maddelerinden ve daha önceden eklenen geçici maddelerden ayırmak için her defasında geçici maddeler yeniden numaralandırılmaktadır. Bu durumda aynı kanunda aynı numaralı çok sayıda geçici madde olabilmektedir.

İsimsiz (numarasız) geçici madde yazımı, geçici maddenin çerçeve kanunların geçici maddesi olarak düzenlenmesi ve bu sebeple değiştirilen kanunun sonuna işlenemeyen geçici maddeler başlığıyla yapılan eklemeler ve birden fazla aynı numaralı geçici madde kanun yazım tekniğine uygun değildir. Numarasız ya da yeniden numaralandırılmış “ek geçici madde”lerin, “geçici madde”lerden adlandırma dışında esasen hiçbir farkı yoktur. Bu nedenlerle maddeler ana kanunu ifade edecek biçimde yazılmalı ve 1’den başlayarak numaralandırılmalıdır. Maddenin başında zaten hangi tarihli ve sayılı kanunla eklendikleri belli olduğundan herhangi bir sorun doğması söz konusu olmayacaktır. Ancak bunun için geçici maddeler kaldırılmamalı ve değiştirilmemelidir.

Şekil 3- Hatalı Geçici Madde Formları



VIII. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Geçici maddelerin yarattığı sorunların çözümü için yapılması gereken çok sayıda işlem vardır. Bu tür bir adımın atılması muhtemelen yeni önerilerin de gelişimine ve sorunun köklü biçimde çözümüne olanak tanıyacaktır. 291 Sayılı KHK ve daha sonra 1.2.1989 tarihli ve 3502 Sayılı Kanunla yapılan düzenlemeye benzer nitelikte düzenlemeler yapılmasına bir ihtiyaç bulunduğu açıktır. Geçmişteki yanlışlıkları da giderecek bu tür düzenlemelerde bir taraftan bir standart oluşturulurken, diğer taraftan bu standart daha geniş kapsamlı bir kanun yapım tekniği çalışmasının içine oturtulmalıdır. Yasama organı bünyesinde geçici madde yazımı konusunda uygulanacak esas ve usullerin hazırlanmasına temel teşkil edecek bir taslak metin hazırlanmalıdır. Bu bağlamda “geçici madde” yerine “geçiş maddesi” şeklindeki kullanımın ikame edilmesinin gerekliliği tartışılmalıdır. Bu tür bir çalışmaya katkı yapmak üzere aşağıdaki öneriler hazırlanmıştır.

İlk olarak geçici maddelerle ilgili kapsayıcı bir tanımın yapılması gerekmektedir. 2005 yılında çıkarılan Yönetmelik’te geçici madde “*Taslakların geçici hükümlerini düzenleyen maddelerini,*” şeklinde tanımlandıktan sonra şu kural konmuştur:

“(3) Yeni mevzuat metni ile getirilen düzenleme uygulanmaya başlayınca veya yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler ya da uyulacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve benzeri geçiş hükümleri geçici maddelerle düzenlenir. Geçici maddeler de ayrıca numaralandırılır. Kadro ihdas veya iptaline ilişkin düzenlemeler geçici maddelerle yapılmaz.”

Yönetmeliğin yürürlükte olduğu dönemde çok defa uyulmayan bu kural da geçici maddeler yönünden eksiktir ve sadece intibak ya da geçiş hükümlerini tanımlamaktadır. Oysa geçici maddelerle mağduriyetlerin giderilmesi için hak yaratmak ya da af yapmak mümkündür. Dolayısıyla bütün öğeleri kapsayan bir tanım geliştirilmeli ve standart olarak kullanılmalıdır.

İkinci olarak geçici madde türleri geliştirilen tanıma uygun olarak ayrıştırılmalı ve geçmiş ve gelecek arasında uyum kurmayı amaçlayan geçici maddeleri diğerlerinden ayırmak için “*geçiş ya da intibak hükümleri*” şeklinde bir adlandırma yapılmalıdır. Yerleşik ve yaygın uygulamalar dikkate alınarak en azından belirli bir tarihten (örneğin, 2023 yılı) itibaren



“geçici madde” yerine, “geçiş maddesi” nitelemesinin kullanılması da önerilebilir.

Üçüncü olarak Yönetmelikte yer alan “İlave edilecek... geçici maddeler, düzenlemenin esas yapısındaki sisteme uygun biçimde düzenlenir ve ... geçici maddelere mevcut... geçici madde numaralarını devam ettirecek şekilde numara verilir.” şeklindeki kural kesin biçimde uygulanmalıdır. Bu amaçla genel bir düzenleme yapılarak bütün kanunlardaki geçici numaraların teselsülü sağlanmalıdır. “Ana kanuna işlenemeyen geçici hükümler” biçimindeki düzenlemelere son verilmeli ve geçici maddeler ana kanuna işlenebilecek şekilde formüle edilmelidir.

1987 tarihinde çıkarılan 291 Sayılı “Bazı Kanunların Madde Numaralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, mevzuatın ayıklanması, derlenmesi ve yeniden düzenlenmesi hedefi doğrultusunda tarafından toplam sayısı o tarihlerde yaklaşık on iki bini bulan kanunların uzman heyetler taranmak suretiyle geçici maddeler ile ek maddelerin numaralandırılmasındaki karışıklığın giderilmesi ve teselsüle kavuşturulması hükümet eliyle gerçekleştiren hukuk tarihimizdeki ilginç kanunlardan birisidir. Söz konusu, 1.2.1989 tarihli 56. Birleşimde KHK'nın TBMM Genel Kurulundaki görüşmeleri esnasında, kanun metinlerinin Cumhurbaşkanı tarafından imzalandıktan sonra verilmesi yönünde esas komisyonda önergeyle eklenen 2. madde metinden çıkarılmıştır. Anayasa Komisyonunda eklenen madde tartışmalara yol açmış, maddenin kanun tasarısı metninden çıkarılmasını savunan bir milletvekili, tekliflerin kanun vasfını kazandığı anın TBMM Genel Kurulundaki son oylamada kabul edildiğinin açıklanmasının yeterli olduğunu hatırlatmış ve kanun numarası verme yetkisinin TBMM'ye ait asli bir görev olduğunu ifade etmiştir.¹³ Ayrıca, halen yürürlükte bulunan, 14.12.1920 tarihli ve 82 Numaralı TBMM Kararı gereğince, kanunların numarasının, kabul sırasına göre TBMM Başkanlığınca verilmesi şarttır.¹⁴ Ülkemizde kanunlara, kabul sırasına göre TBMM Başkanlığınca numara verilmesi, 14.12.1920 tarihli ve 82 Numaralı TBMM Kararına dayanmaktadır. Söz konusu Karar uyarınca, kanunların numaralandırılması bağlamındaki asli yetkinin başka bir makama devredilmesi de mümkün değildir.

Daha önce sadece geçici ve ek maddelerle ilgili başka bir çalışma daha yapılmış ancak sorunu tam olarak çözememiştir. 01.02.1989 tarihli ve

13 TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi:18, B.56, 1.2.1989.

14 Kavanin Mecmuası, Cilt:6, s.414.

3520 sayılı “*Bazı Kanunların Madde Numaralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun*”¹⁵, daha önce bazı kanunlardaki madde numaralarının değiştiren KHK’nin, kanunlardaki düzensiz ve mükerrer madde numaralarının düzeltmede yetersiz kalması üzerine, TBMM tarafından düzeltici mahiyette yeni eklemelerle değiştirilerek kabul edilmiştir. 3520 Sayılı Kanununun 2. maddesine ekli 1 sayılı Listede gösterilen bazı ek madde numaraları değiştirilmiş ve müstakil maddeler ek maddeye dönüştürülerek teselsül ettirilmiştir. Aynı Kanununun 3. maddesine ekli (2) sayılı listeyile de, geçici madde numaraları; 4. maddeye ekli (3) sayılı listeyile ise ek geçici madde numaraları eşleştirmeli şekilde değiştirilmiştir. Kanun başlığına düşülen ilginç (1) dipnotta ise, Kanuna ekli listelerde yer alan kanunların değişikliğe uğramış yeni madde numaralarının özel bir açıklamaya gerek görülmeden yerlerine işlendiği belirtilmiştir. Bu ara düzeltmeden daha sonra benzer hataların yapılması sürdürülmüştür. Dolayısıyla günümüz için çok daha kapsamlı ve ilkel bir yeni düzenleme ihtiyacı varlığını sürdürmektedir.

Dördüncü olarak geçici maddeler belli bir dönemde uygulanmak ve dönem sona erdikten sonra olağan duruma geri dönmek üzere yapılan ayrıksı düzenlemeler olduğundan bu maddelerdeki tarihlere ya da madde metinlerine hiçbir şekilde dokunulmamalıdır. Bir başka anlatımla geçici madde hiçbir şekilde değiştirilmemelidir. Geçici maddelerde tarih değişikliği, ibare değişikliği, canlandırma değişikliği gibi bütün değişiklikler başka maddelerde yapılmalıdır. Maddenin içeriğinin herhangi bir biçimde değiştirilmesi halinde, değişiklik anına kadar maddeden yararlanmış kişilerin kazanılmış hakları zarar görebilir. Öte yandan ibare değişikliğiyle yeni bir hak yaratılmışsa, bu yeni haktan yararlanmak için yeni başvuru yapmak gerekebilir. Bu yüzden de geçici maddelerin değiştirilmesi yolu tümüyle kapatılmalıdır. Gerekirse geçici maddenin uygulaması bir başka düzenlemeyle erken sona erdirilmeli ve onun yerine yeni bir geçici madde düzenlemesi yapılmalıdır.

Beşinci olarak geçici maddeler hiçbir şekilde yürürlükten kaldırılmamalıdır. Çünkü bu maddelerle kişilere çeşitli haklar yaratılmıştır ve geçici maddede öngörülen dönem yönünden çıkan bütün ihtilaflarda hükmünü icra etmiş olan geçici madde hükmü uygulanmak zorundadır. Süresi biten geçici madde yeni durumlar için zaten yürürlükten kalkmış demektir; madde, yürürlükte olduğu dönemle

15 *Düster*, 5. Tertip, Cilt:28, s.228. (Resmi Gazete: 10.2.1989, Sayı:20076)



ilgili olarak her zaman yürürlükte kalmak zorundadır. Çünkü süresi sona erdiğinden artık uygulanmayacak olmakla birlikte, uygulandığı dönemdeki ihtilaflarda sürekli olarak uygulanmak zorundadır.

SONUÇ

Türk hukukunda “geçici madde” düzenlemeleri neredeyse kronik bir sorunlu alan haline gelmiştir. Yasama dilinde “geçici” sıfatı, uygulama dikkate alındığına olgularla bağdaşmamaktadır. Kanuni düzenlemelerde madde başlıklarına bakılarak yapılan değerlendirmeler, yetersiz ve aldatıcı olabilmektedir. Kanunlarımızda ve genel olarak mevzuatımızda geçici madde sorun alanını içinden çıkılmaz hale getiren uygulama, esasen geçici madde konusu olmaması gereken düzenlemelere yer veren geçici maddelerdir. Kanun maddelerinde geçicilik boyutu, yasama kalitesiyle doğrudan ilgilidir. Maddi anlamda geçicilik niteliği taşımadığı halde geçici madde başlığı altında düzenlenen kanun maddeleri, ülkemizde yasama kalitesini azaltan kronik uygulamaların başında gelmektedir. Bu uygulamanın kaynağı, kanun tekniği yönünden geçici madde kavramının yeterince anlaşılması ve bilinmemesidir. Bu soruna kaynaklık eden nokta, kanunların madde başlıklarında yer alan “geçici” ibaresinin maddenin şeklen kendisiyle değil, maddi anlamda yani içerdiği hükümle alakalı olduğunun göz ardı edilmesidir.

Hukuk âleminde geçici madde, bir taraftan kanunların genel kalitesi hakkında bilgi veren bir gösterge, diğer taraftan kanunu topluma uyarlayan bağlantı veya kavşak noktasıdır. Bazı örnekler ele alınarak bu makalede gözler önüne serilen çeşitli sorunlu uygulamalar, mevzuatımızı her geçen gün daha da karmaşık hale getirmektedir. Geçici hükümler sürekli maddelerde, sürekli hükümler ise geçici maddelerde yer bulabildiği için kafa karışıklığı ortaya çıkmakta, yasama kalitesi de olumsuz yönde etkilenmektedir. Ülkemizde geçici maddenin anlamı hakkında bilimsel ve teknik bilgiye ihtiyaç vardır. İlk önce, 1920 yılından bu yana yürürlükte bulunan tüm kanunlardaki geçici maddeleri incelemek üzere bir çalışma heyeti oluşturulmalıdır. Yasama organı bünyesine yapılan bilimsel ve teknik incelemeler doğrultusunda genel olarak kanun tekniği ve norm koyma, madde türleri ve geçici dâhil madde yazımıyla ilgili İktüzük-altı düzeyde, ancak uyulması zorunlu olacak esas ve usullerin ana standartlarını belirleyen bir düzenleme taslağı hazırlanması düşünülmelidir.



KAYNAKLAR

Bakırcı, F. (2004, Kasım). Yasalarda ve Yasa Maddelerinde Geçicilik. **Meclis Bülteni**, 38-41.

Bakırcı, F. (2014). İspanya Parlamentosu’nun Yapı ve İşleyişi Üzerine. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**(63), 1-79.

Bakırcı, F. (2015). **Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar**. Ankara: TBMM Yayınevi.

Bayram, E. (2003). Kanun Sistematiğinde Geçici Madde. **Yasama Dergisi**(8), 102-116.

İba, Ş. (2020a), Parlamento Tarihimizde II. Meclis, **Yüzüncü Yılında TBMM**, 1. Cilt,123-153, Ankara: TBMM Yayınevi.

İba, Ş. (2020b). **Parlamento Hukuku** (7. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Kili, S., & Gözübüyük, Ş. (1985). **Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze**. Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları.

Onar, S. S. (1966). **İdare Hukukunun Umumi Esasları**. İstanbul: Hak Kitabevi Yayınları.

Şentop, M. (2020), Bir Kanununun Tahlili:7248 Sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir? , **Yasama Dergisi** (42), 97-130.

Tanör, B. (2001). **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri** (7. b.). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları

Teziç, E. (2013). **Anayasa Hukuku**. İstanbul: Beta Yayınları.

Yüksel, N. (2014). Türk Parlamento Hukukunda “Çerçeve” Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları. **Yasama Dergisi**, 31-63.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2000/37, K.2000/14, 15.6.2000 (R.G:30.6.2000, sayı:24095)

TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi:18, B.56, 1.2.1989.

www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 19.02.1987, Dönem: 17, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 67, Oturum: 1, s. 598-599.

www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 15.11.1997, Dönem: 20, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 46, Oturum: 3, s.167.

Kavanin Mecmuası, Cilt:6, s.414.

Düster, 5. Tertip, Cilt:28, s.228.

Resmi Gazete: 10.2.1989, Sayı:20076



CEZA MUHALEMESİNDE BASİT YARGILAMA VE ADİL YARGILANMA HAKKI

(Simplified Trial in Criminal Procedure and Right to a Fair Trial)

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA¹
Dr. Öğr. Üyesi Asuman İNCE TUNÇER²

ÖZ

Basit yargılama usulü 7188 sayılı kanunla, 2019 yılında hukukumuzda girmiş alternatif bir cezai uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Diğer alternatif çözüm yöntemleri gibi basit yargılama usulüyle de mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve böylelikle mevcut diğer davaların daha kısa sürede bitirilmesine imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, alternatif çözüm yollarından her biri, adil yargılanma hakkı başta olmak üzere birçok temel hakka ve anayasal ilkeye müdahalede bulunmaktadır. Bu bağlamda, alternatif çözüm yollarının kullanılması, adalet sistemi bakımından zorunluluk arz etse de söz konusu kurumların hukuk devletinin bir gereği olarak anayasal sınırlar içerisinde düzenleme altına alınması gerekir. Çalışmamızda basit yargılama usulü, adil yargılanma hakkı ve diğer bazı anayasal ilkeler açısından değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu bağlamda öncelikle basit yargılama usulüne ilişkin açıklamalar yapılmış, daha sonra ceza muhakemesinde alternatif çözüm yollarından faydalanmanın zorunluluğu ve adil yargılanma hakkının gereklerine ilişkin tespitlerde bulunulmuştur. Son olarak ise basit yargılama usulünün adil yargılanma hakkı ve diğer bazı anayasal ilkeler bakımından değerlendirmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Basit yargılama, alternatif çözüm yolları, adil yargılanma hakkı, özel yargılama usulleri, ceza muhakemesi hukuku.

1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hkarakehya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5028-1216

2 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, asumanince@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0454-5262



ABSTRACT

The simplified trial is an alternative criminal solution method that was introduced in our legislation in 2019 with Law no. 7188. Like other alternative solution methods, it is aimed to reduce the workload of the courts and thus to enable the other existing cases to be completed in a shorter time. However, each of the alternative solutions interferes with many fundamental rights and constitutional principles, especially the right to a fair trial. In this context, although the use of them is a necessity for the justice system, the said institutions should be regulated within constitutional limits as a requirement of the rule of law. In our study, the simplified trial has been evaluated in terms of the right to a fair trial and some other constitutional principles. In this context, first of all explanations were made regarding the simplified trial, then the necessity of using alternative solutions in criminal procedure and the requirements of the right to a fair trial were determined. Finally, the simplified trial has been evaluated in terms of the right to a fair trial and some other constitutional principles.

Keywords: Simplified trial, right to a fair trial, alternative solutions, special procedures, criminal procedure.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi alanında, genel muhakeme esasları dışında özel muhakeme usullerine de yer verilebilmektedir. Son zamanlarda bu alternatif çözüm yollarının sayısı ve çeşitliliğinde ciddi bir artış olduğu görülmektedir. Nitekim Mahkemelerin iş yükünü azaltmaya yönelik birçok alternatif çözüm yöntemine hukuk sistemimiz içerisinde yer verilmiştir. Önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bunlara örnek olarak verilebilir. 2019 yılında kanun değişikliği ile bu kurumlara iki yeni alternatif çözüm yöntemi eklenmiştir. Bu bağlamda CMK'da 7188 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle birlikte seri muhakeme ve basit yargılama usul eklenmiştir. Diğer alternatif çözüm yollarında olduğu gibi bu iki yeni muhakeme kurumu da mahkemelerin iş yükünü azaltmayı, böylelikle mahkemelerin ellerindeki diğer dosyalara daha fazla vakit ayırarak, bunlarla ilgili uyuşmazlıkları daha çabuk çözüme kavuşturmalarını amaçlamaktadırlar. Bu sayede ceza davalısı kişilerin makul sürede yargılanma hakkı da ihlal edilmemiş olacaktır.

Basit yargılama usulü uygulanırken, sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin birçok güvenceden ve anayasal haktan feragat etmesi



gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu usulün Anayasa'ya ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olup olmadığına ilişkin ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Ancak birçok demokratik devlette gözlemlendiği üzere, mahkemelerin iş yükünün fazlalığı, modern ceza muhakemesinin birçok temel ilkesine istisna getirilerek, bu tür alternatif cezai uyuşmazlık çözüm yollarının ihdasını zorunlu kılmaktadır. Elbette ki bu tür kurumlara ilişkin olarak hiç kimse, gönül rahatlığı ile sorunsuz bir sistem öngörüldüğünü söyleyememektedir. Ancak ceza adaleti sistemine ilişkin alınan birçok kararda olduğu üzere, basit yargılama gibi kurumların artı-eksi analizi yapıldığında, zorunluluktan kaynaklı getirilerinin götürülerine nazaran çok daha fazla olduğu görülmektedir. Aksi takdirde mahkemelerin giderek artan iş yükü altında ezilmeleri kaçınılmaz olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ciddi bir ihtiyaç olsa da bu tür kurumların hukuk devletinin bir gereği olarak anayasal sınırlar içerisinde hükme bağlanması zorunludur. Bu nedenle ihdas edilen kurumların adil yargılanma hakkı ve diğer anayasal ilkeler açısından daha ayrıntılı ele alınması gerekir. Çalışmamızda basit yargılama usulü, adil yargılanma hakkı ve diğer anayasal ilkeler bakımından detaylı bir değerlendirilmeye tabi tutulmuştur. Bu bağlamda öncelikle basit yargılama usulüne ilişkin açıklamalarda bulunulmuş; daha sonra ceza muhakemesinde alternatif çözüm yollarından faydalanma zorunluluğu ve adil yargılanma hakkının esasları ortaya konulmuş; son olarak ise basit yargılama usulünün adil yargılanma hakkı ve diğer anayasal ilkeler açısından bir değerlendirmesi yapılmıştır.

I. BASİT YARGILAMA USULÜ

A. Genel Olarak

Basit yargılama usulü, CMK'da 7188 sayılı Kanunla 2019 yılında yapılan değişikliklerle birlikte hukuk sistemimize giren alternatif cezai uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Bir diğer alternatif çözüm yöntemi olan seri muhakeme usulü ile eş zamanlı olarak hukuk sistemimize giren basit yargılama usulü, tıpkı seri muhakeme usulü gibi mahkemelerin iş yükünü azaltmayı, böylelikle mahkemelerin ellerindeki dosyalara daha fazla vakit ayırarak, bunlarla ilgili uyuşmazlıkları daha çabuk çözüme kavuşturmalarını amaçlamaktadır. Bu sayede ceza davalısı kişilerin makul sürede yargılanma hakkı da ihlal edilmemiş

olacaktır³. Bununla birlikte, her ne kadar alternatif çözüm yollarının kullanılması, adalet sistemi bakımından zorunluluk arz etse de söz konusu kurumların hukuk devletinin bir gereği olarak anayasal sınırlar içerisinde düzenleme altına alınması gerekir.

Çalışmamızın bu bölümünde, basit yargılama usulü incelenecektir. Kurumunun hukuki niteliği, uygulama koşulları, uygulama süreci ve basit yargılama usulüne ilişkin diğer hususlar ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. Basit Yargılama Usulünün Hukuki Niteliği

Basit yargılama usulü⁴; görece hafif nitelikteki suçlar bakımından öngörülmüş olan, duruşma yapılmaksızın cezai uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan, yazılı beyan esasına göre kurgulanmış, sanığın dolaylı rızasıyla⁵ adil yargılanmaya ilişkin birtakım güvencelerden yararlandırılmadığı, mahkemelerin emek ve zaman yönünden tasarrufta bulunmasına hizmet eden özel bir yargılama usulüdür⁶. Bu bağlamda

- 3 Benzer yönde bkz. KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.: 2, 2020, s. 176; ŞAHİN Cumhur/ GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 209.
- 4 Basit yargılama usulünde hakim bir yargılama yapıp yapmadığı hususundaki tartışmalar dikkate alındığında; yargılama deyişinin yerinde olmadığı, kurumun “basit kovuşturma” veya “hızlı kovuşturma” şeklinde adlandırılmasının daha yerinde olacağı yönünde bkz. KIZILARSLAN Hakan, “7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.:183 – 184, 2019, s. 1907. Basit yargılama usulü terimi yerine “seri yargılama” ya da “seri kovuşturma usulü” kavramlarının daha uygun bir adlandırma olacağı, basit kelimesi ile muhakeme kavramlarının birlikte kullanılmasının olumsuz bir yargı uyandırabileceği yönünde bkz. YILMAZ Zahit/APIŞ Özge, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.: 1, 2020, s. 86. Halihazırda medeni muhakemede de (HMK m. 316-322) basit yargılama usulü kurumu bulunduğundan böyle bir adlandırmanın olumsuz bir intiba yaratmayacağını düşünüyoruz.
- 5 Basit yargılama usulünün uygulanmasının da tıpkı seri muhakeme usulünde olduğu gibi sanığın müdafii huzurunda kabulü koşuluna bağlanması gerektiği yönünde bkz. TAŞKIN Ş. Cankat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 170, (“Seri Muhakeme ve Basit Yargılama”).
- 6 “...basit yargılama usulü, üst sınır belirli bir ağırlığın altından olan suçlar için öngörülmüş takdirde bir muhakeme türüdür.” YILMAZ/APIŞ, s. 85. “Belirli bir yaptırım ağırlığına kadar olan suçlar bakımından kovuşturma evresinde duruşma açmaksızın dosya üzerinden yargılamanın tamamlanabilmesine, ancak itiraz üzerine duruşma açmak suretiyle yargılamaya devam edilmesine imkan tanıyan yargılama usulüdür.” Bkz. ALDEMİR Hüsnü, *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 264. “Basit yargılama usulü, kovuşturma evresinde hakim takdir ile uygulanan istisnai ve yeni bir yargılama usulüdür.” Bkz. KEZER Ahmet, *30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ve Basit Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 73. “Basit yargılama, niteliği gereği kovuşturma evresine özgü bir alternatif çözüm yoludur.” Bkz. KIZILARSLAN, s. 1945. “Duruşmasız yargılama usulü olarak ifade edilebilecek bu usul bazı basit suçlarda uygulama imkanı bulmaktadır.” Bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 209.



basit yargılama, yazılı beyan ve duruşmasız yargılama esasları üzerine inşa edilmiş bir muhakeme kurumudur. Seri muhakeme usulünün aksine, koşullarının oluşması durumunda basit yargılama usulünün uygulanması zorunlu değildir. Basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağını mahkeme takdir eder. Mahkeme, basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verdiği halde CMK m. 251 hükümlerini tatbik edecektir⁷.

Ceza muhakemesinde her suçla ilgili olarak basit yargılama usulünün uygulanması mümkün değildir. Genel muhakeme usulüne istisna getiren ve dolayısıyla istisnai nitelikte olan bu kurum, aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere, sadece kanunda belirlenen kapsam dahilindeki suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir. Bilindiği üzere ceza muhakemesinde kıyas kuralı olarak serbesttir. Ancak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelikteki hükümler ile istisnai nitelikteki hükümlerin kıyasen genişletilmeleri mümkün değildir. Basit yargılama usulü kapsamındaki suçların da bu bağlamda kıyasen genişletilmeleri mümkün olmaz.

Basit yargılama usulü nispeten hafif nitelikteki suçlar bakımından kabul edilmiştir. Aksi takdirde gerek anayasadaki birçok ilkenin gerekse de adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Kanun koyucu da yaptığı düzenleme ile belirli ağırlığa kadar olan suçların basit yargılama usulüne tabi olması esasını kabul etmiştir⁸.

Kurumun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde yapılan değerlendirmelerde, mülga CMUK m. 286'da düzenlenen sulh ceza hakiminin ceza kararına benzer yönleri bulunduğu belirtilmektedir. Her iki usulün uygulanmasında da duruşma yapılmaksızın hüküm verilmekte, yalnız belli sınırların altında kalan cezalara hükmedilebilmekte, itiraz edilmemesi durumunda

7 ALDEMİR, s. 249; KIZILARSLAN, s. 1914. Bir görüşe göre; sanığın veya sanık ile mağdurun mahkemeye birlikte başvurması halinde basit yargılama usulünün uygulanması yasal olarak zorunlu tutulmalıydı. Halihazırdaki düzenleme ile takdir hakkının tamamen mahkemeye verilmesi sistemden beklenen verimin alınamamasına neden olacaktır. Bkz. KEZER, s. 126. Bir başka görüşe göre ise usulün uygulanması kanunen mahkemelerin takdirine bırakılmış olsa da uygulamada hüküm emredici bir kuralmış gibi algılanmıştır ve kararların çoğunlukla duruşma açılmaksızın verildiği gözlenmektedir. Böyle bir uygulamanın meram anlatma hakkını ihlal ettiği değerlendirilmektedir. Bkz. TAŞKIN Şaban Cankat, "7188 Sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na Getirilen "Basit Yargılama Usulü" Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.: 1 – 3, 2020, s. 3114 vd., ("Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler").

8 Aynı yönde bkz. KOCA, s. 177.



hüküm kesinleşmektedir⁹. Seri muhakeme usulü Alman CMK'da özel muhakeme usulleri başlığı altında 417 vd. ile düzenlenmiş olan hızlı muhakeme kurumuna da benzemektedir. Hızlı muhakeme usulünün uygulanması konunun basit gerçeklere veya açık kanıtlara dayalı olması koşullarına bağlanmıştır¹⁰. Basit yargılama usulünün uygulanması açısından da benzer koşul aranmaktadır. Her iki yargılama usulünün uygulanması bakımından da sanığın kabulü gerekmemektedir¹¹. Hızlı muhakemede de tıpkı basit yargılamada olduğu gibi özel muhakeme usulünün uygulanmasından karar verilinceye kadar her aşamada vazgeçilebilmektedir¹². Ancak belirtmek gerekir ki, hızlı muhakeme usulünde duruşma devresi tam manasıyla atlanmamaktadır. Bu usulün uygulanmasına karar veren mahkeme derhal ya da en geç altı hafta içinde açılacak acil bir duruşma ile kararını vermektedir¹³.

C. Basit Yargılama Usulünün Uygulanma Koşulları

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi bakımından istisnai bir yol olan basit yargılama usulünün uygulanması için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde bu istisnai yolun uygulanması söz konusu olamayacaktır. Burada basit yargılama usulünün uygulanması için gerekli koşulların neler olduğu tespit edilerek, bu koşullara ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

Bu bağlamda basit yargılama usulünün uygulanma koşulları şu şekildedir;

- 1) Kovuşturmaya geçilmiş olması
- 2) Uyuşmazlığın asliye ceza mahkemesinin görev alanında bulunması

9 DEĞİRMENÇİ Olgun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 252-252)", **Terazi Hukuk Dergisi**, S.: 1, 2020, s. 40-41; KIZILARSLAN, s. 1945; TAŞKIN, Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler, s. 3109; YILMAZ/APIŞ, s. 87. Kurumun ceza kararnamesinin geniş bir uygulaması olduğu yönünde bkz. YENİSEY Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 851.

10 PUTZKE Holm/SCHNEINFELD Jörg, "StPO § 417 Zulässigkeit", **Münchener Kommentar zur StPO Band 3**, (der. C. Knauer, vd.), C. H. Beck, München, 2019, Rn. 12. Hızlı muhakeme sonunda bir yıl hapis cezasından daha yüksek bir hapis cezası veya bir reform ve güvenlik önlemi verilemez. Sürücü belgesinin geri alınması kararı verilebilir (Alman CMK m.419/1).

11 PUTZKE/SCHNEINFELD, "StPO § 417 Zulässigkeit", Rn. 23.

12 TEMMING Dieter, "StPO § 419 Entscheidung des Gerichts; Strafmaß", **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, (der. J. Graf), C.H. Beck, München, 2020, Rn. 2.

13 GRAF Jürgen-Peter, StPO § 418 Durchführung der Hauptverhandlung, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, (der. R. Hanning), C.H. Beck, München, 2019, Rn. 5



3) Muhakeme konusu fiilin oluşturduğu suçun basit yargılama usulüne tabi olması.

4) Mahkemenin dosya içeriğinden vicdani kanaate ulaşması

5) Suçun basit yargılama usulüne tabi olmayan bir başka suçla birlikte işlenmemiş olması

6) Suçun takibinin izne veya talebe bağlı olmaması

7) Suçun takibinin izin ve talep dışında tabi olduğu muhakeme şartının gerçekleşmiş olması

8) Sanıkta yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinden birinin bulunmaması

Aşağıda basit yargılama usulünün uygulanma koşulları ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

2. Kovuşturmaya Geçilmiş Olması

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi ancak kovuşturma aşamasına geçildikten sonra söz konusu olabilir. Kanun koyucu CMK m.251/1'de basit yargılama usulüne ilişkin genel düzenlemeye yer verirken, "... iddianamenin kabulünden sonra... basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir" demek suretiyle bu hususu açıkça vurgulamıştır.

CMK m.2/1/f'ye göre "kovuşturma; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi... ifade eder." Yine CMK m.175/1'e göre "iddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar." Bu hükümlere göre, ceza muhakemesinde iddianamenin kabulü, kovuşturma evresine geçildiğinin ve kamu davasının açılmış olduğunun göstergesidir. Dolayısıyla "basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için kamu davasının açılmış olması ya da kovuşturmaya geçilmiş olması gerekir" de denilebilir.

Bu bağlamda CMK m.170/2 gereğince, savcı, şüphelinin suçu işlediğine ilişkin yeterli şüpheye ulaşmış olmalı, bunun üzerine görevli ve yetkili mahkemeye hitaben iddianame düzenlemeli, son olarak da iddianame mahkeme tarafından kabul edilmelidir. İşte mahkeme, ancak iddianamenin kabulü kararını verdikten sonra basit yargılama usulünü uygulamaya karar verebilir. Bu aşamaya kadar ise muhakeme, CMK'da hükme bağlanan genel esaslara göre yürütülür. Dolayısıyla "kovuşturmaya geçilmiş olması," ya da "kamu davasının açılmış olması" yahut da "iddianamenin kabul edilmiş olması" basit yargılama usulünün



uygulanabilmesi bakımından zorunludur. Bu husus, basit yargılama usulünün uygulanabileceği muhakeme safhası ile ilgili bir durum olmakla birlikte, aynı zamanda bir zorunluluk ortaya koyduğu için basit yargılama usulünün uygulanma koşulları arasındadır.

Basit yargılama usulü kapsamında olan bir suç bakımından soruşturma evresinde seri muhakeme usulü uygulanmış ve başarısızlıkla sonuçlanmış ise söz konusu suç bakımından kovuşturma aşamasında basit yargılanma usulünün uygulanması mümkündür¹⁴.

7188 sayılı Kanun'la CMK'ya eklenen geçici 5. madde ile 1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulü ile basit yargılama usulü uygulanmayacağı öngörülmüştür (5/1-d). Ancak söz konusu düzenlemede geçen "kovuşturma evresine geçilmiş" ifadesi basit yargılama usulü bakımından Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. AYM, yargılama aşamasında olup henüz hükmüm kurulmamış dolayısıyla yeni bir yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarihten sonra kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarla sınırlı olarak uygulanmasının öngörülmesini ihlal olarak değerlendirmiştir¹⁵.

3. Uyuşmazlığın Asliye Ceza Mahkemesinin Görev Alanında Yer Alması

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesinin diğer bir koşulu uyuşmazlığın asliye ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olmasıdır.

14 DEĞİRMENCİ, s. 43; KEZER, s. 106; TAŞKIN, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s. 178.

15 "... 27. İtiraz konusu kural belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet karar verildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz hüküm kurulmamış dolayısıyla yeni bir yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarihten sonra kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarla sınırlı olarak uygulanmasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

...

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinde yer alan;

A. "...kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresine ilişkin esas incelemenin aynı bentte yer alan "... basit yargılama usulü..." yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE,

B. "...kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresinin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Recai AKYEL ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 25/6/2020 tarihinde karar verildi." AYM, 25.06.2020, E. 220/16 K. 2020/33, R.G. No: 31218; R.G. Tarihi: 19.8.2020.



Nitekim CMK m.251/1'de "asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir." denilmek suretiyle, basit yargılama usulünün ancak asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren ve hükümde belirtilen diğer koşulları sağlayan cezai uyumsuzluklar bakımından mümkün olduğu düzenleme altına alınmıştır.

4. Muhakeme Konusu Fiilin Oluşturduğu Suçun Basit Yargılama Usulüne Tabi Olması

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi bakımından gerekli koşullardan biri, uyumsuzluk konusu suçun basit yargılama usulü kapsamında olmasıdır. Nitekim kanun koyucu tüm suçlarla ilgili olarak bu usulün uygulanması imkanı tanımamıştır¹⁶. Bu bağlamda; "asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir (CMK m.251/1)."¹⁷

16 Basit yargılama usulünde seri muhakemeden farklı olarak "basit" dahi olsa bir yargılama usulü tatbik edileceğinden, kapsamının seri muhakemeye göre daha geniş tutulduğu yönünde bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 88.

17 Bu bağlamda TCK kapsamında basit yargılama usulünün uygulanabileceği suç tipleri şu şekilde sıralanabilir; Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.88/1), terk suçu (TCK 97), Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m.98), Tehdit suçu (TCK m.106/1), Basit cinsel taciz suçu (TCK m.105/1, çocuğa karşı cinsel taciz suçu hariç), Konut dokunulmazlığının ihlali suçu (TCK m.116/1,2,3), İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu (TCK m.117/1), Hakaret suçu (TCK m.125), Kişinin hatrasına hakaret suçu (TCK m.130), İbadethane ve mezarlıklara zarar verme suçu (TCK m.153/2), Güveni kötüye kullanma suçu (TCK m.155/1), Bedelsiz senedi kullanma suçu (TCK m.156), Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu (TCK m.160), Taksirli iflas suçu (TCK m.162), Karşılıksız yararlanma (TCK m.163), Bilgi vermeme (TCK m.166), Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (TCK m.170/2), Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK m.171), Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali (TCK m.175), İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama (TCK m.176), Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması (TCK m.177), İşaret ve engel koymama (TCK m.178), Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma (TCK m.179/2,3), Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK m.180), Çevrenin kasten kirletilmesi (TCK m.181), Çevrenin taksirle kirletilmesi (TCK m.182), Gürültüye neden olma (TCK m.183), Zehirli madde imal ve ticareti (TCK m.193), Sağlık için tehlikeli madde temini (TCK m.194), Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (TCK m.195), Usulsüz ölü gömülmesi (TCK m.196), Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (TCK m.206), Açığa imzanın kötüye kullanılması (TCK m.209), Suçu ve suçluyu övme (TCK m.215), Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK m.216/2,3), Kanunlara uymamaya tahrik (TCK m.217), Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma (TCK m.219), Hayasızca hareketler (TCK m.225), Müstehcenlik suçu (TCK m.226/1), Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören (TCK m.230), Kötü muamele (TCK m.232), Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK m.233), Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK m.234), Fiyatları etkileme (TCK m. 237), Mal veya hizmet satımından kaçınma (TCK m.240), Bilişim sistemine girme (TCK



5. Mahkemenin Dosya İçeriğinden Vicdani Kanaate Ulaşmış Olması

Mahkemenin basit yargılama usulünü uygulayabilmesi bakımından dosya içeriğindeki delillerden vicdani kanaate ulaşmış olması gerekir. Bir başka deyişle dosya içeriğinde yer alan deliller mahkemede sanığın suçu işleyip işlemediği hususunda kanaat oluşturmalıdır. Eğer mahkeme suçun sanık tarafından işlenip işlenmediği dair böyle bir kanaate ulaşamamış ise bu durumda basit yargılama usulünü uygulayamayacaktır. Her ne kadar kanuni düzenlemede, mahkemenin vicdani kanaate ulaşması halinde basit yargılama usulünü uygulayabileceğine dair bir düzenleme bulunmasa da Anayasa m.138/1 gereği mahkemelerin vicdani kanaate ulaşarak hüküm kurlmaları esastır¹⁸. Ancak burada oluşacak vicdani kanaatin, normal yargılama usulünden farklı şekilde oluşmasına imkan tanındığını da ifade etmek gerekir. Nitekim vicdani kanaatin sağlıklı bir şekilde oluşumu, ancak duruşmada ve mahkeme huzuruna getirilip tartışılan deliller ışığında söz konusu olabilir (bkz. CMK m.217/2). Oysa basit yargılamada yapılan bir duruşma ve tartışılan delil bulunmamaktadır.

Bu noktada vicdani kanaat kavramını biraz daha açmayı uygun bulmaktayız. Ceza muhakemesinde öncelikle maddi gerçek bulunmalı ve maddi ceza hukuku açısından önemli olan tüm hususların tek tek ispatına çalışılmalıdır¹⁹. Geçmişte olup biten bir olayın, onu temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konulmuş haline, maddi gerçek denir²⁰. Maddi gerçeğin doğruluğundan, bir başka

m.243/1,2,3), Görevi kötüye kullanma (TCK m.257), Kamu görevlisinin ticareti (TCK m.259), Kamu görevinin terki veya yapılmaması (TCK m.260), Kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf (TCK m.261), Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK m.262), Özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma (TCK m.264), Suç üstlenme (TCK m.270), Yalan tanıklık (TCK m.272/1), Suçu bildirmeme (TCK m.278), Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m.279), Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (TCK m.280), Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (TCK m.284), Ses veya görüntülerin kayda alınması (TCK m.286), Genital muayene (TCK m.287), Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m.288), Muhafaza görevini kötüye kullanma (TCK m.289), Resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması (TCK m.290), Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme (TCK m.291), Hükümlü veya tutuklunun kaçması (TCK m.292/1), Muhafızın görevini kötüye kullanması (TCK m.295).

18 Kanun'da usulün uygulanmasını takdir etmek bakımından herhangi bir ölçüt konmadığı yönünde bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 89; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 853. Düzenlemede mahkemelerin takdir haklarını nasıl kullanacaklarına ilişkin ölçüt getirilmese de maddenin tamamı dikkate alındığında ancak ayrıca delil ikamesine gerek olmaksızın vicdani kanaate ulaşılabilirdi durumlarda basit yargılama kararı verilebileceği yönünde bkz. DEĞİRMENCİ, s. 45.

19 VOLK Klaus, *Grundkurs StPO*, C. H. Beck, München 2005, s.6.

20 Bu şekilde tanımlandığında maddi gerçeğin iki temel unsuru olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması; ikincisi ise,



deyişle mutlak gerçeğe uygunluğundan şüphe etmek için akla ve mantığa uygun bir gerekçe gösterilemez²¹. Buna rağmen maddi gerçeğe ilişkin karar, her zaman hata yapma rizikosunu beraberinde taşır. Verilen kararın doğruluğu, her şeyden önce mahkemenin yargılama sırasında ne kadar doğru bir yol izlediğine bağlıdır²². Ayrıca mahkeme gerektiği şekilde hareket etmiş olsa bile muhakeme sonunda bulunan maddi gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığının tam bir kesinlik içerisinde bilinebilmesi mümkün değildir. Çünkü maddi gerçek, o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüpheyi bertaraf etmemektedir²³. Ceza muhakemesinde yargılama makamı, cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken *vicdani kanaatine* göre karar verir²⁴. *Vicdani kanaat*; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşmada yapılan muhakeme faaliyeti sonucunda ve ortaya konan deliller ışığında, aklını ve bilimi rehber yaparak, hukukun koyduğu sınırlar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, gerekçeye dayanan ve kendi açısından duyduğu şüpheyi bertaraf eden bir kanaattir²⁵. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere vicdani kanaat terimi, hukuki anlamda, gündelik hayattaki anlamından çok daha farklı bir içeriğe sahiptir. Hukuki anlamda vicdani kanaat, rasyonel olmayan birtakım hislere değil; bilakis son derece rasyonel verilere dayanmalıdır. Maddi gerçeği bulacak olan merci, aklını rehber yaparak uyuşmazlık konusu olayı aydınlatmalıdır. Bununla birlikte vicdani kanaat hukukun çizdiği sınırlar içerisinde oluşmalıdır. Dolayısıyla hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş deliller kural olarak vicdani kanaatin oluşumunda dikkate alınmamalıdır.

bu olayın oluş biçiminin delil vasıtalarıyla ortaya konulmasıdır. Bu unsurların açıklaması için bkz. KARAKEHYA Hakan, "Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek", **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran, 2006, s.96 vd.

21 FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.72.

22 VOLK, s.6.

23 FEYZİOĞLU, s.72-73; Ceza muhakemesinde hem bireylerin hem de toplumun menfaatlerini korumak, gerçeğe uygunluk demek olan hakikatin araştırılması ile mümkün olur. Ancak bir yandan gerçeğin tam olan tespit edilmesindeki maddi imkansızlıklar, diğer yandan uyuşmazlıkları kesin hükümle sona erdirmeye zorunluluğu objektif ve mutlak denilen belirlilikten vazgeçilip, nispi belirlilikle yetinilmesine neden olmuştur. KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.23.

24 CMK'da mahkemenin delilleri takdir yetkisini düzenleyen hükme, hakim delilleri vicdani kanaatıyla serbestçe takdir edeceği ifadesi de eklenmiştir (CMK m.217/1). Böylelikle vicdani kanaat kavramı CMK'da açıkça vurgulanmıştır. Bkz. ŞAHİN Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.62

25 Benzer şekilde bkz. FEYZİOĞLU, s.109.

6. Suçun Basit Yargılama Usulüne Tabi Olmayan Bir Başka Suçla Birlikte İşlenmemiş Olması

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi bakımından gerekli olan bir diğer koşul, basit yargılama usulüne tabi suçun bu kapsamda olmayan bir başka suçla birlikte işlenmemiş olmasıdır. Bu husus CMK m.251/8'de, *“basit yargılama usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz”* denilmek suretiyle hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, haksızlık içeren bir eylemin, daha ağır haksızlık oluşturan bir başka eylemle birlikte işlenmesi durumunda, bunların birlikte ele alınması gerekliliğini kabul etmiştir²⁶. Nitekim basit yargılama usulüne tabi olmayan eylem bakımından normal yargılama prosedürü uygulanacaktır. Bu durumda bununla bağlantılı olan basit yargılama usulüne tabi eylem bakımından söz konusu usulün uygulanmasının mahkemelerin iş yükünü ciddi anlamda azaltacağı düşünülemez. Belirttiğimiz üzere zaten bağlantılı diğer eylem bakımından normal prosedürün tüm unsurları uygulanacaktır. Bunun yanında suçların birlikte işlenmesi dolayısıyla ortaya çıkan toplam haksızlığın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği de düşünülebilir²⁷. Bu bağlamda örneğin, çocuğun cinsel istismarı suçu, TCK m.116/1 kapsamında konut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenmişse, normalde basit yargılama usulüne tabi olan konut dokunulmazlığının ihlali bakımından da artık basit yargılama usulü uygulanamayacaktır²⁸. Basit yargılama usulüne tabi iki suçun birlikte işlenmiş olması halinde ise bu usulün uygulanması mümkündür²⁹.

7. Suçun Takibinin İzne veya Talebe Bağlı Olmaması

Kanun koyucu basit yargılama usulünün uygulanabilmesi bakımından, yargılama konusu fiilin oluşturduğu suçun takibinin izne ya da şikayete tabi olmamasını aramıştır. Buna ilişkin hükme ise CMK m.251/7'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; basit yargılama usulü *“... soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmaz (CMK m.251/7)”*

26 Davaların daha teminatlı olan olağan yargılama usulüne göre birlikte yargılanmasının öngörülmesinin isabetli bir düzenleme olduğu yönünde bkz. KOCA, s. 181.

27 Benzer değerlendirmeler için bkz. KIZILARSLAN, s. 1946.

28 Eğer bu şekilde birlikte işlenen suçlar hakkında basit yargılama usulü işletilerek hüküm kurulmuşsa, bu kararın yok sayılması gerektiği, ilgili hükmün yokluğunun tespiti amacıyla CMK m. 309 gereğince kanun yararına bozma yolunun işletilmesi gerektiği yönünde bkz. TAŞKIN, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s. 155.

29 KEZER, s. 90.



8. Suçun Takibinin İzin ve Talep Dışında Tabi Olduğu Muhakeme Şartının Gerçekleşmiş Olması

Uyuşmazlık konusu fiilin ilişkin olduğu suçun takibi bakımından izin veya talep şartı öngörülmüşse, bu suçlarda basit yargılama usulü uygulanamayacaktır (CMK m.251/7). Bununla birlikte suçun takibi bakımından bu iki şart dışında, kanunen başkaca bir muhakeme şartının gerçekleşmesi aranmışsa; bu durumda söz konusu muhakeme şartı gerçekleşmedikçe basit yargılama usulü uygulanamayacaktır. Nitekim suçun takibinin şarta bağlı olduğu hallerde, bu durumun soruşturma sırasında tespit edilmesi ve şartın gerçekleşme imkanının olmadığı görülmesi durumunda, kovuşturma olanağının bulunmaması dolayısıyla, kovuşturmayla yer olmadığı (takipsizlik) kararı verilerek muhakemenin sona erdirilmesi gerekir. Ancak bazen suçun takibinin şarta bağlı olduğu soruşturma sırasında ve iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında fark edilmeyebilir. Böylelikle muhakeme şartına bağlı suçla ilgili uyuşmazlık duruşma aşamasına kadar gelebilir. Bununla birlikte dava açılmasından sonra uyuşmazlık konusu fiilin oluşturduğu suçun hukuki niteliği de değişebilecektir. Bu tür hallerde fiilin oluşturduğu yeni suçun muhakeme şartına tabi olması da mümkündür. İşte tüm bu hallerde suçun tabi olduğu şartın gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde, muhakemenin genel esaslara göre yürütülmesi mümkün olmadığı gibi, basit yargılama usulünün de uygulanması mümkün olmayacaktır. Nitekim yargılama sırasında suçun takibinin şarta bağlı olduğu ve bu şartın gerçekleşme ihtimalinin bulunmadığı anlaşıldığında, düşme kararı ile muhakemenin sona erdirilmesi gerekir (CMK m.223/8)³⁰.

9. Sanıkta Yaş Küçüklüğü ve Akıl Hastalığı ile Sağır ve Dilsizlik Hallerinden Birinin Bulunmaması

Seri muhakeme usulünde olduğu üzere, kanun koyucu basit yargılama usulünün de sanık bakımından yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinin bulunmamasını, basit yargılama usulünün uygulanması için gerekli koşul arasında saymıştır. Bu bağlamda CMK m.251/7'ye göre; *"basit yargılama usulü, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmaz."* Sanık basit yargılama usulü sonucunda verilen hükme itiraz etmeyerek, söz konusu hükmü kabullenmiş; aynı zamanda duruşmaya çıkma hakkı başta olmak üzere

30 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 136 vd.



adil yargılanma hakkı bakımından kendisine tanınmış olan önemli güvencelerden vazgeçmiş olmaktadır. Daha önce de vurguladığımız üzere adil yargılanmaya ilişkin bu güvencelerden vazgeçmenin makul karşılanabilmesi ve hukuken sonuç doğurması için bir takım başkaca koşullarla birlikte, sanığın aydınlatılmış onamının da alınması zorunludur. Bu bağlamda kanun koyucu; tıpkı seri muhakemede olduğu üzere, “aydınlatılmış rıza”nın bu gruptakiler bakımından söz konusu olamayacağını kabul ederek, söz konusu kişilerin sanık olduğu cezai uyuşmazlıklarda basit yargılama usulünün uygulanmasına imkan tanımamıştır.

D. Basit Yargılama Usulünün Uygulanması

1. Genel Olarak

Basit yargılama usulü uygulanırken belirli safhalardan geçilerek süreç ilerletilir. Bu bağlamda söz konusu usulün uygulama sürecini safhalara ayırarak incelemeyi uygun buluyoruz. Böylelikle konunun daha sistematik şekilde açıklanması da mümkün olmaktadır. Aşağıda basit yargılama usulünün uygulanma süreci, safhalara ayrılarak ve her bir safha ana hatlarıyla ayrı başlık altında ele alınarak açıklanacaktır.

2. Ön Değerlendirme Safhası

Mahkeme iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra, dosyayla ilgili olarak basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirir. Nitekim CMK m.251/2 hükmü, “*basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde*” diye başlamaktadır. Dolayısıyla mahkeme iddianameyi kabul ettikten sonra, bu usulün uygulanma koşullarının bulunduğu kanaat getirmelidir. Bu da dosya içeriğinden sanığın suçu işlediği veya işlemediği hususunda vicdani kanaate ulaşmasıyla mümkün olacaktır. Mahkeme bu kararı verirken sadece dosya içeriğinde yer alan bilgilerle hareket edecektir. Nitekim henüz kanunda gösterilen ilgililere tebligat yapılmamış ve bu kimselerin beyanları alınmamıştır. Aşağıda daha ayrıntılı ele alacağımız üzere, söz konusu beyanlar alındıktan sonra bu beyanlarla birlikte dosya içeriğindeki delillerin bir kez daha değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle henüz kanunda gösterilen ilgililerin beyanları alınmadan yapılan bu değerlendirme sürecini, “ön değerlendirme safhası” olarak nitelendirmeyi uygun buluyoruz.



Kanuni düzenlemeden anlaşıldığı üzere mahkeme basit yargılama usulünü uygulamaya duruşma hazırlığı safhasında karar verebilecektir³¹. Eğer bu aşamada basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmemişse, genel muhakeme usulüne göre tensip zaptında (duruşmaya hazırlık tutanağında) gösterilen duruşma günü taraflara tebliğ edildikten sonra, artık basit yargılama usulünü uygulama imkanı kalmaz. Duruşma hazırlığı ise kovuşturmanın ilk devresidir. İddianamenin kabulü kararıyla başlayan bu devrede mahkeme, dosya içeriğine baktığında, mevcut deliller ışığında vicdani kanaate ulaşırsa (uygulamadaki ifadeyle dosya açık ve net ise) basit yargılama usulünü uygulamaya karar verebilecektir.

Basit yargılama usulünün uygulanması, tüm kanuni koşullar bulunsa bile, kanun koyucu tarafından mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla koşullar bulunsa bile mahkeme bu usulü uygulamayabilir. Ancak dosya içeriğinde yer alan deliller ışığında bu usulü uygulamaya karar vermişse, kanunda gösterilen ilgililere tebligat çıkartacaktır³².

3. Tebligat ve Beyanların Toplanması Safhası

Mahkeme, dosyadaki delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirip, basit yargılama usulünün kanuni koşullarının bulunduğunu görürse, sanık, mağdur ve şikayetçiye, iddianamenin bir suretini de içeren tebligat çıkartır. Tebligatta duruşma yapmadan hüküm verilebileceği belirtilir ve söz konusu kişilerden beyanlarını on beş gün içinde mahkemeye bildirmeleri istenir³³. Bununla birlikte uyuşmazlığı aydınlatmaya yarayacak birtakım belgeler varsa, bunlar da ilgili kurum

31 Mahkemenin basit yargılama usulünün uygulanması konusunda takdir hakkını kullanırken savcının da görüşünü almasının daha uygun olacağı yönünde bkz. KIZILARSLAN, s. 1948.

32 Bir görüşe göre; usulün uygulanması noktasında mahkemeye takdir hakkı tanınmış olması isabetli bir düzenleme olmamıştır. Kanunen öngörülmüş sınırlar içerisinde bulunan suçların yargılanmasında bu usule başvurulmasının zorunlu tutulması kurumun amacına ulaşması bakımından daha yerinde olurdu; zira mahkemelerin takdiri neticesinde farklılaşan uygulama sonucunda kimi sanıklar hakkında ¼ oranındaki indirim uygulanacakken, kimi sanıklar bu indirimden faydalanamayacaktır. ŞEN Ersan, **Ceza Muhakemesinde Seri ve Basit Yargılama Usulleri**, <https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-seri-ve-basit-yargilama-usulleri-makale,7039.html> (E.T.: 23.12.2020), p. 10; YILMAZ/APIŞ, s. 89.; Aksi görüşe göre ise usule başvurulması mahkemelerin takdirine bırakılmış olsa da hükmün emredici bir şekilde algılanması nedeniyle uygulamanın bu yönde şekillenmemesi ve çoğu uyuşmazlıkta dosya üzerinden karar verilmesi meram anlatma ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. TAŞKIN, Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler, s. 3114.

33 Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verileceğinin belirtilmemesi halinde usulün uygulanması hukuka aykırı olur. Böyle bir durumda sanığın duruşma hakkından açıkça feragat ettiği söylenemez. Bkz. DEĞİRMENÇİ, s. 45.

ve kuruluşlardan talep edilir³⁴. Bu husus kanunda şu şekilde hükme bağlanmıştır; *“basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenir. Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir. Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir (CMK m.251/2).”*

Tebliğatin gönderileceği kimseler Kanun’da; sanık, mağdur ve şikâyetçi olarak belirlenmiştir. Sanık CMK m.2’de de açıkça ifade edildiği üzere kovuşturma sırasında suç isnadı altında bulunan kimsedir. Mağdur ise suçla korunan hukuki menfaatin somut olaydaki sahibidir. Mağdur da şikâyetçi olabilecek kimselerdendir. Ancak mağdur olmamakla birlikte şikâyetçi olan suçtan doğrudan doğruya zarar gören gerçek ve tüzel kişiler söz konusu olabilir. Bu nedenle kanun koyucu mağdur dışında ayrıca şikâyetçiye de söz konusu tebliğatin yapılacağını hüküm altına almıştır.

Her ne kadar mahkeme, ön değerlendirme safhasında, dosya içeriğinden vicdani kanaatini oluşturmuş olsa da taraflara uyumsuzluk konusu olaya ilişkin görüşlerini açıklama imkanı da verir. Bu bağlamda kendisine iddianame tebliğ edilen sanık suçlamalardan haberdar olarak on beş gün içinde mahkemeye savunmasını yazılı olarak verecektir. Burada sanığın sözlü savunma yapma imkanı bulunmamaktadır. Benzer şekilde mağdur ve şikâyetçi de uyumsuzluk konusu olaya ilişkin beyanlarını sunabileceklerdir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sanık, mağdur veya şikâyetçiden herhangi birisi ya da hepsi beyanda bulunmamayı tercih edebilirler. Söz konusu kimselerin beyanda bulunmamış olmaları mahkemenin basit yargılama usulüyle hüküm kurmasına engel değildir. Önemli olan söz konusu kişilere yazılı olarak görüşlerini bildirme imkanı tanınması ve bunun için kanunda öngörülen on beş günlük sürenin verilmesidir. Eğer söz konusu kimseler beyanda bulunmamışlarsa, onların beyanını almaya yönelik bir zorla getirme kararı verilmesi ya da yakalama emri çıkartılması mümkün değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilgililere tebliğ edilen iddianamede yer alan suçlamalar açık ve anlaşılır olmalı, sanığın savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Nitekim doktrinde kişinin ifadesi alınmaksızın

³⁴ Mahkemeye belge toplama yetkisi verilmesinin uygun olmadığı, belge toplama ihtiyacı halinde delil durumu açık olmadığından yargılamanın genel hükümlere göre yapılması gerektiği yönünde bkz. KOCA, s. 184.



hakkında iddianame düzenlenmesinin mümkün olması karşısında, sanığın hakkında suçlamalardan ilk olarak bu tebligatla haberdar olması ihtimali bulunduğu; bu nedenle sanığın yalnızca yazılı savunma yapabilmesinin yeterli olmadığı şeklinde görüşler bulunmaktadır³⁵. Bu bağlamda silahların eşitliği ilkesi kapsamında hakkındaki isnadı ve haklarını öğrenebilmesi bakımından sanığa suçlamaların sözlü olarak bildirilmesinin sağlanması gerektiği de belirtilmektedir³⁶.

4. Değerlendirme Safhası

Mahkeme tarafların görüşlerini aldıktan ve gerekiyorsa talep üzerine getirdiği belgeleri dosya içeriğindeki belgelerle birlikte değerlendirdikten sonra, ön inceleme safhasında kendisinde oluşan kanaatin devam edip etmediğini tekrar değerlendirir. Eğer kanaati devam etmekteyse, bu doğrultuda hükmünü kurar. Eğer mahkumiyet kararı verecekse, değerlendirme safhasından sonra, kanunda belirttiği usulle uygulanacak yaptırımı belirler. Diğer hüküm türleri bakımından ise değerlendirme sonrasında doğrudan hükmünü kurar.

Buna karşın tarafların beyanlarını aldıktan sonra ya da talep ettiği belgeleri inceleyince mahkemede başlangıçta var olan kanaat kaybolabilir. Bu durumda mahkeme duruşma günü belirleyerek, genel esaslara göre muhakemenin devam etmesine karar verecektir (CMK m.251/6)³⁷. Bu durumda normal yargılama nasıl gerçekleştiriliyorsa, somut uyumsuzluğa ilişkin de aynı şekilde hareket edilecektir.

Bu noktada, mahkemenin ön değerlendirme sonucunda sahip olduğu kanaatin, aksi yönde değişmesi durumunda da basit yargılama usulüne devam edilip edilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Gerçekten de ilgililerin beyanları alındıktan veya toplanan belgeler incelendikten

35 Görüş sahiplerine göre; mahkemenin ilgililere tebliği üzerine yalnızca yazılı olarak beyan ve savunma verilebilmesi duruşmaya hakim olan ilkelere sözlülük ilkesine aykırı olarak görüne de aksi durum basit yargılama usulünü anlamsız hale getirebilecektir. Ancak sanığa sözlü savunma imkanı tanınması ve iddianın sözlü olarak bildirilmesi gibi uygulamalarla savunma hakkı açısından doğacak sıkıntılar engellenebilir. Bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 90 vd. Bir başka değerlendirmeye göre; iddianamenin tebliğ edilecek olması doğabilecek sakıncaları ortadan kaldıramayacaktır. Zira ülkemizde hukuk bilinci yeterince gelişmediğinden sanığa tebligat çıkarmak haklarının korunması bakımından yetersizdir. Bu bağlamda sanığın kendisine sadece iddianame gönderilmesi ile hakkındaki suçlamalardan haberdar olduğu söylenemez. Usulün uygulanmasının sanığın kabulüne bağlı tutulmaması ve sanığa zorunlu müdafii de atanmadığı göz önünde bulundurulduğunda savunma hakkı bakımından sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bkz. TAŞKIN, Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler, s. 3118.

36 YILMAZ/APIŞ, s. 90.

37 Kanuni düzenlemede kullanılan ifadenin re'sen araştırma ilkesinin tamamen göz ardı edilmediği kanaatini uyandırdığı yönünde bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 92.

sonra başlangıçtaki kanaatin aksi yönünde bir kanaat oluşursa mahkeme basit yargılama usulüyle son kanaatine göre hüküm kurabilecek midir? Kanaatimizce bunu engelleyen bir hüküm kanunda bulunmamaktadır. Önemli olan mahkemede değerlendirme sonucunda son kanaatin nasıl oluştuğudur. Bu bağlamda örneğin; dosyadaki deliller ışığında uyuşmazlık konusu olayın on yıl önce gerçekleştiği ve dolayısıyla dava zamanasını süresinin dolduğu kanaatinde olan mahkeme, mağdur beyanı ve toplanan belgeler ışığında olayın yedi yıl önce gerçekleştiğini ve sanığın söz konusu fiili işlediği kanaatine varabilir. Bu durumda ön değerlendirme sonucunda düşme kararı vermeyi planlarken, değerlendirme safhası sonunda mahkumiyet kararı verebilecektir.

5. Suçluluğa Kanaat Getirilmesi Durumunda Yaptırımın Belirlenmesi Safhası

Kanunen tebligat yapılması gereken ilgililere tebligat yapıp beyanlarını alan ve gerekli gördüğü belgeler varsa, bunları ilgili kurum ve kuruluşlardan talep ederek toplayan mahkeme, dosya içeriğinde yer alan delillerle söz konusu beyan ve belgeleri değerlendirdikten sonra, sanığın suçluluğuna kanaat getirirse mahkumiyet hükmü verecektir. Ancak mahkumiyet hükmü vermeden önce, sanık hakkında hükmedilecek yaptırımın da belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla mahkumiyet hükmüne özgü olarak değerlendirme safhasını, yaptırımın belirlenmesi safhası takip eder. Diğer hüküm türlerinin verileceği hallerde ise değerlendirme safhasından doğrudan hükmün verilmesi safhasına geçilecektir.

Sanığın suçluluğuna kanaat getirilmesi üzerine, mahkemenin yaptırımı ne şekilde belirleyeceği de CMK m.251/3 vd. hükmüne bağlanmıştır. Buna göre; *“beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle, 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir (CMK m.251/3).”*

Görüldüğü üzere mahkeme kanunda belirtilen ilgililerin beyanlarını aldıktan sonra, eğer sanığın suçluluğuna kanaat getirmişse TCK m.61'i dikkate almak suretiyle, sanık hakkında hükmedilecek yaptırımı belirleyecektir. TCK m.61 cezanın belirlenmesine ilişkin esasları hükmüne bağlayan bir maddedir. Dolayısıyla her ne kadar CMK m.251/3'te *“... Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle, 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir”* şeklinde bir ifade



kullanılmış olsa dahi, mahkumiyet dışındaki diğer hüküm çeşitleri verildiğinde TCK m.61'in uygulama alanı bulabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle hükmü, mahkumiyet hükmü verileceğinde TCK m.61'e göre yaptırım belirleneceği şeklinde anlamak daha doğru olacaktır³⁸.

Yaptırım belirlenirken mahkeme, normal yargılama sonunda hangi esaslara göre cezayı belirliyorsa aynı şekilde TCK m.61 ışığında cezayı belirleyecek; ancak bu şekilde belirlediği sonuç cezada, dörtte bir oranında indirim yapacaktır³⁹. Bu bağlamda basit yargılamada ceza belirlenirken, seri muhakemede olduğu gibi sadece TCK m.61'in birinci fıkrasına göre hareket edilmesi söz konusu değildir. Aksine, en sonda yapılacak 1/4'lük indirim bir kenara bırakılırsa, tıpkı normal yargılamadaki gibi ceza hesaplaması yapılacaktır⁴⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, basit yargılama usulü sonunda eğer mahkumiyet hükmü kurulacaksa ¼ oranında indirim yapılması zorunludur. İndirimin yapılması ya da oranı konusunda mahkemenin bir takdir hakkı bulunmamaktadır⁴¹. Bir görüşe göre; indirim oranının sabitlenmesi doğru bir seçim olmayıp mahkemeye cezada yarı oranına kadar indirim yapma konusunda takdir ve seçim hakkı tanınmış olması gerekirdi⁴².

Yaptırım belirlenirken koşulların bulunması halinde, cezanın TCK m.50'deki seçenek yaptırımlara çevrilmesine imkan tanınmıştır. Bu bağlamda mahkeme, TCK m.61'e göre cezayı belirleyip sonuç cezadan ¼ oranında indirim yaptıktan sonra, TCK m.50'deki koşulları göz önünde bulunduracak, eğer somut ceza miktarı ve diğer unsurlar bakımından cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkünse, bu uygulamayı yapılabilecektir. Basit yargılama sürecinde ayrıca mahkemeye, TCK

38 Benzer yönde; YILMAZ/APIŞ, s. 92 vd. Yazarlara göre fıkra ifadesinin; "suçun işlendiğinin sabit olmasının ardından Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle" şeklinde olması daha isabetli olurdu.

39 Dörtte bir oranında indirimin neden öngörüldüğü hususunda gerekçede açıklamaya yer vermediği, basit yargılama usulünün uygulanmasının sanığın kabulüne bağlı olmaması karşısında böyle bir teşvikle ne amaçlandığının belirsiz olduğu yönünde görüş için bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 93. Söz konusu indirimin sanığa adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklarından vazgeçmesinin bir ödülü olarak öngörülmüş olduğu izleniminin uyandığı yönünde bkz. CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 1029; KOCA, s. 185 vd.

40 Aynı yönde bkz. KIZILARSLAN, s. 1950.

41 ALDEMİR, s. 256; DEĞİRMENCİ, s. 45; KEZER, s. 95; YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 724. Seri muhakeme usulünde savcıya yarı oranında indirim yapma yetkisi verilmişken, basit yargılama usulünde mahkemeye dörtte bir oranında indirim yapma yetkisi verilmesinin orantısız olduğu yönünde bkz. CENTEL/ZAFER, s. 1029.

42 KEZER, s. 126.

m.51'e göre ertelemeye karar verme imkanı da verilmiştir. Dolayısıyla yukarıda aktarılan usulle belirlenen somut ceza bakımından TCK m.51'deki erteleme koşulları varsa, mahkeme cezanın ertelenmesine de karar verebilecektir. Ayrıca koşulları bulunması halinde ve sanık açıkça karşı çıkmazsa, verilen mahkumiyet hükmü bakımından CMK m.231/5 vd.'na göre HAGB uygulaması yapılması da mümkündür. Bu hususları düzenleyen CMK m.251/4 hükmü şu şekildedir; *"mahkemeye, koşulları bulunması hâlinde; kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya hapis cezası ertelenebilir ya da uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir."*

Son olarak belirtmek gerekir ki; basit yargılama usulünün sonunda güvenlik tedbirine hükmedilmesi de mümkündür. Seri muhakeme usulüne ilişkin olarak bu husus açıkça vurgulanırken; basit yargılama bakımından aynı vurgu yapılmamıştır. Ancak basit yargılama bakımından böyle bir vurgu yapmaya gerek de yoktur. Bu şekildeki hareket tarzı, CMK m.223 uygulamasının doğal sonucudur. Nitekim CMK m.223'te belirtilen hüküm çeşitlerinden birisi de güvenlik tedbirine hükmedilmesidir. Kanun koyucu basit yargılama sonunda CMK m.223'teki hüküm çeşitlerine hükmedilebileceğini düzenleme altına alarak, güvenlik tedbirine de hükmedilebileceğini otomatikman ortaya koymuş olmaktadır. Dolayısıyla basit yargılama sonunda, mahkumiyet hükmüyle ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla birlikte güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkündür. Yaptırım belirlenirken bu hususa dikkat edilmesi gerekir.

6. Hükmün Verilmesi Safhası

Genel muhakeme usulü sonunda kurulabilecek hüküm çeşitleri CMK m.223'te hüküm altına alınmıştır. Basit yargılama usulü sonunda da mahkeme, genel muhakeme usulünün sonunda kurulabilen tüm hüküm çeşitlerini kurabilecektir. Dolayısıyla basit yargılama usulü sonunda, CMK m.223'te öngörülen tüm hüküm çeşitleri verilebilecektir⁴³. Buna ilişkin düzenlemeye CMK m.251/3'te yer verilmiştir. Diğer safhalara ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle, yukarıda da defaatle paylaştığımız bu hükme göre; *"beyan ve savunma için verilen süre*

43 ALDEMİR, s. 254; DEĞİRMENÇİ, s. 45; YILMAZ/APIŞ, s. 91. Basit yargılama usulü sonunda verilen kararın geçici bir süreliğine bağlayıcı olduğu, sanık veya diğer ilgililerin karara itiraz etmeleri halinde söz konusu kararın hukuki güçten yoksun hale geldiği yönünde bkz. KOCA, s. 185.



dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, ... 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir... (CMK m.251/3)”

CMK m.251/3 hükmünden anlaşıldığı üzere hüküm, kanunda gösterilen ilgililere beyanda bulunmaları için verilen on beş günlük süre dolduktan sonra kurulabilecektir. Bu kişilerin beyanda bulunmaları gerekli değildir. İlgililer hiçbir yazılı beyan sunmamış olsalar bile, kendilerine bu imkanın sağlanmış olması, hükmün kurulması bakımından yeterlidir. Basit yargılama usulünde yukarıda da defaatle ifade ettiğimiz üzere, genel muhakeme usulündeki gibi duruşma yapılmamaktadır. İlgililere beyanlarını sunmak için zaman tanandıktan sonra dosyadan edinilen kanaate göre hüküm kurulmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu bu usulde savcının da görüşünün alınmayacağını hüküm altına almıştır. Kanunda belirtilen diğer ilgililere zaten beyan sunmaları için zaman verilmiştir. Savcılık ise iddianamesi ile uyuşmazlığa ilişkin görüşünü sunmuştur. Bunun dışında hüküm verilmeden önce savcılığın tekrar görüş bildirmesine imkan tanınmamıştır⁴⁴.

CMK m.223/1’de hüküm çeşitleri tek tek sayılmış, sonraki fıkralarda ise hangi hallerde hangi hüküm çeşidinin kurulacağına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. CMK m.223/1 hükmü şu şekildedir; *“Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.”* Basit yargılamada bir duruşma olmadığı için ilk cümle basit yargılamayı ilgilendirmemektedir. Ancak mahkeme basit yargılama sonrasında ikinci fıkrada yer alan hüküm çeşitlerinden herhangi birisini kurabilecektir.

E. Uygulamaya Başlandıktan Sonra Basit Yargılama Usulünden Vazgeçilmesi

Mahkeme dosya içeriğinden edindiği izlenime göre basit yargılama usulünü uygulamaya karar verdiğinde, mutlaka bu usulü uygulamak suretiyle cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak zorunda değildir. Bu

⁴⁴ *“...basit yargılama usulünün esasında klasik anlamda bir muhakeme olmadığı söylenebilir. Zira duruşma yapılmadan, Cumhuriyet savcısının görüşüne başvurulmadan taraflar sözlü olarak dinlenilmeden hükme varılması halinde ortada bir muhakeme olduğunu söylemek güçtür. Bu usul açısından tez, anti-tez, sentez şeklinde ortaya çıkan bir hükümden değil, mahkemenin önündeki yazılı savunma, beyan ve iddianameden yola çıkarak varmış olduğu sonucu bildirmesi söz konusudur.”* Bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 91.

bağlamda mahkeme, basit yargılama usulünü uygulamaya başladıktan sonra, bu usulden vazgeçerek, genel muhakeme usulü esaslarına göre de uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecektir⁴⁵. Genel muhakeme usulüne dönülmesi için bir talepte bulunulmuş olması gerekmez. Mahkeme gerekli görmesi halinde re'sen bu yönde karar verebilir⁴⁶.

Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, basit yargılama usulü sonunda verilen hükme itiraz edildiğinde; mahkeme zaten genel muhakeme usulüne göre yargılama yapacaktır (bkz. CMK m.252). Ancak söz konusu hüküm kurulmadan önce, mahkeme gerek re'sen gerekse de ilgililerin başvurusu üzerine, genel muhakeme usulüne dönüp, uyuşmazlığı bu şekilde çözüme kavuşturabilecektir. Kanun koyucu bu hususu açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre; *“mahkemece gerekli görülmesi halinde bu madde uyarınca hüküm verinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir. (CMK m.251/6)”*

Mahkemenin genel muhakeme usulüne dönmeye karar vermesi değişik ihtimaller sonucu söz konusu olabilir. Öncelikle mahkeme dosya üzerindeki ilk incelemesi sonrası vicdani kanaate ulaştıktan sonra, ilgililerin yazılı beyanlarını alınca, uyuşmazlık konusu suçun ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin şüpheye düşebilir. Bu durumda genel muhakeme usulüne göre yargılama yaparak vicdani kanaatini sağlıklı şekilde tesis etme yoluna gidecektir.

Bunun dışında tarafların yazılı beyanlarını aldıktan veya kendisi daha ayrıntılı inceleme yaptıktan sonra, suçun hukuki niteliğinin değiştiğini, uyuşmazlığın basit yargılama usulünün uygulanamayacağı bir suç tipine ilişkin olduğunu fark edebilir. Bu halde de mecburen genel muhakeme usulüne göre yargılama yapılması gerekir⁴⁷.

45 Kanuni düzenlemenin isabetli olduğu, basit yargılama usulü ile maddi gerçeğe ulaşılmasının mümkün görünmediği hallerde genel muhakeme usulüne dönülmesi imkanının ceza muhakemesinin amacını ortaya koyduğu yönünde bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 94.

46 ALDEMİR, s. 257 vd.; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 210. Uygulamada mahkemelerin bir kez basit yargılama usulünü uygulamaya başladıktan sonra duruşma açmak konusunda gerekli olması halinde bile isteksiz davrandıkları belirtilmektedir. Buna göre örneğin, sanığın delil olarak bir tanığın dinlenmesinin istemesi halinde mahkemelerin duruşma açmaksızın tanığı dinlemek yoluna gitmeleri gibi yanlış uygulamaların yapılma ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle CMK'nın 251. maddesinin 6. fıkrasına *“Tarafların tanık bildirmesi durumunda duruşma açılır”* şeklinde bir cümle eklenmesi önerilmektedir. Tarafların tanıkları doğrudan duruşmada hazır ederek dinletebilmelerine imkan veren CMK m. 177 ve 178'in halihazırdaki düzenleme nedeniyle etkisizleştiği savunulmaktadır. Bkz. TAŞKIN, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s. 170-172.

47 Aynı yönde bkz. DEĞİRMENCİ, s. 46; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 210.



Genel yargılama usulüne dönme kararı vererek duruşma açan mahkemenin daha sonra tekrar basit yargılama usulüne dönerek cezayı CMK 251/3'e göre kurması ise mümkün değildir. Bu halde artık uyuşmazlık genel yargılama usulüne göre çözülecek ve bir cezaya hükmedilmesi durumunda dörtte bir oranında indirim yapılmayacaktır⁴⁸. Kanaatimizce dörtte bir oranında indirimin korunmaması sanık bakımından dezavantajlı durumlara yol açabilecektir. Uygulamada mahkemelerin de bunu dikkate alarak genel yargılama usulüne dönmek konusunda değerlendirmelerini hassasiyetle yapmaları gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; mahkemenin basit yargılama usulünü uygulamaya başladıktan sonra genel muhakeme usulüne dönme imkanının bulunması, ona tanınmış bir keyfilik demek değildir. Burada mahkemenin takdir yetkisi vardır. Ancak bu takdir yetkisi hukuka uygun şekilde ve hukuki gerekçelerle uygulanmalıdır⁴⁹. Dolayısıyla mahkemenin genel muhakeme usulüne dönme konusunda vereceği karar tüm diğer mahkeme kararları gibi gerekçeli olmalıdır (bkz. AY m.141). Mahkemenin önce basit yargılama usulünü uygulayıp; sanığın suçu kabul yönündeki beyanlarını aldıktan sonra genel muhakeme usulüne dönmesi sanık aleyhine sonuç doğurabilecektir. Bu nedenle takdir yetkisinin yalnızca sanık aleyhine sonuç doğurmayacak hallerde kullanılabilir olması gerektiği savunulmaktadır⁵⁰.

F. İtiraz Üzerine Genel Esaslara Göre Yargılama Yapılması

1. Genel Olarak

Basit yargılama sonunda verilen hükme itiraz edilebilecektir. *Süresi içinde itiraz edilmeyen hükümler kesinleşir (CMK m.252/1)*. Bu bağlamda verilen hükümde itiraz usulü ile itirazın sonuçları belirtilir (CMK m.251/5). Hükme karşı itiraza başvurulması ceza muhakemesi sisteminde alışılmış bir durum değildir. Nitekim kural, hükme karşı istinaf kanun yoluna gidilmesidir. İtiraz ise kural olarak hakimlik kararlarına, kanunda açıkça

48 YILMAZ/APIŞ, s. 94; YURTCAN, s. 724.

49 Aynı yönde bkz. KEZER, s. 89.

50 KIZILARSLAN, s. 1948.; Doktrinde bir görüşe göre, CMK m. 266 gereğince duruşma açılması gereken durumlarda muhakeme genel usule göre yürütülecekse de sanığın dörtte bir oranında ceza indiriminden faydalanması açısından ortaya çıkan yeni durumun niteliğine bakılarak öngörülen cezanın CMK m.251/1 sınırları içinde bulunması ve basit yargılama usulünün uygulanamayacağı hallerin söz konusu olmaması durumunda; ek savunma almak maksadıyla duruşma açılmamalıdır. Bu halde basit yargılama usulünün uygulanmasına devam edilmeli ve sanığın ceza indiriminden faydalanması ve uyuşmazlığın da hızla çözümü sağlanmalıdır. YILMAZ/APIŞ, s. 95. Aksi görüş için bkz. DEĞİRMENCİ, s. 46.



öngörülen hallerde ise mahkemenin ara kararlarına karşı kabul edilen bir kanun yoludur (CMK m.267/1). Her ne kadar hukukumuzda bazen HAGB kararlarına itiraz edilmesi gibi düzenlemelere yer verilmiş olsa da bunlarda itiraz edilen doğrudan hüküm değildir. Nitekim örneğin HAGB'ye itirazda, mahkumiyet kararına değil; ondan sonra verilen HAGB kararına itiraz edilmektedir. Dolayısıyla bir hüküm çeşidine itiraz edilmemektedir. Ancak kanun koyucu basit yargılama sonunda verilen hükme karşı ise açıkça itiraz yolunu kabul etmiştir. Bununla birlikte burada belirtilen itiraz özel bir itiraz usulüdür⁵¹. Kanunlarımızda itiraz terimi, kanun yolu olsun olmasın her türlü hukuki çareyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Kovuşturmama (takipsizlik) kararına itiraz bu duruma iyi bir örnektir⁵². Nitekim kanun yolu, yargılama makamı tarafından verilen kararlara karşı söz konusu olabilir. Savcının verdiği bir karara karşı başvurulmuş hukuki çareyi "itiraz" terimi ile ifade etmek, hiç hukuki bir kullanım değildir. Basit yargılama usulü sonunda verilen karara itirazda da benzer bir durum söz konusudur. Her ne kadar burada yargılama makamı kararına itiraz ediliyor olsa da sadece kararı veren mahkemenin normal yargılama yapmasını sağlayan bu kurumu klasik anlamda bir itiraz olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ancak kanun koyucu bu terimi tercih ettiği için biz de anlatım içerisinde aynı terimi kullanmaya devam edeceğiz.

Bu bağlamda basit yargılama usulü sonunda verilen hükme itirazda, CMK m.267 vd. maddelere göre bir itiraz incelemesi yapılmamaktadır. Buradaki itirazın sonucu, hükmüne itiraz edilen mahkemeye duruşma açılması ve genel muhakeme usulüne göre yargılama yapılmasıdır⁵³.

51 Basit yargılama usulü açısından geçerli olan itiraz usulünün, 5271 sayılı CMK'nın 267. madde ve devamında düzenlenen itiraz kanun yolundan farklılık gösterdiği yönünde bkz. YILMAZ/APIŞ, s. 98. Doktrinde basit yargılama sonucu kurulan hükümlere karşı öngörülmüş olan kanun yolunun teknik anlamda itiraz olmadığı yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır. Bir görüşe göre bu usul itirazdan çok karara karşı çıkmaktır. Bkz. KEZER, s. 87. İtiraz terimi yerine karşı gelme veya karşı koyma teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı yönünde bkz. KOCA, s. 187. Diğer bir görüşe göre; CMK m. 251 ve 252'de geçen itiraz kavramı CMK'da kanun yolu olarak düzenlenmiş olan itiraz kurumu değildir. Zira basit yargılama usulüne itirazda bir kanun yolunda bulunması gereken aktarma ve erteleme etkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle basit yargılama usulünde itirazın hukuki niteliğinin "kanun yolu dışı bir hukuki çare" olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. ERSOY Uğur, 1Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.: 2, 2020, s. 870.

52 YÜCE Turhan Tufan, "Ceza Muhakemeleri Usulünde İtiraz", **Adalet Dergisi**, S.: 5-6, 1962, s.491.

53 ALDEMİR, s. 261; KEZER, s. 86; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 211; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 852. Basit yargılama neticesinde kurulan hükme ilişkin itiraz üzerine mahkemeye yalnızca duruşma açma yolu öngörülmüştür. Duruşma açılması dışında başka bir usulle karar



Buna ilişkin CMK m.252/2 hükmü şu şekildedir; *“itiraz üzerine hükmü veren mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Taraflar gelmese bile duruşma yapılır ve yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm verilebilir. Taraflara gönderilecek davetiyede bu husus yazılır. Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi hâlinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır.”* Görüldüğü üzere, kanun koyucu itiraz üzerine genel muhakeme usulüne göre yargılama yapılacağını açıkça hükme bağlamıştır. Ancak burada normal muhakeme usulünden farklı olarak sanığın sorgusu yapılmadan da mahkumiyet kararı verilebilmesine imkan tanınmıştır.

Basit yargılama usulüne göre kurulan hükme karşı itiraz edilmemişse hüküm kesinleşir. Bu hüküm tıpkı genel yargılama usulünde olduğu gibi kesin hükme bağlanan tüm neticeleri doğurur. Söz konusu hükme karşı artık genel muhakeme usulünde olduğu gibi olağan kanun yollarına başvurulması mümkün değildir. Yani basit yargılama usulünde itiraz edilmeyen kararlara karşı istinaf yoluna gidilemez⁵⁴. İtiraz edilmeksizin kesinleşen bu hükme karşı ise kanun yararına bozma ya da yargılanmanın yenilenmesi yollarına başvurulabilir⁵⁵. Bir görüşe göre, uygulamada sanıkların itiraz sürelerini kaçırmaları nedeniyle haklarında verilen kararların kesinleşeceğini söylemek mümkündür. Zira basit yargılama usulünde sanıklara zorunlu müdafii atanmamaktadır ve sanıklar pek çok durumda itiraz etmeleri gerektiğinin dahi farkında olmayabilecektir⁵⁶.

İtiraz üzerine duruşma yapıp yeni bir hüküm kuruluncaya kadar mahkeme tarafından basit yargılama usulü uygulanarak kurulan hüküm varlığını sürdürmektedir. İtiraz üzerine mahkeme öncelikli olarak duruşma günü belirleyecek ve kurmuş olduğu hükmü kaldırmayacaktır. İtiraz eden taraf duruşma yapılmadan önce itirazını geri alırsa bu halde duruşma yapılmayacak ve basit yargılama sonucunda kurulan hüküm geçerli olacaktır⁵⁷.

düzeltilme imkanının tanınmamış olması doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. DEĞİRMENCİ, s. 47. *“Maddeye göre, itiraz üzerine hükmü veren mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Bu hüküm ilginçtir, çünkü ceza yargılaması sistemimize bir yeni boyut getirmektedir, çünkü hükme itiraz hükmü veren mahkemeye yapılmaktadır. İtirazın sonucu şudur: Mahkeme duruşma açar ve yargılamaya genel hükümlere göre devam eder. Sonuç, itiraz ile basit yargılama sona ermiştir.”* Bkz. YURTCAN, s. 725.

54 ALDEMİR, s. 263; TAŞKIN, Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler, s. 3120.

55 DEĞİRMENCİ, s. 48.

56 TAŞKIN, Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler, s. 3120.

57 DEĞİRMENCİ, s. 47; Basit yargılama sonucunda kurulan hükme karşı itiraz yolunun

2. İtiraz Başvurusunun Usulden İncelenmesi

Basit yargılama usulü sonunda verilen hükme itiraz edileceğinde, itiraz başvurusu basit yargılama usulünü uygulayıp hükmü veren asliye ceza mahkemesine yapılır. Hükmü veren mahkeme, itiraz başvurusunu aldığı anda, öncelikle itirazı usulden inceler. Bu bağlamda itirazda bulunan kişinin kanunen itiraz edebilecek kimselerden olup olmadığı⁵⁸ ve itirazın süresinde yapılıp yapılmadığı denetlenir. Eğer bu hususlarda bir eksiklik bulunmuyorsa, mahkeme, yukarıda da açıkladığımız üzere, genel esaslara göre muhakemeyi yapmak üzere hazırlıklara başlar. Bu bağlamda duruşma hazırlığı işlemlerini yaparak bir duruşma günü ve zamanı belirler. Sonrasında ise CMK'da öngörülen usule göre yargılamayı gerçekleştirir.

Başvuruda bulunanın itiraz hakkı olmadığı veya itirazın süresinde yapılmadığı tespit edilirse, bu halde basit yargılama sonunda hükmü veren mahkeme, bu hususları denetlemesi için dosyayı itiraz merciine gönderir. İtiraz mercii CMK m.268/3/c'de gösterilen esaslara göre belirlenir. Bu bağlamda asliye ceza mahkemesince basit yargılama sonunda verilen hükme itiraz edildiğinde, bu itirazı inceleme mercii, asliye ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesidir⁵⁹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; kanun koyucu, hükmü veren mahkemenin usulden inceleme sonrasında kesin kararı vermesini istememiştir. Dolayısıyla hükmü veren mahkemenin; itiraz başvurusunda yukarıda belirttiğimiz kapsamda usule ilişkin bir eksiklik gördüğünde, bu eksiklik nedeniyle kendisinin başvuru reddetmesine imkân tanınmamıştır. Bu hususta karar verme yetkisinin itiraz merciinde olduğu hükme bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemenin yer aldığı CMK m.252/6 hükmü şu şekildedir; *"...itirazın, süresinde yapılmadığı veya kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan tarafından yapıldığı mahkemesince değerlendirildiğinde*

öngörülmüş olması eleştirilmektedir. Buna göre verilen kararın itiraza tabi olması çift dereceli yargılama sisteminin pas geçilmesi mahiyetinde olup ilerleyen süreçte AİHM ve AYM nezdinde başvurulara neden olabilecektir. KEZER, s. 126.

58 İtiraz edebilecekler madde metninde gösterilmediğinden CMK m. 260/1 gereğince; sanık, müdafii, mağdur, müşteki ve Cumhuriyet savcısının itiraz edebileceğinin kabulü gerekir. Bkz. KIZILARSLAN, s. 1951.

59 İtiraz mercilerini gösteren CMK m.268/3'ün (c) bendi şu şekildedir; *"Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine... aittir."*



dosya, 268 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderilir. Mercii bu sebepler yönünden incelemesini yapar ve kararını gereği için mahkemesine gönderir.” Görüldüğü gibi düzenlemede CMK m.268/2 hükmüne göndermede bulunulmuş ve itirazın bu düzenleme uyarınca itiraz merciiine gönderileceği hükme bağlanmıştır. CMK m.268/2 hükmü ise şu şekildedir; “Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.” Dolayısıyla basit yargılama sonunda verdiği hükmüne itiraz edilen asliye ceza mahkemesi ya itirazı kabul edecek ve genel muhakeme esaslarına göre yargılama yapacak ya da yukarıda açıkladığımız eksikliklerden birini tespit ederse, incelemeyi yapmak üzere dosyayı inceleme mercii olan ağır ceza mahkemesine gönderecektir. Bu iki yoldan birini seçmesi için kendisine tanınan kanuni süre ise üç gündür. Mahkeme, üç gün içerisinde ne şekilde hareket edeceğine karar vermeli ve ona göre hareket etmelidir. Buradaki üç günlük süre düzenleyici nitelikte olup, söz konusu süreye uyulmamasının muhakeme hukuku bakımından etkili bir yaptırım söz konusu değildir.

3. Mahkemenin İtiraz Sonrası Yapacağı Yargılamada, Önceki Hükmüyle Bağlı Olmaması

Asliye ceza mahkemesi, basit yargılama usulü sonunda verdiği hükümle, bu hükme itiraz edilmesi üzerine, genel muhakeme usulüne göre yapacağı yargılama sonunda hüküm verirken bağlı değildir. Kanun koyucu bu hususa ilişkin düzenlemeye CMK m.252/3'ün ilk cümlesinde yer vermiştir. Söz konusu hükme göre; “*Mahkeme, ikinci fıkra uyarınca hüküm verirken, 251 inci madde kapsamında basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı değildir...*” Düzenlemede bahsi geçen ikinci fıkra ise yukarıda incelendiğimiz üzere, mahkemenin basit yargılama sonucu verdiği hükme itiraz üzerine genel esaslara göre yargılama yapmasına ve hüküm vermesine ilişkindir.

Basit yargılama usulü sonunda verdiği hükümle bağlı olmamasının sonucu olarak, mahkeme, itiraz üzerine yapacağı yargılama sonunda önceki hükmünden tamamen farklı bir hüküm kurabilir veya ilk hükmüyle aynı hükmü kurmakla birlikte, hükmün içeriğini farklılaştırabilir⁶⁰. Dolayısıyla mahkumiyet kararı verdikten sonra, itiraz üzerine yapacağı yargılama sonucunda beraat kararı verebilir. Ya da mahkumiyet kararı verdikten sonra itiraz üzerine yapacağı yargılama

60 Aynı yönde bkz. KIZILARSLAN, s. 1952.



sonucunda yine mahkumiyet kararı verebilir; ancak gerek fiilin hukuki nitelendirmesini ve gerekse de cezanın türünü ve miktarını ilk mahkumiyet hükmünden tamamen farklı şekilde belirleyebilir.

4. Sanık Dışındaki Diğer Kişilerin İtirazı Sonrası Yapılacak Yargılama Sonunda Verilecek Hükümde Sanık Hakkında Basit Yargılama Usulünde Uygulanan İndirimin Korunması

Basit yargılama usulü sonunda verilen hükme sanık ve diğer ilgililerin itiraz etmesi mümkündür. Bunun sonucu olarak mahkeme, genel muhakeme usulüne göre yargılama yapılacaktır. İtiraz üzerine yapılan yargılama sonunda CMK m.223'te düzenlenen hüküm çeşitlerinden biri verilebilecektir. Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, basit yargılama sonunda mahkumiyet hükmü verildiğinde, sanığın sonuç cezası üzerinden $\frac{1}{4}$ oranında indirim yapılacaktır. Söz konusu indirim oranı, sanık lehine oldukça ciddi bir indirim miktarı ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, sanık dışında hükme itiraz hakkı olanlardan biri, basit yargılama usulü sonunda verilen bu mahkumiyet hükmüne itirazda bulunduğu anda, sanık hakkında uygulanan indirimin kalkması, onun açısından var olan ciddi bir avantajın kaybına neden olacaktır. Kaldı ki, itiraz etmek suretiyle muhakeme sürecinin uzamasına neden olan da sanık değildir. Dolayısıyla kendisine tanınan indirim imkanının ortadan kalkmasına neden oluşturabilecek makul bir sebep bulunmamaktadır. Kanun koyucu da bu nedenle sanık dışındaki kişilerin itiraz etmesi halinde, sanık hakkında yapılan indirim oranının korunacağına ilişkin açık bir hükme yer vermiştir. Söz konusu hükme göre; “...itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hallerde 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan indirim korunur CMK m.252/3).”

5. Duruşma Öncesinde İtirazdan Vazgeçilmesi

Basit yargılama sonucu verilen hükme itiraz edildikten sonra, bu itirazdan vazgeçilmesi de mümkündür. Kanun koyucu itirazdan vazgeçilmesinin, itiraz edilmemiş gibi sayılacağını kabul etmiştir. Bu husus CMK m.252/2'nin son cümlesinde, “duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi hâlinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır” denilerek hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda basit yargılama sonucu verilen hükme itiraz hakkı olanlardan biri itiraz ettikten sonra, aynı usulle itirazından vazgeçebilecektir. Kural olarak bu vazgeçme, itirazın usulüne tabidir. Nasıl ki itiraz, yazılı veya sözlü beyanın tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılıyorsa; itirazdan vazgeçmenin de aynı usulle yapılması esastır.



6. İtiraz Üzerine Verilen Hükümün Diğer Sanıklara Sirayeti

Birden fazla sanığın olduğu uyuşmazlıklarda basit yargılama usulü uygulanması suretiyle kurulan hükme, sanıklardan bir kısmı itiraz ederken diğer bir kısmı itiraz etmeyebilir. Bu durumda, itiraz eden sanık hakkında genel muhakeme usulüne göre yapılacak yargılama sonunda kurulan hükmün, diğer sanıklara sirayet edip etmeyeceği sorusu akla gelecektir. Bu husus, kanun koyucu tarafından açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre; *“itiraz üzerine verilen hükmün sanık lehine olması halinde, bu hususların itiraz etmemiş olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da itiraz etmiş gibi verilen kararlardan yararlanır (CMK m.252/4).”*

Belirtmek gerekir ki aşağıda ayrıca ele alacağımız koşulların gerçekleşmesi durumunda mahkemece verilecek hükmün sanıklara sirayeti zorunludur. İtiraz üzerine hüküm kuran mahkeme bu hususu re’sen dikkate alacak ve koşulların gerçekleşmesi durumunda, daha önce itiraz etmemiş olan sanıklar hakkındaki kararını iptal ederek, bu sanıklar hakkında da karar verecektir⁶¹.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, basit yargılama usulü sonunda verilen karara itiraz edilmesi halinde, genel muhakeme usulüne göre yapılacak yargılama sonucunda verilen hükmün diğer sanıklara sirayet etmesine imkan tanımıştır⁶². Ancak bunun için gerçekleşmesi gereken önemli iki koşul bulunmaktadır. Bunlardan ilki hükmün sanık lehine olması; ikincisi ise hükmün diğer sanıklara uygulanma olanağının bulunmasıdır. Bir uyuşmazlıkta bu iki koşul birlikte gerçekleşmedikçe, itiraz üzerine verilen hükmün diğer sanıklara sirayeti söz konusu olmayacaktır.

G. İtiraz Üzerine Yapılan Yargılama Sonucu Verilen Hükme Karşı Başvurulacak Kanun Yolu

Kanun koyucu basit yargılama usulü sonunda verilecek hükme itiraz edilebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Bu itiraza ilişkin ayrıntılara CMK m.252’de yer verilmiştir. Söz konusu itirazın klasik anlamda bir

61 KEZER, s. 96.

62 Aynı yönde bkz. DEĞİRMENCİ, s. 48; TAŞKIN, Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler, s. 3121; YILMAZ/APIŞ, s. 101. Söz konusu düzenlemenin kanun yolları genel öğretisi ile uyumlu olduğu yönünde bkz. KIZILARSLAN, s. 1953. Bir görüşe göre; basit yargılama usulü sonunda verilen karara itiraz edildiğinde artık bu karar herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. Bu nedenle kararın bazı sanıklar bakımından kesinleşmesi söz konusu değildir. Bu halde itiraz üzerine verilen yeni hükmün tüm taraflar bakımından leh veya aleyhte olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması gerekir. Bkz. KOCA, s. 189.



itiraz olmadığına ve hukuki sonuçlarına ilişkin açıklamaları yukarıda yapmıştık. Bu bağlamda basit yargılama usulü sonunda verilen hükme itiraz edildiğinde, mahkeme tarafından genel muhakeme usulüne göre yargılama yapılmaktadır. Peki, genel muhakeme usulüne göre yapılacak bu yargılama sonunda kurulan hükme karşı herhangi bir hukuki yola başvurulabilecek midir? Kanun koyucu bu hususa ilişkin de açık bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre; “...verilen hükümlere karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilir (CMK m.252/5).”

Görüldüğü üzere kanun koyucu, CMK m.252/5 düzenlemesiyle, basit yargılama usulü sonunda verilen hükme itiraz edilmesi üzerine, aynı olay bakımından genel muhakeme usulüne göre yapılacak yargılama sonunda verilecek hükme karşı olağan kanun yollarına başvurulabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla basit yargılama usulü uygulanmaksızın, doğrudan genel muhakeme usulüne göre yapılan yargılama sonucunda verilen hükme karşı hangi kanun yoluna başvurulabiliyorsa, basit yargılama usulü sonunda verilen hükme itiraz edilmesi üzerine yapılacak yargılama sonunda verilecek hükme karşı da aynı kanun yoluna başvurulabilecektir.

Bu bağlamda ceza muhakemesinde ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir (bkz. CMK m.272 vd.). Dolayısıyla söz konusu itiraz üzerine yapılacak yargılamadan sonra verilecek hükme karşı da istinaf kanun yoluna başvurulması mümkündür. Bu yola başvurabilecek kimseler CMK m.260 vd.’da kanun yoluna başvurabilecekleri hükme bağlanan kimselerdir. Bu bağlamda; C. Savcısı, şüpheli, sanık, sanığın yasal temsilcisi, eşi, müdafii, katılan ve katılan vekili istinaf kanun yoluna başvurabilir (CMK m.260 vd.).

II. ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARINDAN FAYDALANMA GEREKLİLİĞİ

Uyuşmazlığın niteliğine uygun olarak makul bir sürede yargılanmak sanık bakımından adil yargılanmanın en önemli gereklerindendir⁶³. Adaletin makul bir sürede sağlanması özellikle masum kimselerin yargılandığı durumlarda bir an önce itibarlarının iadesi edilmesini sağlar⁶⁴. Öte yandan adaletin sürate feda edilmemesi de gerekir. Bu

63 YENİSEY Feridun, Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos, 1996, s.575.

64 TOROSLU Nevzat, Ceza Yargılamalarının Çabuklaştırılması Sorunu, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos, 1996, s.613.



nedenle salt muhakemeyi çabuklaştırmak amacıyla adil yargılanmaya ilişkin ilkelerden vazgeçilemez⁶⁵. Adil yargılanma ve makul sürede yargılanma ilkeleri arasında bir denge gözetilmelidir.

Adaletin gecikmesi ve muhakemenin çabuklaştırılmaması sorunu sadece Türkiye bakımından geçerli bir sorun değildir. Bugün bazı batılı devletler de dahil olmak üzere bir çok devlette yargılanmanın hızlandırılmaması en çok şikayet edilen adli konuların başında gelmektedir⁶⁶. Bu nedenle birçok devlet, modern ceza muhakemesinin bir takım temel ilkelerini zedeleyen kurumlar ihdas ederek muhakeme faaliyetlerini hızlandırmaya çalışmaktadırlar⁶⁷.

Gerçekten de mahkemeler iş yükü altında o kadar çok ezilmektedirler ki; ellerindeki bitirmek için fazlasıyla gayret ettiklerinde hakkıyla yargılama yapmaktan, hakkıyla yargılama yaptıklarında ise birçok kez makul sürede yargılama gerçekleştirmekten feragat etmeleri gerekmektedir. Bu nedenle alternatif bazı çözüm yolları ile en azından kamusal önemi çok yüksek olmayan cezai uyuşmazlıklar bakımından, bunları mahkeme önüne gelmeden çözüme kavuşturmanın yollarını aramak elzem görünmektedir. Aksi takdirde sistemin giderek daha

65 Geciken adaletin bireysel, toplumsal etkileri, masrafları öteden beri vurgulanmaktadır. Buna karşılık ceza adaletinin yerine getirilmesinde gecikmenin gerçekten bir problem teşkil etmediği hususunda görüşler de vardır. Nitekim gecikmenin karar verecek olanlara daha fazla düşünme imkanı sağlayacağı, böylece kararların daha isabetli ve nitelikli ve bazı hallerde sanık bakımından faydalı olacağı, gecikmenin zamanışınının gerçekleşmesine sebebiyet verebileceği, sanığın savunma haklarına saygı gösterilmesinin zorunlu olarak gecikmeyi sonuçlayabileceği öne sürülmüştür. Ancak hiç kuşku yoktur ki, geciken hükümler ceza adalet sistemine olan güveni azaltacak, ülkemizde misallerine rastlandığı üzere, adaletin yerine getirilmesini bizzat suç mağdurları veya yandaşları sağlamaya çalışacaklardır. Zira halk olsun, suçu işlediği iddia olunan sanık olsun veya olaydan doğrudan etkilenen mağdur olsun, kendilerini bir yanından ilgilendiren suç olayının süratle neticelendirilmesi hakkına sahiptirler. AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere, gecikme masumun üzerine atılan iddiadan kurtulmasını geciktiriyor ve ıstırapının sürüp gitmesine neden oluyor. Ayrıca müeyyidenin uygulanmasının ertelenmesi sonucunu doğurmakta; bu ise cezanın gerek özel gerekse genel önleme etkisini giderek azaltmaktadır. Bkz. DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY Feridun, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998", Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, isimli eserin eki, s.1309.

66 DÖNMEZER Sulhi, Ceza Adalet Sistemimiz Üzerine Düşünceler, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos, 1996, s.556.

67 Bu yeni kurumların önemli bir kısmı, şüpheli veya sanığa para cezası gibi bazı yükümlülükler getirerek muhakemeye son verme yolunu açmaktadır. Bu kurumların kabul edilmesinin temel nedenlerinden bir tanesi mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğundan, bu yollara başvurulabilmesi için sanığın suçluluğunun tam olarak ispatlanmış olması gerekmez. Bu itibarla nispeten hafif ceza gerektiren suçlar bakımından kabul edilen bu kurumlarda da kişiye belirli cezai yaptırımlar uygulanmakta, ancak onun suçluluğunun ispatı şartı aranmamaktadır. Bu nedenle bazı yazarlarca bu kurumların ceza muhakemesinin temel ilkelerine ters düştüğü ileri sürülmektedir. Bkz. SCHROEDER Friedrich-Christian, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.46.



çok yavaşlamasının ve sonuçta çalışamaz hale gelmesinin önüne geçilemeyecektir.

Seri muhakeme ve basit yargılama usulleri, mahkemelerin giderek artan iş yükünden kaynaklı nedenlerle oluşan zorunluluğa bağlı olarak ortaya çıkmış kurumlardır. Ancak adil yargılanma hakkı ve diğer bazı temel hakları ciddi şekilde zedeleyen bu tür kurumlara uygulama alanı tanınırken, dikkat edilmesi gereken birtakım kriterler vardır. Aşağıdaki başlıkta bu hususlar daha ayrıntılı ele alınacaktır.

III. ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN ESASLAR

Temel bir hak olarak adil yargılanma hakkı, sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir şekilde yapılmasını ve onun muhakemeye ilişkin haklarının korunmasını teminat altına alır. Anayasanın 36. maddesinde açıkça teminat altına alınan adil yargılanma hakkı, birçok yazar tarafından, Anayasanın 2. maddesinde hükme bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Söz konusu hak 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesinde hükme bağlandığı gibi, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ise 14. maddesinde bireyler bakımından teminat altına alınmıştır. Bunun dışında cezai uyumsuzluklara ilişkin olarak, CMK'da da adil yargılanma hakkına ilişkin birçok husus hükme bağlanmıştır.

Bu bağlamda iç hukukumuzda ceza muhakemesi bakımından adil yargılanma hakkının kaynakları; Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu'dur. Bu kaynaklar arasında AİHS'nin özel bir önemi vardır. Bu önem iki hususa dayanmaktadır. Öncelikle 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükümle, bir hukuki sorunun çözümü sırasında, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan *temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyumsuzluk olduğu anlaşılırsa, uyumsuzluğun temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözüleceği* düzenlenmiştir. Her ne kadar adil yargılanma hakkını veya

⁶⁸ Hukuk devletinde bireylere sağlanması gereken minimum garantiler için bkz. HEINRICH Bernd, "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", *Juristische Ausbildung*, S.: 3, 2003, s. 167 vd.



onun içeriğinde yer alan alt hakları teminat altına alan başkaca uluslararası sözleşmeler olsa da, AİHS'ni bunlar arasında daha özel bir konuma getiren ikinci husus, başvurular sonucunda taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadıklarını denetleyen bir yargılama mekanizmasının (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM)*) bulunmasıdır. Bu bağlamda adil yargılanma hakkına ilişkin yapacağımız açıklamalar AİHS hükümleri göz önünde bulundurularak yapılacaktır.

Adil yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmiştir. 6. maddenin Türkçe çevirisi şu şekildedir:⁶⁹

Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemeye görevlendirilecek bir avukatın para ödemsizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

⁶⁹ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T.: 17.09.2020)

İngilizce metin için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (E.T.: 17.09.2020)



e) *Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.*

Bu düzenleme ışığında adil yargılanma hakkı şu şekilde tanımlanabilir; *bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır*⁷⁰.

AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen hak ve ilkeler madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere tüm cezai ve medeni muhakemeler bakımından geçerlidir. Ancak medeni ve cezai muhakeme tabirinden içeriği, taraf devletlerin iç hukuklarında söz konusu uyumsuzluğu hangi muhakeme dalına ait kabul ettiklerine göre tespit edilmez. Bilakis AİHM'nin bu konuya ilişkin geliştirdiği kıstaslara göre uyumsuzluğun hangi muhakeme dalına ait olduğuna bakılır. Bu itibarla bazı durumlarda bu hak ve ilkeler disiplin soruşturmaları bakımından da önem arz etmektedir. Şöyle ki, eğer disiplin soruşturması sonucunda faile, önemli derecede ağır bir özgürlüğü bağlayıcı ceza veriliyorsa, iç hukukta bu faaliyetin idari bir soruşturma olarak nitelendirilmesine önem vermeyen AİHM, bu durumda da 6. maddenin gereklerinin bireye tanınması gerektiği kanaatindedir.

Ceza muhakemesi açısından 6. maddenin lafzına bakıldığında zaman, burada söz konusu olan hakların, sadece mahkeme önünde gerçekleştirilen muhakeme faaliyeti sırasında uygulanan, dolayısıyla sadece kovuşturma sırasında geçerli olan birer ilke oldukları sonucuna ulaşılabacaktır. Eğer AİHM de sadece maddenin lafzına bakarak hareket etmiş olsaydı, sanık hakları en fazla savcı ve kolluk tarafından yürütülen soruşturma sırasında ihlal edildiği için, güvencenin çok fazla bir anlamı kalmayacaktı. Çünkü duruşma alenidir ve aleniyetin getirdiği

⁷⁰ Donay tarafından yapılan tanıma göre adil yargılama; yargılamanın olanaklar ölçüsünde gerçekleri yansıtabilmesi için, uyumsuzluğun tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmeksizin, iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılamadır. Bkz. DONAY Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s.41; Schroeder ise yeterli müdafaa imkanları sağlanarak ve hile yapılmadan görülen davanın adil olduğunu kabul etmektedir. Bkz. SCHROEDER, s.6. Uluslararası Af Örgütü'nün adil yargılanma hakkına ilişkin yayınında ise, Adil bir yargılamanın olabilmesi için gerekli olan tüm şartların, adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturduğu kabul edilmektedir. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.101. Birçok yazar da adil yargılanma kurumunu tarif edilmesi güç bir prensip olarak nitelendirmekte ve bu ilkenin ideal şartları oluşturma mecburiyeti olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. SCHROEDER, s.10-11



bir denetleme vardır. Ancak soruşturma evresi bakımından aynı şeyler söylenemeyecektir. Bu nedenlerle AIHM verdiği çeşitli kararlarda, sözleşmede yer alan sanık kavramının iç hukuktaki anlamıyla değil, sözleşmenin bütünü açısından özerk bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerektiğine dikkati çekmiştir.

IV. AIHM İÇTİHA TLARI IŞIĞINDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE ADİL YARGILANMA HAKKI

A. Genel Olarak

Alternatif çözüm yolları bakımından genel muhakeme ilkelerinden önemli sapmalar olduğu bir gerçektir. Bu tür yollarda birçok kez maddi gerçeğin araştırılmasından ya da adil yargılanmaya ilişkin ilkelerden feragat edilerek ceza adaleti sisteminin hızlandırılmasına çalışılmaktadır. Hukukumuzda yakın zamana kadar sadece, önödeme, uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi alternatif çözüm yollarına yer verilmişti. Bunlardan önödemenin uygulanabilmesi için şüphelinin, rızasıyla, tebligattan itibaren 10 gün içinde, teklifte belirtilen para miktarını devlet hazinesine yatırması gerekmektedir (bkz. TCK m.75). Uzlaştırmada ise şüphelinin uzlaştırma teklifini kabul etmesi gerekir ki, uzlaştırma girişiminde bulunulsun (CMK m.253). Bunun yanında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında (HAGB'de) sanığın bu kurumun uygulanmasına rıza göstermesi esastır (bkz. CMK m.231/5 vd.). Bu bağlamda söz konusu kurumlardan yalnızca kamu davasının açılmasının ertelenmesinde (bkz. CMK m.171/2 vd.) isnat altındaki kişinin kurumun uygulanmasına rıza göstermesi aranmamaktadır. Dolayısıyla isnat altında bulunan kimse, kamu davasının açılmasının ertelenmesi dışındaki tüm alternatif çözüm yollarının kendisi hakkında uygulanmasına engel olma imkanına sahiptir. Bununla birlikte kamu davasının açılmasının ertelenmesi de dahil bu kurumlardan hiçbirinde sanık hakkında bir mahkumiyet hükmü söz konusu olmamaktadır. Önödeme ve uzlaştırma, soruşturma evresinde başarıyla sonuçlanırsa kovuşturmaya yer olmadığı kararı, istisnaen kovuşturmada başarıyla sonuçlanırsa da düşme kararı verilmektedir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde şüpheli beş yıllık denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlemezse kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmektedir. Söz konusu kurumun istisnaen de olsa kovuşturma uygulanma imkanı yoktur. HAGB'de ise sanık beş yıllık denetim süresi içerisinde yeni suç işlemezse hakkında düşme kararı verilmektedir.

Ancak 2019 yılında hukuk sistemimize giren seri muhakeme ve basit yargılama usulleriyle birlikte, alternatif çözüm yolları bakımından yukarıda aktarılan durumda ciddi bir değişiklik ortaya çıkmıştır. Nitekim söz konusu iki alternatif çözüm yöntemi sonunda isnat altındaki kimse hakkında mahkumiyet hükmü kurulabilmektedir. Bu bağlamda toplumumuz ilk kez, alternatif çözüm yöntemleri ile isnat hakkındaki kişiler hakkında mahkumiyet hükmü kurulmasına ilişkin yöntemlerle tanışmıştır. Ancak mahkemelerin iş yükününün azaltılmamasına ilişkin sorunlar, kanun koyucuyu başkaca devletlerde olduğu üzere bu iki kurumu ihdas etmeye yönlendirmiştir.

AİHM de bu tür alternatif çözüm yöntemleri ile isnat altındaki kimseler hakkında mahkumiyet hükmü kurulabilmesini AİHS'nin ve özellikle 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak görmemektedir. Ancak bunun için birtakım koşulların gerçekleşmesini aramaktadır. Aksi takdirde ilgililerin adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim seri muhakeme ve basit yargılama gibi kurumlar adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan alt haklardan birçoğunu ciddi anlamda ihlal etme potansiyeline sahiptir.

Bu noktada, AİHS'ye aykırı olmasa bile, anayasal hükümlerden kaynaklı olarak, bu tür kurumların anayasaya aykırılığı söz konusu olabilir mi? sorusu akla gelebilecektir. Kanaatimizce anayasanın temel hak ve özgürlükler arasında düzenlediği haklar bakımından, AİHM gibi düşünülerek, bir sonraki başlıkta açıklayacağımız koşulların varlığı durumunda, kişinin kendisine tanınan avantajları göz önünde bulundurarak; rızasıyla, somut olayda muhakemeye ilişkin temel hakları kullanmaktan vazgeçebileceğinin kabul edilmesi, hukuken makul bir düşünce tarzıdır. Bununla birlikte ilgili hak bakımından temel haklar dışında, anayasanın başka bölümlerinde de düzenleme getirilmişse, bir başka deyişle, anayasa koyucu söz konusu kişisel teminata, devletin yapısı ve kamusal düzen bakımından ayrıca bir önem atfetmişse, bu halde söz konusu hakka yapılacak müdahalenin, anayasaya aykırı olduğunun kabulü gerekir. Örneğin; şüpheden sanığın yararlanması, AY m.38'de hükme bağlanmış temel haklardandır. Ancak anayasa koyucu, bu teminatın sadece bireyler bakımından önem arz etmediğini, bilakis kamusal düzen ve devletin işleyişi bakımından da önemli bir husus olduğunu kabul ederek, mahkemelerin vicdani kanaatlerine göre karar verebileceğini, yargı bağımsızlığı bağlamında AY m.138/1'de ayrıca hükme bağlamıştır. AY m.138/1 düzenlemesi gereği mahkemenin mahkumiyet kararını suçluluğa ilişkin vicdani kanaate ulaşarak vermesi



elzendir. Aşağıda bu konu tekrar ele alınacağından, burada daha fazla ayrıntıya girmemeyi ve bu kısa açıklamayla yetinmeyi uygun buluyoruz.

B. Alternatif Çözüm Yolunun Isnat Altındaki Kimsenin Adil Yargılanma Hakkını İhlal Etmemiş Kabul Edilmesi İçin Aranılan Koşullar

Alternatif çözüm yollarıyla, isnat hakkındaki kimseler hakkında yargılama yapıp mahkumiyet hükmü verilebilmesi, AİHM tarafından doğrudan AİHS'ye aykırı kabul edilmemektedir. Nitekim şüpheli veya sanık bakımından, ceza indirim gibi, ciddi birtakım avantajlar barındıran bu tür kurumlar, aynı zamanda yargılamaların hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına da hizmet etmektedir. Ancak bu tür kurumlara ilişkin uygulamalarda hak ihlalin bulunmadığının kabul edilebilmesi için AİHM içtihatları ile ortaya konmuş bir takım önemli hususların varlığı zorunludur. Bu hususlar şu şekilde sıralanabilir;

Tam, Açık ve Anlaşılır Şekilde Bilgilendirme: Öncelikle seri muhakeme ve basit yargılama usulleri gibi alternatif çözüm yollarıyla hakkında hüküm kurulacak kişinin, kurumun kendisi bakımından ortaya çıkartacağı sonuçlar ve ne şekilde uygulanacağı konusunda tam, açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Kural olarak şüpheli veya sanığa alternatif çözüm yollarının uygulanmasını kabul etmesi halinde, ceza indirim gibi önemli avantajlar sağlanacaktır. Bununla birlikte bazı temel hakların sağladığı teminatlardan da somut olay bakımından feragat etmesi gerekir. İşte isnat altındaki kişinin kendisine sağlanan tüm bu avantajlar ve kullanmaktan feragat edeceği haklar bakımından yeterli ölçüde bilgilendirmenin yapılması gerekir. CMK'da gerek seri muhakeme gerekse de basit yargılama usulü bakımından bu hususların ayrıntılı şekilde güvenceye bağlandığı kanaatindeyiz.

İsnat Altındaki Kimsenin Kurumun Uygulanmasına Müdafî Huzurunda Rıza Göstermesi: Söz konusu alternatif çözüm yolları bakımından bulunması aranan ikinci koşul, bilgilendirme sonrasında tam aydınlatılmış kimsenin, ilgili usulün uygulanmasına müdafî huzurunda rıza göstermesi gerekliliğine ilişkindir. Müdafîin şüpheli veya sanıktan aydınlatılmış onam alınırken hazır bulunması, hem onun kurum hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirildiği hem de bu bilgilendirme karşısında açık rıza verdiğinin teminatını oluşturacaktır. Dolayısıyla isnat altındaki kişiden söz konusu usulünün uygulanmasına ilişkin müdafî huzurunda, tam aydınlatılmış bir onam alınmalıdır. CMK'da bu hususta da gerekli düzenlemelere yeteri kadar yer verildiği kanaatinde olduğumuzu ifade etmek isteriz.



İlgili Alternatif Çözüm Yolunun Uygulanacağı Suç Tiplerinin Kamusal Menfaat Bakımından Ciddi Derecede Önem Arz Etmemesi: Seri muhakeme ve basit yargılama gibi usullerin uygulanacağı suç tiplerinin kamusal menfaat bakımından görece olarak büyük önem taşımaması elzemdir. Kamusal menfaatin ağır bastığı suç tipleri bakımından bu tür usullerin uygulanması, ilgili buna rıza gösterse bile kabul edilemez. CMK'da özellikle seri muhakemeye ilişkin düzenlemelerde bu hususta ciddi handikaplar bulunduğunu ifade etmek gerekir. Ancak bu handikaplar bir sonraki başlıkta ele alınacağından burada sadece bu tespiti yapmakla yetinmeyi uygun buluyoruz.

AİHM de basit yargılama usulü vb. kurumlara ilişkin olarak, önüne gelen değişik davalarda, yukarıda belirttiğimiz koşullara riayet edilmesi durumunda, bir hukuk sisteminde söz konusu kurumlara uygulama alanı tanınmasının sözleşmeye aykırılık oluşmayacağı yönünde kararlar vermektedir. Mahkemeye göre, kural olarak AİHS'de yer alan adil yargılanmaya ilişkin alt haklardan isnat altında bulunan kimsenin rızasıyla vazgeçemeyeceğine dair bir hüküm sözleşmede yer almamaktadır. Dolayısıyla aydınlatılmış olarak rızası alınan kişiyle ilgili olarak, kamusal menfaat de aksini gerektirmiyorsa, seri muhakeme vb. kurumlarla hüküm kurulması adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır. Bu bağlamda AİHS'nin 6. maddesinin ne ruhu ne de lafzı kişinin adil yargılanmanın belli güvencelerinden, kendi isteğiyle, açıkça veya zımnen vazgeçmesini engellemektedir. Ancak, bir haktan vazgeçmenin AİHS bakımından etkin olması için kişinin bu haktan vazgeçtiği net bir şekilde tespit edilmeli ve bu haktan vazgeçmesine mütenasip asgari güvenceler sağlanmalıdır. Ayrıca, bu durum herhangi önemli bir kamu menfaatine aykırı olmamalıdır⁷¹.

Örneğin AİHM, Hermi/İtalya kararında, seri muhakeme usulüne ilişkin esasları değerlendirmişti⁷². Buna göre; seri muhakeme incelemesinin açık olarak yapılmaması başvuranın kendi rızasıyla talep ettiği basitleştirilmiş bir usul olan seri muhakeme usulünün

71 Bkz. Hermi/İtalya, B.N.: 18114/02, K.T.: 18.10.2006, p. 73. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77543> (E.T.: 08.10.2020); Sejdovic/İtalya, B.N.: 56581/00, K.T.: 01.03.2006, p. 86. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72629> (E.T.: 08.10.2020). Ayrıca bkz. **6. Madde Rehberi-Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü)**, Avrupa Konseyi-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ortak Yayını, Ankara 2014, s.39

72 Kararın değerlendirmesi için bkz. CENGİZ Serkan/DEMİR AĞ Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy/TEZCAN Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara 2008, s.125 vd.



benimsenmesinin içeriğinde yer almaktadır. Dolayısıyla başvuran, bunu bilerek usulün uygulanmasını kabul etmiştir. Seri muhakeme usulünün davalı için şüphesiz avantajları vardır. Bu bağlamda isnat altındaki kimse hüküm giydiği takdirde, büyük oranda azaltılmış ceza almaktadır. Ayrıca isnat altındaki kişinin rıza gösterdiği hüküm için karşı tarafın başvurabileceği etkili bir kanun yolu da yoktur. Öte yandan, seri muhakeme usulü, iç hukuk tarafından sağlanan dava usulüne ait garantilerin azalmasına neden olmaktadır. Kendisinin seçmiş olduğu iki avukat tarafından savunulan başvuranın, seri muhakeme usulünün uygulanması talebinin sonuçlarının şüphesiz olarak farkındadır. Ayrıca, yukarıda bu usulün uygulanmasının kamu menfaatıyla ilgili herhangi bir soru ortaya çıkarmadığı görülmektedir. Seri muhakeme usulünde açık duruşma yapılmasının gerekli olup olmadığının belirlenirken ise, davanın makul bir süre içerisinde görülmesi hakkı ve mahkemelerin dosyaları süratli bir şekilde inceleme zorunluluğu dahil olmak üzere diğer hususların da dikkate alınması gerekir. İtalyan yasama organı, seri muhakeme usulünü uygulamaya başlayarak, cezai kovuşturmasını basitleştirmeyi, dolayısıyla hızlandırmayı amaçlamış görünmektedir. Bu bağlamda ilk ve ikinci derece mahkemeleri tarafından yapılan duruşmaların özel ve dolayısıyla dinleyiciler olmaksızın gerçekleşmesi, AİHS'nin bir ihlâli olarak algılanamaz.

Mahkeme özellikle yargılamaların hakimnin tarafsızlığı ve duruşmaların aleniyeti başta olmak üzere, adil yargılanma hakkı kapsamındaki birçok haktan sanığın feragat edebileceğine dair başkaca kararlar da vermiştir. Örneğin; isnat altındaki kişi hakimnin tarafsızlığına ilişkin haktan, belirli koşullar altında, feragat etmişse adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kabul edilmektedir. Ancak mahkeme feragat dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlalinin söz konusu olmadığına karar verdiği hallerde, feragatın şüpheye yer vermeyecek biçimde yapılmış olmasını aramaktadır⁷³. Benzer şekilde AİHM, aleniyetten de feragat edilmesini kabul etmektedir. Hatta kamu yarına aykırı olmadıkça, bu feragatın açık veya zımni olmasının da önemi bulunmamaktadır⁷⁴.

73 D./İrlanda davasında, başvuruçunun Sunday gazetesine karşı açtığı davanın temyiz incelemesini yapan hakimlerden birisi, gazetenin birkaç hissesine sahiptir. Başvuruçuyu bu konuda mahkeme kalemi tarafından bilgilendirildiği halde ne duruşma öncesinde ne de duruşma sırasında itiraz etmemiştir. Komisyon kendisine imkan verildiği halde başvuruçunun tarafsızlığa ilişkin herhangi bir itirazda bulunmaması nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. D./İrlanda, B.N.: 26499/02, K.T: 27.06.2006 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76233> (E.T.:08.10.2020).

74 LADEWİG Hans-Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı-II", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev.: HAKERİ Hakan), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.89



Feragatın zımni olduğu hallerde bunun tereddüde yer vermeyecek şekilde olması ve kamu menfaatiyle ters düşmemesi gereklidir⁷⁵. Eğer başvuru talebi halinde duruşma yapılacağı iç hukukta düzenlenmişse, *kamu menfaatiyle çatışmadığı müddetçe*, sanığın duruşma talebi etmemiş olması zımni feragat olarak nitelendirilir⁷⁶. Hakansson ve Stureson/İsveç davasında ise mahkeme, özellikle ceza davalarında sanığın kapalı duruşma talebi halinde, mahkemenin sanığın menfaati ile kamu menfaati arasında bir orantı kurmak suretiyle talebi reddetmesini haklı bulmuştur. AİHM'ye göre aleniyetten feragat etmenin kamu yararına önemli derecede aykırı olduğu hallerde, aleniyetin sağlanması zorunludur⁷⁷.

Yukarıdaki mahkeme kararlarından da açıkça anlaşıldığı üzere, AİHM, isnat altındaki kimsenin adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerden müdafii huzurunda feragat ettiği hallerde dahi uyuşmazlığın kamusal menfaat bakımından ciddi önem arz edip arz etmediğini denetlemektedir. Bu bağlamda kamusal menfaat bakımından ciddi öneme haiz davalarda, sanık müdafii huzurunda haklarından feragat etmiş bile olsa bu durum adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturacaktır. Nitekim bu hak, sadece bireysel menfaatleri değil; kamusal menfaatleri de koruma altına almaktadır. Uyuşmazlığın kamusal bakımdan ciddi bir önemi olup olmadığı belirlenirken göz önünde bulundurulacak en önemli husus, uyuşmazlık konusu fiilin ilişkin olduğu suçun ağırlığıdır. Bu bağlamda isnat altındaki kişi bakımından ağır yaptırımlar öngören suçlara ilişkin uyuşmazlıklarda seri muhakeme ve basit yargılama usullerinin kabulü hak ihlali oluşturacaktır. Dolayısıyla kasten öldürme, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti gibi ağır nitelikteki suçlar seri muhakeme veya basit yargılama usulü kapsamına alınmaz.

V. ADİL YARGILANMA HAKKI VE DİĞER BAZI ANAYASAL İLKELER BAKIMINDAN BASİT YARGILAMA USULÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

AİHM alternatif çözüm yollarına ilişkin uygulamaları doğrudan AİHS'nin ihlali olarak kabul etmemektedir. Ancak özellikle adil yargılanma hakkı bakımından ihlal olmadığının kabulü için birtakım

75 Hakansson ve Stureson/İsveç, B.N.: 11855/85 K.T.: 21.02.1990 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57638> (E.T.:08.10.2020). Werner/Avusturya; B.N.: 21835/93 K.T.: 24.11.1997 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58114> (E.T.:08.10.2020).

76 Zumtobel/Avusturya; B.N.: 12235/86 K.T.: 21.09.1993, p. 33-34 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57847> (E.T.:08.10.2020).

77 Hakansson ve Stureson/İsveç, p. 44-50.



koşulların gerçekleşmesi gereklidir. Bu hususa ilişkin açıklamaları bir önceki başlıkta ayrıntılı olarak yapmıştık. Bu nedenle, burada bu hususu vurgulamakla yetinmeyi uygun buluyoruz.

Bununla birlikte AİHM'nin kabul ettiği koşulları 7188 sayılı Kanun'la hukuk sistemimize giren basit yargılamaya ilişkin hükümlerin ne oranda karşıladığının da tespiti gereklidir. Bunun yanında anayasamızda yer alan hükümler bağlamında, AİHS hükümlerine aykırılığı bulunmayan alternatif çözüm yollarına ilişkin kanuni bir düzenlemenin, anayasaya aykırılığının söz konusu olması da mümkündür. Daha önce de belirttiğimiz üzere, anayasanın temel hak ve özgürlükler arasında düzenlediği haklar bakımından, AİHM gibi bir hareket tarzı benimsenerek, belirli koşulların varlığı durumunda, isnat altındaki kişinin rızasıyla, somut olayda muhakemeye ilişkin temel hakları kullanmaktan vazgeçebileceğinin kabulü gerekir. Ancak ilgili hak bakımından anayasanın başka bölümlerinde de düzenleme getirilmişse; bir başka deyişle, anayasa koyucu söz konusu kişisel teminata, devletin yapısı ve kamusal düzen bakımından ayrıca bir önem atfetmişse, bu halde temel hakka yapılacak söz konusu müdahale anayasaya aykırı olacaktır. Nitekim anayasa koyucu AİHS'den farklı olarak, bazı uygulamaları kamusal menfaat bakımından sakıncalı görmüştür.

Hukuk literatüründe sıklıkla ifade edildiği üzere *gecikmiş adalet, adalet değildir*⁷⁸. Buna karşın *adalet de süratle feda edilemeyecek kadar önemli bir değerdir*. Dolayısıyla muhakemeyi çabuklaştırmak amacıyla adil yargılanmaya ilişkin ilkelerden de aşırı derecede taviz verilmemelidir. İki arasında bir dengenin sağlanması elzemdir. Basit yargılama usulü de tıpkı seri muhakeme usulü gibi, mahkemelerin iş yükünü azaltmaya ve böylelikle diğer yargılamaları hızlandırmaya yönelik kabul edilmiş kurumlardandır. Bu bağlamda seri muhakeme usulü gibi basit yargılama usulü de adil yargılanma hakkı bakımından ciddi handikapları bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin isnat altındaki kişinin aleni duruşmada yargılanma hakkı vardır (AİHS m.6/1). Ama basit yargılamada bir duruşma yapılmadığı gibi, mahkeme önünde gerçekleşen aşamalar da aleni değildir. Bu durum aynı zamanda Anayasa m.141/1'i de müdahale oluşturur niteliktedir.

Bununla birlikte, önceki üst başlıkta da ifade ettiğimiz üzere, AİHM, belirli koşullar altında, basit yargılama benzeri usullerin uygulanmasını

78 TOROSLU, s.613.



AİHS'ye aykırı bulmamaktadır. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısmında ve özellikle AY m.38'de yer alan düzenlemelerin bu doğrultuda yorumlanması ve şüphelinin/sanığın, rızasıyla, somut olaylar bakımından bu hakkını kullanmaktan feragat edebileceğinin kabulünün yerinde olacağı kanaatindeyiz. AİHM'nin birçok kararında belirtildiği üzere yargılamayı hızlandırmaya yönelik bu tür alternatif çözüm yollarının ancak kamusal menfaati ciddi anlamda zarara uğratmayacak hafif nitelikteki suçlarla ilgili uygulanması mümkündür. Bunun yanında müdafî huzurunda isnat altındaki kişinin aydınlatılmış onamının alınması da gerekir. Nitekim AİHM'nin birçok kararında vurguladığı üzere, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden isnat altındaki kişinin rızasıyla feragat edemeyeceğine dair bir hüküm AİHS'nin herhangi bir yerinde yazmamaktadır. Dolayısıyla daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız koşullar varlığına bağlı olarak, isnat altındaki kişinin onamı alınarak basit yargılama usulünün uygulanması adil yargılanma hakkını zedelese bile ihlal oluşturmamaktadır.

Basit yargılama usulünün düzenlendiği CMK m.251 vd., sanığın tam olarak aydınlatılmış onayının alınmasına, avukat güvencesinin bulunmasına ve kamusal düzen bakımından nispeten hafif nitelikteki suçlara ilişkin bir uygulama alanı sağlanmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda basit yargılama usulüne ilişkin hükümler bakımından adil yargılanma hakkı ve diğer anayasal ilkelerle bağlantılı ciddi bir sorun ve ihlal bulunmadığı kanaatini taşımaktayız.

Anayasa Mahkemesi daha önceki Yargıtay içtihatlarıyla da uyumlu şekilde, basit yargılama usulünün uygulanmaya başlanacağı zamana ilişkin bir uygulama hükmünün iptaline karar vermiştir.⁷⁹

79 "... 27. İtiraz konusu kural belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet karar verildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz hüküm kurulmamış dolayısıyla yeni bir yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarihten sonra kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarla sınırlı olarak uygulanmasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

...

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinde yer alan;

A. "...kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresine ilişkin esas incelemenin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE,

B. "...kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresinin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Recai AKYEL ile Selahaddin MENTEŞ'in karşılıklı ve OYÇOKLUĞUYLA 25/6/2020 tarihinde karar verildi." AYM, 25.06.2020, E. 220/16 K. 2020/33, R.G. No: 31218; R.G. Tarihi: 19.8.2020.



Nitekim Yargıtay yıllardır yerleşik uygulamasında, temelde ceza muhakemesi kurumu olmakla birlikte, yargılamanın yapılmasına ve cezanın miktarına dolaylı da olsa etkisi olan hukuki kurumları, çifte karakterli (hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku niteliği olan) kurumlar olarak kabul etmektedir.⁸⁰ Buna bağlı olarak (şikayet, izin, HAGB gibi) bu tür kurumlara ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında ise lehe kanun uygulaması yapılacağına hükmetmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, CMK geçici m. 5/1/d'de şu hükme yer verilmiştir; "1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulü ile basit yargılama usulü uygulanmaz." Ancak daha önceki Yargıtay içtihatları doğrultusunda düşünüldüğünde,⁸¹ basit yargılama usulünün

80 "...ceza muhakemesi kanunlarının zaman bakımından uygulanması konusunda tutarlılıktan söz edilmesi zordur. Birçok yazar, muhakeme normlarının uygulanması konusunda derhal uygulanırlık ilkesini kabul etmekte, ancak muhakeme şartları gibi çeşitli muhakeme normları bakımından lehe normun geçmişe uygulanmasını ya da yürürlük ötesi uygulanmasını da savunabilmektedir. Aynı durum yargı organları için de geçerlidir. Bu noktada belki, kişi özgürlüğünü ilgilendiren ve kişi özgürlüğünü ilgilendirmeyen muhakeme kuralları bakımından bir ayırım yapılması düşünülebilir. Kişi özgürlüğünün smurlandırılması sonucunu doğuracak ceza normları bakımından geçmişe uygulama yasağının etki doğurması peşinen kabul edilebilir. Hiç olmazsa bu şekilde, ceza muhakemesi normlarının derhal uygulanması ilkesi bakımından öğretici ya da uygulama tarafından kabul edilen istisnalar bir sisteme bağlanabilir. Diğer seçenek ise, derhal uygulanırlık bakımından geçerli hükümler dışında herhangi bir istisna kabul edilmemesi, yani ilkenin harfiyen uygulanmasıdır." Bkz. KATOĞLU Tuğrul, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 319.

81 "Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi hariç hakaret suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Mağdurun şikayetçi olması halinde yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca uzlaşma işlemi yapıp sonuca göre karar verilmelidir. Somut olayda, anılan yasalar hükmü tarihinden sonra yürürlüğe girmiştir. Açıklanan nedenlerle sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi gerekir." Yar. 2. CD., 06.02.2006, E. 2005/2619, K. 2006/1356. "5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen ve sanığın eylemine uyan hakaret suçunun, 131/1. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi hali hariç olmak üzere, soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması ve mağdurun şikayetçi olması karşısında, 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma işlemi yapılmalı, sonucuna göre karar verilmelidir." Yar. 2. CD., 27.02.2006, E. 2005/4591, K. 2006/3340. "Öncelikle lehe olduğundan kuşku bulunmayan ve diğer kişiselleştirme nedenlerinden önce Yargıç tarafından isteme bağlı olmaksızın değerlendirilmesi zorunluluğu bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun saptanmasında zorunluluk bulunmaktadır." Yar. CGK., 03.06.2008, E. 2008/2-149, K. 2008/163. "Sanığın zincirleme biçimde görevli memura suçundan cezalandırılmasına ilişkin hükmün verilmesinden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile Ceza Yargılaması Yasası'nın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında gerçekleştirilen değişiklikler sonucunda, bu maddede öngörülen objektif ve subjektif koşulların varlığı halinde uygulanması olanağı bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tatbik alanı genişletilmiş ve somut olayda uygulanabilir bir hale gelmiştir. Kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmasına olanak sağlayan ve bu yönüyle sanık lehine sonuç doğurduğunda kuşku bulunmayan bu hukuki kurumun sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağı ise öncelikle birinci derece yargılamasını yapan mahkemeye ele alınıp değerlendirilmelidir. Bu itibarla, diğer yönlerinin bu aşamada incelenmesine gerek bulunmayan hükmün, öncelikle bu yasal değişikliğin değerlendirilebilmesi için bozulmasına karar verilmelidir." Yar. CGK, 01.04.2008, E. 2007/4MD-219, K. 2008/66 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).



uygulanması sanık bakımından cezada indirim sağladığı için CMK m.251 vd. yürürlüğe girdikten sonra, kapsamında yer alan ve kesin hükümle sonuçlandırılmamış tüm uyuşmazlıklar bakımından etkili olmalıdır (Bkz. TCK m.7/2). Bu husus AY m.38'in de bir gereğidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, yukarıda paylaştığımız CMK geçici m.5/1/d hükmünün basit yargılamaya ilişkin bir kısmının iptaline karar vermiştir⁸². Buna göre mahkeme; söz konusu hükümde yer alan "...kovuşturma evresine geçilmiş..." ibaresinin aynı bentte yer alan "... basit yargılama usulü..." yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararının daha önceki yüksek mahkeme içtihatları ile uyumlu olduğunu ifade etmek gerekir⁸³. Anayasa Mahkemesinin sadece "...kovuşturma evresine geçilmiş..." ibaresinin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden iptaline karar vermiş olmasının nedeni ise başvuruda bulunan Adana 20. Asliye Ceza Mahkemesi'nin bakmakta olduğu, derdest dava yönünden başvurmuş olması ve bakılmakta olan davada "...seri muhakeme...", "...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş..." ibarelerinin uygulanma imkanının bulunmamasıdır. Zaten başvuru "1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz" ibaresi yönünden yapılmış olsa da Anayasa Mahkemesi "bakılmakta olan davada iddianamenin kabulü ile kovuşturma aşamasına geçilmiş ve dava derdest durumdadır. Dolayısıyla söz konusu davanın hükme bağlanmamış veya kesinleşmemiş olması nedeniyle anılan bentte yer alan '...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş...' ibaresinin bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir." gerekçesiyle incelemeyi sadece başvuru konusu hükmün "...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş..." ve "...seri muhakeme usulü ile..." ibareleri dışında kalan kısmı bakımından gerçekleştirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 14.01.2021 tarihli bir başka kararı ile CMK geçici m.5/1/d'de yer alan "...hükme bağlanmış..." ibaresinin de "... basit yargılama usulü..." yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna

82 R.G. No: 31218; R.G. Tarihi: 19.8.2020; **Esas Sayısı: 2020/16; Karar Sayısı: 2020/33; Karar Tarihi: 25/6/2020**

83 Bir görüşe göre; Anayasa Mahkemesinin basit yargılama usulünde uygulanan indirimi maddi ceza hukuku kuralıymış gibi değerlendirerek lehe olması sebebiyle geçmişe yürüyeceğine karar vermesi yerinde değildir. Zira söz konusu olan bir usul hükmüdür. Düzenleme yer alan "kovuşturma evresine geçilmiş" ibaresi; 1.1.2020 tarihinde kovuşturma aşamasına geçilmiş ancak henüz duruşması yapılmamış uyuşmazlıklar bakımından basit yargılama usulünün uygulanmasına engel olmaktadır. Oysa derhal uygulama ilkesi bu aşamadaki uyuşmazlıklar bakımından da basit yargılama usulünün uygulanması gerekir. Bu nedenle görüş sahibi iptal kararının gerekçesine katılmamaktadır. Bkz. KOCA, s. 193.



ulaşarak iptaline karar vermiştir⁸⁴. Bu karar gereğince kesin hükme bağlanmamış tüm uyuşmazlıklar bakımından basit yargılama usulünün uygulanması mümkün hale gelmiştir.

SONUÇ

Hukukumuzda kabul edilmiş olan alternatif cezai çözüm yollarından biri de basit yargılama usulüdür. 2019 yılında 7188 sayılı kanun değişikliği ile hukuk sistemimize giren basit yargılama usulü, mahkemelerin iş yükünü azaltmayı, böylelikle mahkemelerin ellerindeki diğer dosyalara daha fazla vakit ayırarak, bunlarla ilgili uyuşmazlıkları daha çabuk çözüme kavuşturmalarını amaçlamaktadırlar. Bu sayede ceza davalısı kişilerin makul sürede yargılanma hakkı da ihlal edilmemiş olacaktır.

Basit yargılama usulü uygulanırken, sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin birçok güvenceden ve anayasal haktan feragat etmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu usulün uygulama alanının anayasal sınırlara uygun olup olmadığı ile ilgili ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Nitekim bu tür kurumlara ciddi ihtiyaç bir olsa da hukuk devletinin bir gereği olarak, bunların anayasal sınırlar içerisinde hükme bağlanması zorunluluktur.

Bu bağlamda mahkemelerin iş yükünün fazlalığı, modern ceza muhakemesinin birçok temel ilkesine istisna getirilerek, bu tür alternatif cezai uyuşmazlık çözüm yollarının ihdasını zorunlu kılmaktadır. Elbette ki bu kurumlara ilişkin olarak hiç kimse, tam bir gönül rahatlığı ile sorunsuz bir sistem öngörüldüğünü söyleyememektedir. Ancak ceza adaleti sistemine ilişkin alınan birçok kararda olduğu üzere, basit yargılama gibi kurumların artı-eksi analizi yapıldığında, zorunluluktan kaynaklı getirilerinin götürülerine nazaran çok daha fazla olduğu görülmektedir. Aksi takdirde mahkemelerin giderek artan iş yükü altında ezilmeleri kaçınılmaz olacaktır. bu bağlamda anayasal sınırlar

84 "İtiraz konusu kural belirli bir tarih itibarıyla hükme bağlanmış dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkumiyet kararı verildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasının öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz kesinleşmiş hükümle sonuçlanmamış, dolayısıyla yeni yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarih itibarıyla hükme bağlanmış dosyalarda uygulanmamasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. Maddesini ihlal eder niteliktedir. Kuralın bu niteliği ve yargılama üzerindeki etkisi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin 25/6/2020 tarihli ve E. 2020/16 K. 2020/33 sayılı kararında ulaştığı sonuçtan ayrılmayı gerektirir bir durum söz konusu değildir." AYM, 14.01.2021, E. 2020/81 K. 2021/4, R.G. No: 31425; R.G. Tarihi: 16.03.2021.



içerisinde kalarak bu tür kurumlara hukuk sisteminde yer verilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Basit yargılama usulü; görece hafif nitelikteki suçlar bakımından öngörülmüş olan, duruşma yapılmaksızın cezai uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan, yazılı beyan esasına göre kurgulanmış, sanığın dolaylı rızasıyla adil yargılanmaya ilişkin birtakım güvencelerden yararlandırılmadığı, mahkemelerin emek ve zaman yönünden tasarrufta bulunmasına hizmet eden özel bir yargılama usulüdür. Bu bağlamda basit yargılama, yazılı beyan ve duruşmasız yargılama esasları üzerine inşa edilmiş bir muhakeme kurumudur. Seri muhakeme usulünün aksine, koşullarının oluşması durumunda basit yargılama usulünün uygulanması zorunlu değildir. Basit yargılama usulünün uygulanmayacağını mahkeme takdir eder.

Ceza muhakemesinde her suçla ilgili olarak basit yargılama usulünün uygulanması mümkün değildir. Genel muhakeme usulüne istisna getiren ve dolayısıyla istisnai nitelikte olan bu kurum, aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere, sadece kanunda belirlenen kapsam dahilindeki suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir. Bilindiği üzere ceza muhakemesinde kıyas kuralı olarak serbesttir. Ancak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelikteki hükümler ile istisnai nitelikteki hükümlerin kıyasen genişletilmeleri mümkün değildir. Basit yargılama usulü kapsamındaki suçların da bu bağlamda kıyasen genişletilmeleri mümkün olmaz.

Ceza muhakemesi bakımından istisnai bir yol olan basit yargılama usulünün uygulanması için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde bu istisnai yolun uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu bağlamda basit yargılama usulünün uygulanma koşulları şu şekildedir;

- Kovuşturmaya geçilmiş olması
- Uyuşmazlığın asliye ceza mahkemesinin görev alanında bulunması
- Muhakeme konusu fiilin oluşturduğu suçun basit yargılama usulüne tabi olması.
- Mahkemenin dosya içeriğinden vicdani kanaate ulaşması
- Suçun basit yargılama usulüne tabi olmayan bir başka suçla birlikte işlenmemiş olması



- Suçun takibinin izne veya talebe bağlı olmaması
- Suçun takibinin izin ve talep dışında tabi olduğu muhakeme şartının gerçekleşmiş olması
- Sanıkta yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinden birinin bulunmaması

Temel bir hak olarak adil yargılanma hakkı ise sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir şekilde yapılmasını ve onun muhakemeye ilişkin haklarının korunmasını teminat altına alır. Söz konusu hak 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesinde hükme bağlandığı gibi, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ise 14. maddesinde bireyler bakımından teminat altına alınmıştır.

AİHS m.6'daki düzenleme dikkate alındığında, adil yargılanma hakkı; *bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkı* olarak tanımlanabilir.

AİHM basit yargılama gibi alternatif çözüm yöntemleri ile isnat altındaki kişiler hakkında mahkumiyet hükmü kurulabilmesini AİHS'nin ve özellikle 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak görmemektedir. Ancak bunun için birtakım koşulların gerçekleşmesini aramaktadır. Aksi takdirde ilgililerin adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu koşullar şu şekilde sıralanabilir;

- *Tam, Açık ve Anlaşılır Şekilde Bilgilendirme*
- *İsnat Altındaki Kişinin Kurumun Uygulanmasına Müdafî Huzurunda Rıza Göstermesi*
- *İlgili Alternatif Çözüm Yolunun Uygulanacağı Suç Tiplerinin Kamusal Menfaat Bakımından Ciddi Derecede Önem Arz Etmemesi*

AİHM de basit yargılama usulü vb. kurumlara ilişkin olarak, önüne gelen değişik davalarda, yukarıda belirttiğimiz koşullara riayet edilmesi durumunda, bir hukuk sisteminde söz konusu kurumlara uygulama alanı tanınmasının sözleşmeye aykırılık oluşmayacağı yönünde kararlar vermektedir. Mahkemeye göre, kural olarak AİHS'de yer alan adil yargılanmaya ilişkin alt haklardan isnat altında bulunan



kimsenin rızasıyla vazgeçemeyeceğine dair bir hüküm sözleşmede yer almamaktadır. Dolayısıyla aydınlatılmış olarak rızası alınan kişiyle ilgili olarak, kamusal menfaat de aksini gerektirmiyorsa, seri muhakeme vb. kurumlarla hüküm kurulması adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır. Bu bağlamda AİHS'nin 6. maddesinin ne ruhu ne de lafzı kişinin adil yargılanmanın belli güvencelerinden, kendi isteğiyle, açıkça veya zımnen vazgeçmesini engellemektedir. Ancak, bir haktan vazgeçmenin AİHS bakımından etkin olması için kişinin bu haktan vazgeçtiği net bir şekilde tespit edilmeli ve bu haktan vazgeçmesine mütenasip asgari güvenceler sağlanmalıdır. Ayrıca, bu durum herhangi önemli bir kamu menfaatine aykırı olmamalıdır.

Hukuk literatüründe sıklıkla ifade edildiği üzere *gecikmiş adalet, adalet değildir*. Buna karşın *adalet de süratle feda edilemeyecek kadar önemli bir değerdir*. Dolayısıyla muhakemeyi çabuklaştırmak amacıyla adil yargılanmaya ilişkin ilkelerden de aşırı derecede taviz verilmemelidir. İkisi arasında bir dengenin sağlanması elzemdir. Basit yargılama usulü de tıpkı seri muhakeme usulü gibi, mahkemelerin iş yükünü azaltmaya ve böylelikle diğer yargılamaları hızlandırmaya yönelik kabul edilmiş kurumlardandır. Bu bağlamda seri muhakeme usulü gibi basit yargılama usulü de adil yargılanma hakkı bakımından ciddi handikapları bünyesinde barındırmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız üzere AİHM, belirli koşullar altında, basit yargılama benzeri usullerin uygulanmasını AİHS'ye aykırı bulmamaktadır. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısmında ve özellikle AY m.38'de yer alan düzenlemelerin bu doğrultuda yorumlanması ve şüphelinin/sanığın, rızasıyla, somut olaylar bakımından bu hakkını kullanmaktan feragat edebileceğinin kabulünün yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Basit yargılama usulünün düzenlendiği CMK m.251 vd., sanığın tam olarak aydınlatılmış onamının alınmasına, avukat güvencesinin bulunmasına ve kamusal düzen bakımından nispeten hafif nitelikteki suçlara ilişkin bir uygulama alanı sağlanmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda basit yargılama usulüne ilişkin hükümler bakımından adil yargılanma hakkı ve diğer anayasal ilkelerle bağlantılı ciddi bir sorun ve ihlal bulunmadığı kanaatini taşımaktayız. Ancak Anayasa mahkemesi daha önceki Yargıtay içtihatlarıyla da uyumlu şekilde, basit yargılama usulünün uygulanmaya başlanacağı zamana ilişkin bir uygulama hükmünün iptaline karar vermiştir. Nitekim



Yargıtay yıllardır yerleşik uygulamasında, temelde ceza muhakemesi kurumu olmakla birlikte, yargılamanın yapılmasına ve cezanın miktarına dolaylı da olsa etkisi olan hukuki kurumları, çifte karakterli (hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku niteliği olan) kurumlar olarak kabul etmektedir. Buna bağlı olarak (şikayet, izin, HAGB gibi) bu tür kurumlara ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında ise lehe kanun uygulaması yapılacağına hükmetmektedir. CMK geçici m. 5/1/d'de şu hükme yer verilmiştir; *"1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulü ile basit yargılama usulü uygulanmaz."* Ancak daha önceki Yargıtay içtihatları doğrultusunda düşünüldüğünde, basit yargılama usulünün uygulanması sanık bakımından cezada indirim sağladığı için CMK m.251 vd. yürürlüğe girdikten sonra, kapsamında yer alan ve kesin hükümle sonuçlandırılmamış tüm uyuşmazlıklar bakımından etkili olmalıdır (Bkz. TCK m.7/2). Bu husus AY m.38'in de bir gereğidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, yukarıda paylaştığımız CMK geçici m.5/1/d hükmünün basit yargılamaya ilişkin bir kısmının iptaline karar vermiştir. Buna göre mahkeme; söz konusu hükümde yer alan *"...kovuşturma evresine geçilmiş..."* ibaresinin aynı bentte yer alan *"...basit yargılama usulü..."* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi 14.01.2021 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararıyla söz konusu hükümde yer alan *"... hükme bağlanmış..."* ibaresini de *"...basit yargılama usulü..."* yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptal kararıyla birlikte kesin hükümle sonuçlandırılmamış tüm uyuşmazlıklar bakımından basit yargılama usulünün uygulanması mümkün hale gelmiştir.



KAYNAKLAR

6. **Madde Rehberi-Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü)**, Avrupa Konseyi-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ortak Yayını, Ankara 2014.

ALDEMİR Hüsnü, **Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

CENGİZ Serkan/DEMİRAĞ Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy/TEZCAN Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara 2008.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.

DEĞİRMENCİ Olgun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 252-252)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S.: 1, 2020.

DONAY Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

DÖNMEZER Sulhi, Ceza Adaleti Sistemimiz Üzerine Düşünceler, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos, 1996.

DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY Feridun, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998”, Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, isimli eserin eki.

ERSOY Uğur, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.: 2, 2020.

FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

GRAF Jürgen-Peter, “StPO § 417 – 420”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, (der. R. Hanning), C. H. Beck, München, 2019.

HEINRICH Bernd, “Rechtstaatliche Mindesgarantien im Strafverfahren”, **Juristische Ausbildung**, S.: 3, 2003.

KARAKEHYA Hakan, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran, 2006.

KATOĞLU Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.



KEZER Ahmet, **30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ve Basit Yargılama Usulü**, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

KIZILARSLAN Hakan, “7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.:183 – 184, 2019.

KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.: 2, 2020.

KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006.

LADWIG Hans-Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı-II”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev.: HAKERİ Hakan), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

PUTZKE Holm/SCHNEIFELD Jörg, “StPO § 413 – 434”, **Münchener Kommentar zur StPO Band 3**, (der. C. Knauer, vd.), C. H. Beck, München, 2019.

SCHROEDER Friedrich-Christian, “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999.

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ŞEN Ersan, **Ceza Muhakemesinde Seri ve Basit Yargılama Usulleri**, <https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-seri-ve-basit-yargilama-usulleri-makale,7039.html> (E.T.: 23.12.2020).

TAŞKIN Ş. Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü**, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, (“*Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*”).

TAŞKIN Şaban Cankat, “7188 Sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu’na Getirilen “Basit Yargılama Usulü” Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.: 1 – 3, 2020, (“*Basit Yargılama Usulü Tespit ve Değerlendirmeler*”).

TEMMING Dieter, “StPO StPO § 417 – 420”, **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, (der. J. Graf), C.H. Beck, München, 2020.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Yargılamalarının Çabuklaştırılması Sorunu**, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos, 1996.



Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

VOLK Klaus, **Grundkurs StPO**, C. H. Beck, München 2005.

YENİSEY Feridun, Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos, 1996.

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

YILMAZ Zahit/APIŞ Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S.: 1, 2020.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

YÜCE Turhan Tufan, "Ceza Muhakemeleri Usulünde İtiraz", **Adalet Dergisi**, S.: 5-6, 1962.



PAY SAHİBİ TARAFINDAN AÇILAN SORUMLULUK DAVASINDA YARGILAMA GİDERLERİNİN PAY SAHİBİ İLE ŞİRKET ARASINDA PAYLAŞTIRILMASI

(MEDENÎ USÛL HUKUKU KAPSAMINDA BİR İNCELEME)

*(Sharing of Judicial Costs Between Shareholder and Company in Derivative
Action Brought by the Shareholder -An Analysis Under Civil Procedure Law-)*

Dr. Öğr. Üyesi Anıl KÖROĞLU¹

ÖZ

Pay sahibi, şirketin uğradığı zararları tazmin etmek için ilgililere karşı sorumluluk davası açabilir. Bu dava medenî usûl hukuku bakımından çeşitli özellikler gösterir. Bu özelliklerden birisi de yargılama giderleri bakımından ortaya çıkar. Mahkeme, bazı durumlarda, yargılama giderlerini davayı kaybeden pay sahibi ile davada yer almayan şirket arasında paylaşırabilir. Mahkemenin bu yönde bir karar verebilmesi için TTK m. 555, II hükmündeki şartların gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu düzenleme, yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK) genel düzenlemeden farklıdır. HMK m. 326, I hükmü uyarınca, yargılama giderlerinden aleyhine hüküm verilen taraf sorumludur. Oysaki TTK m. 555, II hükmündeki şartlar mevcutsa davayı kaybeden pay sahibi yargılama giderlerinin bir kısmından sorumlu tutulmayabilir. Ayrıca, TTK m. 555, II hükmüyle yargılamada taraf olarak yer almayan bir kimse aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesine izin verilmiştir. Böyle bir durum medenî usûl hukukunda istisnaîdir. Çalışmada bu maddenin amacı ve şartları, HMK'nın ilgili maddeleri ile ilişkisi ve davada yer almayan şirketin hukukî dinlenilme hakkı incelenmiş; madde ile hedeflenen amaca ulaşılabilmesi için bazı değişiklik önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, sorumluluk davası, yargılama giderleri, hukukî dinlenilme hakkı, pay sahibi, anonim şirket.

¹ Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. koroglu@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2359-385X



ABSTRACT

A shareholder can file a liability lawsuit against the related parties to compensate the losses incurred by the company. This case shows some features in terms of civil procedure law. One of these features occurs in terms of judicial costs. In some instances, the court may divide the legal fees between the losing shareholder and the company not involved in the lawsuit. In order for the court to make a decision in this direction, the conditions of Turkish Commercial Code (TCC) Article 555, II must be met. TCC Article 555, II is different from the general regulation in the Code of Civil Procedure (CPC) regarding liability for legal expenses. Because contrary to the general rule in Article 326, under TCC Art. 555, II, costs may not be charged against the plaintiff, even if he loses the case. Also, TCC Art. 555, by provision II, it was allowed to charge the costs of the trial against a person who was not a party to the proceedings. Such a situation is exceptional in civil procedure law. In this study, the purpose and conditions of this article, its relationship with the relevant articles of the CPC, and the right of legal hearing of the company not involved in the lawsuit were examined, and some amendment proposals have been presented to achieve the targeted goal with the article.

Keywords: Turkish Commercial Code, Code of Civil Procedure, derivative action, judicial costs, the right to be heard, shareholder, incorporated company.

I. TTK M. 555, II HÜKMÜNÜN AMACI VE UYGULAMA ALANI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 553 üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan kimseler kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludur. Şirket, bu kişilerden söz konusu zararın tazminini isteyebilir (TTK m. 555, I, c. 1). Ayrıca her bir pay sahibi, şirketin uğramış olduğu zararların giderilmesine yönelik ilgisine karşı tazminat davası açabilir (TTK m. 555, I, c. 1). Pay sahibince açılan davada tazminatın ancak şirkete ödenmesi istenebilir. Bu düzenleme ile pay sahibine dava takip yetkisi (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 53)² verilmiştir³. Böyle bir

2 HMK m. 53, I: "Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir."

3 YASAMAN, Hamdi, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilecek Sorumluluk Davaları", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013/2, s. 111; PEKCANITEZ, Hakan/ TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınılık, İstanbul, 2017, s. 598; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ,

yetki verilmesinin nedeni, şirketin bu davayı açmaya yanaşmayabileceği endişesidir⁴. Özellikle sorumluların şirket içindeki güçlü konumları, bu davanın şirket tarafından açılmamasına neden olabilir⁵. Bu durumda pay sahibi bu davayı açmayı düşünebilir. Ancak yüksek miktartlı sorumluluk davalarında⁶, pay sahibinin bu davayı açmakta tereddüt ettiği görülmektedir⁷. Zira davayı kaybeden pay sahibi, yüksek yargılama giderleri ödemek zorunda kalabilir. Pay sahibinin almış olduğu bu riske kıyasla elde edeceği menfaat ise sınırlıdır⁸. Çünkü pay sahibi bu davada şirket lehine hüküm kurulmasını talep etmek zorundadır (TTK m. 555, I, c. 2). Dolayısıyla davanın olumlu sonuçlanmasından doğrudan

Sema/HANAĞASI, Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 269; KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 289; DİŞEL Buse, **Dava Takip Yetkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 155; SULU Muhammed, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019; sonuç olarak aynı yönde bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 137; İsviçre Federal Mahkemesi de pay sahibinde dava takip yetkisinin bulunduğunu söylemiştir (BGE 132 III 342, 351); benzer şekilde bkz. BÖCKLI, Peter, **Schweizer Aktienrecht**, 4. Aufl, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, s. 2446; bu konuda İsviçre hukukundaki tartışmalarla ilgili ayrıntılı olarak bkz. AMSTUTZ, Marc/GOHARİ, Ramin Silvan, **OFK - Orell Füssli Kommentar**, 3. Aufl, Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 756, Rn. 8 ff; konunun kesin hüküm etkisi (HMK m. 303) bakımından ayrıntılı bir incelemesi için bkz. AYOĞLU, Tolga, "Pay Sahipleri ile Alacaklıların 'Dolayısıyla Zarar' Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi", **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak 2009, Y: 7, S. 73, s. 82 vd.

4 Bkz. TTK m. 555'e ilişkin gerekçe.

5 Bkz. TTK m. 555'e ilişkin gerekçe.

6 Uygulamada sorumluluk davalarında dava değerinin yüksek olduğu hakkında bkz. von der CRONE, Hans Caspar/BAUM, Olivier, "Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**, (3) (2016), s. 295; KIRCHSCHLÄGER, Caroline/ROBERTO, Vito, "Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, H. 5/1, 2010, s. 608.

7 KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO, s. 608 vd; benzer şekilde bkz. ÇAMOĞLU, **Sorumluluk**, s. 145; ayrıca bkz. BINDER Andreas/ROBERTO Vito, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV**, 3. Aufl, Hrsg: Vito, Roberto/Hans Rudolf, Trüeb, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 756, Rn. 15, 16; GORDON-VRBA Lucy, **Vielparteienprozesse**, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich, 2007, s. 194; TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 453.

8 BÄRTSCHI, Harald, "Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs", **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII**, Hrsg: Rolf Sethe/Peter R. Isler, Schulthess, Zürich, 2014, s. 59; GRAF, Damian K, "Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht", **Aktuelle Juristische Praxis**, 5/2015, s. 724; BAUMGARTNER, Samuel/DOLGE, Annette/MARKUS, Alexander R./SPUHLER, Karl, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 10. Aufl, Stämpfli, Bern, 2018, s. 210; özellikle küçük pay sahipleri açısından böyle bir durum vardır. Bu yönde bkz. GERİCKE, Dieter/WALLER, Stefan, **Basler Kommentar Obligationenrecht II**, 5. Aufl, Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 756, Rn. 14.



faydalanan şirketin kendisidir. Pay sahibinin zararı ise, şirketin eski malvarlığına kavuşmasıyla dolaylı olarak karşılanmış olur⁹.

Görüldüğü üzere, pay sahibinin karşılaştığı risk ile elde edeceği menfaat arasında bir dengesizlik vardır¹⁰. Üstelik bir pay sahibinin açtığı davayı kazanması, dava açmamış olan diğer pay sahiplerini de olumlu etkileyeceğinden, pay sahipleri bu davanın açılması konusunda içlerinden birisinin harekete geçmesini bekleyebilir¹¹. Bu sebeplerle pay sahiplerince bu tür davaların açılması fiilen zordur. Hâlbuki, bu davanın onlar tarafından açılması hem şirket hem de kanuna ve esas sözleşmeye uygun davranmayan şirket organlarının bu işlemlerinin yaptırımsız kalmaması bakımından önemlidir¹². Bu sebeple, hukuk sistemlerinde pay sahiplerince bu davanın açılmasını teşvik etmek amacıyla çeşitli düzenlemeler mevcuttur¹³.

Pay sahiplerinin bu davayı açmalarını teşvik eden düzenlemelerden biri de davada yüksek yargılama giderleri tehlikesinden pay sahibini korumaktır. Bu düşünceyle 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmayan bir düzenleme yeni Kanun'a getirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 555 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, *"pay sahibinin açtığı davayı hukuki ve maddi sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleriyle avukatlık ücretini, bu giderler davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibiyile şirket arasında, hakkaniyete göre paylaşır."*¹⁴.

Bu düzenleme ile davanın sonucunda karşılaşılabilecek riskler bakımından davacı ile davalı arasındaki dengenin davacı lehine bozulduğu görülmektedir. Çünkü davada davalının haksız çıkması durumunda davalı yargılama giderlerini tek başına ödemek zorunda

9 PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. III, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2566; HELVACI, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Basım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 96; CAN, Mehmet Çelebi, "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, Y. 2017, S. 4, s. 13.

10 von der CRONE/BAUM, s. 296.

11 Karş. ERDEM H. Ercüment, "İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi", **Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 566.

12 ERDEM, s. 566.

13 İsviçre hukukundaki gelişmeler için bkz. aşa. II, VIII; Alman hukukundaki mevcut durum için bkz. aşa. VIII.

14 TTK m. 555, II hükmünün gerekçesi şu şekildedir: *"Paysahibi, uğradığı zarar karşısında hareketsiz kalan şirketin yerine dava açacağı için dava giderlerini düşünüp davadan vazgeçmesini önleme düşüncesiyle ikinci fıkra öngörülmüştür."* TTK m. 555, II hükmü ile hedeflenen amaca ne ölçüde ulaşılacağı, bu hükmün yeterli olup olmadığı aşağıda incelenmiştir. Bkz. aşa. VIII.

iken (HMK m. 326/1), davacının haksız çıkması durumunda yargılama giderleri davacı ile ortaklık arasında paylaşılmaktadır. İlk bakışta silahların eşitliğine aykırı gibi görünen¹⁵ bu düzenlemenin, söz konusu davanın amacı ve davada istenen sonuç düşünüldüğünde gerekli olduğu söylenebilir. Çünkü bu düzenleme ile önemli bir risk almakla birlikte tazminatın ortaklığa ödenmesini talep eden pay sahibinin davadaki konumu davalıya karşı güçlendirilmek istenmiştir. Aksi takdirde, söz konusu davanın hiç açılmaması tehlikesi ortaya çıkardı.

TTK m. 555, II hükmü, pay sahipleri tarafından açılacak olan sorumluluk davalarında uygulanır. Bu maddenin ayrıca başka bir dava için de uygulama alanına sahip olduğu görülmektedir. TTK m. 202, I hükmü kapsamında, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanarak bağlı şirketi zarara uğratması durumunda, alacaklılar ve pay sahipleri bu zarardan kaynaklanan tazminatın bağlı şirkete ödenmesi talebiyle dava açabilirler (TTK m. 202)¹⁶. Açılacak bu davalarda TTK m. 555 hükmünün de uygulanacağı düzenlenmiştir (TTK m. 202, I-e). Dolayısıyla bu davalarda yargılama giderlerinin paylaşılması bakımından TTK m. 555, II hükmü de uygulama alanı bulacaktır. O hâlde, pay sahipleri tarafından TTK m. 555 hükmü kapsamında açılan sorumluluk davalarındaki yargılama giderleri için yapacağımız tespitler sözü edilen bu davalar için de kural olarak geçerli olacaktır.

II. TTK M. 555, II HÜKMÜNÜN KAYNAĞI OLAN İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ DURUM

TTK m. 555, II hükmü İsviçre Borçlar Kanunu'nun 756 ncı maddesinin ikinci fıkrasından¹⁷ aynen alınmıştır. Son on yılda bu maddede düzenlenen kural ile ilgili İsviçre hukukunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. TTK m. 555, II hükmünün kaynağının İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu madde olduğu düşünüldüğünde, İsviçre hukukundaki durumla ilgili bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

15 Davadaki riskler bakımından iki taraf arasında eşit bir durumun bulunması gerektiği hakkında ayrıntılı olarak bkz. HANAĞASI, Emel, **Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 41; aynı yönde bkz. BVerfGE 52, 131; BEURSKENS, Michael, **Privatrechtliche Selbsthilfe**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, s. 51, dn. 106.

16 Bu konuda genel olarak bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, "Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2, s. 20 vd.

17 Hüküm şu şekildedir: "Hatte der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage, so verteilt der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft."



İsviçre Borçlar Kanunu'nun 756 ncı maddesinin ikinci fıkrası, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medenî Usûl Kanunu (Sch. ZPO) ile yürürlükten kaldırılmıştır¹⁸. Bunun nedeni, İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 107 nci maddesinin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 756 ncı maddesinin ikinci fıkrasını karşıladığının düşünülmesidir¹⁹. Nitekim bu durum Medenî Usûl Kanunu'nun gerekçesinde ifade edilmiştir²⁰. Ancak yürürlükten kaldırılan hükümde davada taraf olarak yer almayan şirket aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebileceği düzenlenmişken, İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda buna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir²¹. Dolayısıyla 107 nci maddenin, yürürlükten kaldırılan hükmü karşılamaktan uzak olduğu anlaşılmıştır²². Söz konusu durum, İsviçre hukukunda tartışmalara neden olmuştur²³ ve nihayet 1 Ocak 2021 tarihinden itibaren yürürlükte olan yeni hükümle bu eksiklik giderilmiştir²⁴. Bu yeni hükme göre, şirket dışında bir kimsenin şirket lehine bir edaya hükmedilmesini talep ettiği (şirketler hukukuna ilişkin) davanın reddedilmesi durumunda, mahkeme yargılama giderlerini hakkaniyete göre davacı taraf ile şirket arasında paylaşabilir.

Esasen bu düzenleme yürürlükten kalkan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 756 ncı maddesinin ikinci fıkrası ile birebir aynı değildir. Burada dikkat çeken bir fark, yeni düzenleme ile sadece sorumluluk davası için değil, şirket lehine bir edaya hükmedilmesinin talep edildiği diğer davalar için genel bir kural getirilmesidir²⁵. Ayrıca yeni düzenleme ile eski düzenleme arasında başka farklılıklar da mevcuttur. Örneğin, eski düzenlemede

18 GERICHKE/WALLER, Art. 756, Rn. 15a; RUEGG, Viktor/RUEGG, Michael, **Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 3. Aufl, Hrsg: Karl, Spühler/Luca, Tenchio/Dominik, Infanger, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, Art. 107, Rn. 10; AMSTUTZ/GOHARI, Art. 756, Rn. 14; BINDER/ROBERTO, Art. 756, Rn. 16.

19 BINDER/ROBERTO, Art. 756, Rn. 16.

20 BBl 2006 7221, 7297; bu konuda ayrıca bkz. ZOTSANG, Dheden C, **Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Schulthess, Zürich, 2015, s. 213.

21 RUEGG/RUEGG, Art. 107, Rn. 10; BÖCKLI, s. 2448 vd; DASSER, Felix/ROTH, David, "Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen", **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII**, Hrsg: Rolf Sethe/Peter R. Isler, Schulthess, Zürich, 2014, s. 290; von der CRONE/BAUM, s. 295; ZOTSANG, s. 213.

22 Bu konuda bkz. BGE 141 III 426.

23 Bu konuda bkz. BÖCKLI, s. 2448 vd; DASSER/ROTH, s. 290; AMSTUTZ/GOHARI, Art. 756, Rn. 14; KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO, s. 612; RUETSCHI David, "Gesellschaftsrecht und neue ZPO", **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII**, Hrsg: Peter V Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Stämpfli, Bern, 2012, s. 235.

24 Sch. ZPO Art. 107, Abs. 1bis: "Das Gericht kann die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei aufteilen."

25 RUETSCHI, s. 235.

yargılama giderlerinin davada yer almayan şirkete yüklenebilmesi için “maddi ve hukukî durumun” bunu gerektirmesi şartı mevcuttu. Yine eski maddede, yargılama giderlerinin davada yer almayan şirkete yüklenebileceği durum olarak “davalıya yargılama giderlerinin yüklenmesinin mümkün olmaması” ifadesi varken; yeni maddede sadece “davanın reddi halinde” denilmiştir. Ancak bu farklılıklara rağmen, öğretilerde yeni düzenlemenin içerik olarak eski düzenlemeyi karşıladığı ifade edilmiştir²⁶.

İsviçre’de bu düzenlemenin yanında bu davanın pay sahibi tarafından açılmasını teşvik etmek amacıyla yine yargılama giderlerinden sorumlulukla ilgili çeşitli hazırlıkların yapıldığı görülmektedir. Bu konudaki gelişmelere aşağıda değinilmiştir²⁷.

III. TTK M. 555, II’DE GEÇEN “DAVA GİDERİ” İLE “AVUKATLIK ÜCRETİ” KAVRAMLARINDAN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ

TTK m. 555, II hükmünün şartları ve sonuçları tespit edilmeden önce bu hükümde yer alan “dava gideri” ile “avukatlık ücreti” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır.

Söz konusu kavramlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile uyum arz etmemektedir. TTK m. 555, II hükmünde geçen dava gideri ifadesi, HMK’ya yabancıdır. Çünkü bu Kanun’da “dava gideri” yerine “yargılama giderleri” kavramı kullanılmaktadır. Nitekim Kanun’un yedinci kısmının birinci bölümü “yargılama giderleri” başlığını taşımaktadır. Yine 1086 sayılı mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda (HUMK) da “masarifi muhakeme” ifadesi kullanılmaktaydı. Görüldüğü üzere, TTK m. 555, II hükmünde geçen “dava gideri” ne HUMK ne de HMK’daki terminoloji ile uyumludur. Bununla birlikte, söz konusu maddede geçen dava gideri ifadesinin HMK’da düzenlenen yargılama giderleri şeklinde anlaşılması gerektiği konusunda bir tereddüt olmamalıdır.

“Dava gideri” kavramından farklı olarak, TTK m. 555, II hükmünde geçen “avukatlık ücreti” ifadesi anlam bakımından karışıklığa neden olabilecek niteliktedir. Acaba bu ifade ile avukat ile müvekkili arasında yapılan sözleşmeye göre, sunacağı hukukî hizmet karşılığında avukatın müvekkilinden alacağı ücret mi, yoksa avukatın davada sunmuş olduğu hizmet karşılığı Kanun tarafından belirlenen ve davanın kazanılması

26 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 16; GRAF, s. 728.

27 Bkz. aşa. VIII.



durumunda kural olarak karşı tarafın sorumlu olduğu ücret mi (HMK m. 323, I-ğ) anlaşılmalıdır? Madde gerekçesinde bir açıklama yoktur. HMK'da yargılama giderlerinin kapsamı 323 üncü maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkranın (ğ) bendine göre, “*vekilile takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti*”, yargılama giderlerinden sayılmıştır²⁸. TTK m. 555, II hükmünde dava giderinden sonra ayrıca avukatlık ücreti denilmiştir. Eğer söz konusu avukatlık ücreti, yargılama gideri kapsamında kalan ücret olsaydı ayrıca belirtilmesine lüzum olmazdı. Gerçi TTK m. 555, II hükmü yorumlanırken, TTK ile yakın tarihlerde kabul edilen HMK'nın dikkate alınmasının doğru olmayacağı; bu durumda HUMK hükümlerinin göz önünde bulundurulmasının daha isabetli olacağı iddia edilebilir. Ne var ki, HUMK'ta da yargılama giderlerinin kapsamına vekâlet ücreti girmektedir (m. 423/1). Yani bu konuda HUMK ile HMK arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu gerekçeden yola çıkılarak, TTK m. 555, II hükmünde geçen avukatlık ücretinden, avukat ile müvekkili arasında yapılan sözleşmeye göre, sunacağı hukukî hizmet karşılığında avukatın müvekkilinden alacağı ücretin kastedildiği ileri sürülebilir. Bu görüşün aleyhine olarak, sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca, avukat ile müvekkil (pay sahibi) arasında belirlenen ücretin üçüncü kişiyi (şirket) bağlamaması gerektiği iddia edilebilir²⁹. Ne var ki, ilk yaklaşımın

28 Bu hükümle kastedilen, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin beşinci fıkrasındaki durumdur. Söz konusu hükme göre, “*dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir.*”

29 Avukatlık Kanunu'nun 165 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve taksiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar.*” Yakın tarihli bir içtihadı birleştirme kararında maddede geçen “*avukat ücreti*”nden ne anlaşılması gerektiği hakkında, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi de göz önünde bulundurulurken şu tespit yapılmıştır: “[...] Yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler birlikte değerlendirildiğinde: belli bir hukuki yardım karşılığında avukat ile iş sahibi arasında yapılan sözleşme ilişkisinden kaynaklanan “*akdi vekâlet ücretinden*” dolayı bu ilişkinin tarafı olmayan, koşullarını belirleme imkânına sahip bulunmayan üçüncü kişi konumundaki karşı tarafın/hasımın sorumlu tutulmasının, borçlar hukukunun en temel prensiplerinden biri olan sözleşmelerin nisbiliği ilkesine ve Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Aksi takdirde, özel hukuk taraflara sadece kendi hakları üzerinde tasarruf yetkisi ve imkânı tanıdığı, sözleşme ilişkisinin dışındaki üçüncü bir kişi (hasım) aleyhine borç ihdas edilmiş olacaktır ki, böyle bir durumun hukuk düzenince kabul edilmesi mümkün değildir [...] Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinde düzenlenen “*ücret dolayısıyla müteselsil sorumluluk*” hâllerinden olan “*sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanan ve taksiz bırakılan işlerde*” karşı tarafın avukatı lehine her iki tarafın müteselsil olarak ödenmesinden sorumlu olacağı avukatlık ücreti kapsamına avukat ile iş sahibi arasında yapılan avukatlık ücret sözleşmesine göre avukata ödenmesi gereken akdi vekâlet ücretinin dâhil olmadığına 05.10.2018 tarihinde yapılan üçüncü toplantıda oy çokluğu ile karar verildi [...]” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 5.10.2018, E. 2017/6, K. 2018/9 (RG T. 20.03.2019 – S. 30720).

hükmün lafzına ve amacına daha uygun olacağı kanaatindeyim. Zira TTK m. 555, II hükmü, dava sebebiyle ortaya çıkacak masrafların yüksek olması sebebiyle pay sahibinin bu davayı açmayabileceği endişesiyle getirilmiştir. Yargılama giderlerinin yanında söz konusu dava sebebiyle ortaya çıkacak önemli bir masraf da pay sahibinin kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda avukata ödeyeceği ücret olacaktır. Bu bakımdan eğer TTK m. 555, II hükmündeki avukatlık ücreti, avukat ile müvekkili arasında yapılan sözleşmeye göre, avukatın müvekkilinden alacağı ücret şeklinde anlaşılırsa, davacı pay sahiplerinin karşılaşılabileceği masraf riski de azaltılmış olacaktır. Böyle bir sonuç, sorumluluk davasında talep edilen şeye de uygundur. Zira bu davada tazminatın şirkete ödenmesi istenir. Dolayısıyla davanın kazanılması durumunda bundan faydalanacak olan şirketin davanın kaybedilmesi durumunda buna ilişkin avukatlık ücretinden de sorumlu tutulabilmesi uygun ve dengeli bir çözüm olur. Öte yandan bazı durumlarda davalı taraf da karşı tarafın avukatı ile kararlaştırdığı ücreti ödemeye mahkûm edilebilir. Nitekim HMK'da, dürüstlük kuralına aykırılığın bir yaptırımı olarak³⁰ bir tarafın diğer taraf ile avukatı arasında yapmış olduğu sözleşmedeki ücretten sorumlu olacağı düzenlenmiştir (m. 329, I, c. 1). Bu hükme göre, *“kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir”*. Dolayısıyla mahkeme, davacının (pay sahibinin) avukatıyla aralarında kararlaştırdıkları avukatlık ücretinin tamamını veya bir kısmını, söz konusu hüküm kapsamında kötüniyetli olduğunu tespit ettiği davalının ödemesine karar verebilir.

IV. TTK M. 555, II HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

A. Yargılama Giderinin Davalıya Yüklenemeyeceği Bir Durumun Bulunması

Davacı ile davada taraf olarak yer almayan şirket aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilmesinin ilk şartı, yargılama giderlerinin davalıya yükletilmeyeceği hâllerin varlığıdır. Bu hallerden biri, doğal olarak, davalının davayı kazanmasıdır. Çünkü yargılama giderlerini kural olarak aleyhine hüküm verilen taraf karşılar (HMK m. 326/1).

³⁰ Söz konusu kural HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde de mevcuttu (m. 421). Bu düzenlemenin dürüstlük kuralının bir yaptırımı olduğu hakkında ayrıntılı olarak bkz. ÖZEKES, Muhammet, *“Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Adına Hükmedilecek Vekalet Ücreti”*, *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2005/1, s. 32 vd.



Davayı kaybeden davalı bazı durumlarda yargılama giderlerini ödemekle sorumlu tutulamaz. Davalı davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez (HMK m. 312/2). Bu durum, TTK m. 555 II'de ifade edilen "*yargılama giderlerinin davalıya yükletilemeyeceği hâller*" den biridir.

HMK m. 327, I hükmüne göre, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Acaba pay sahibinin HMK m. 327, I hükmüne göre sorumlu olacağı yargılama giderleri pay sahibi ile şirket arasında paylaşılabilir mi? Kanaatimce söz konusu giderlerden pay sahibi tek başına sorumlu tutulmalıdır. Çünkü TTK m. 555, II hükmünün uygulanabilmesi, "*yargılama giderlerinin davalıya yükletilemeyeceği hâller*"in mevcudiyeti şartına bağlanmıştır. HMK m. 327, I hükmü ise bu kapsamda değildir. Zira HMK m. 327, I hükmünde gerçekleşen durumda bile davalının yargılama giderlerinden olan karar ve ilâm harcını ödemesi gerekmektedir. Ayrıca HMK m. 327, I, davayı gereksiz yere uzatan veya gider yapılmasına sebep olan tarafa, bu hareketine karşılık olarak bir yaptırım getirmektedir. Bu yaptırımın, buna neden olan işlemi yapmayan ve davada yer almayan şirket için uygulanması doğru olmaz. Varılan bu sonuç TTK m. 555, II hükmünün amacı ile çelişmez. Başka bir anlatımla, bu sonuç pay sahibinin olası yargılama giderleri riski sebebiyle bu davayı açmasının önünde büyük bir engel teşkil etmez. Çünkü HMK m. 327, I hükmünde davayı kazanan taraf sadece karar ve ilam harcı dışında kalan giderlerden sorumlu tutulmuştur. Bilindiği üzere, kural olarak, bir dava sebebiyle ortaya çıkacak olan masrafların önemli bir miktarı dava konusunun değerine göre belirlenen ve bir kısmı dava açılırken peşin olarak ödenen karar ve ilâm harcına ilişkindir (Harçlar Kanunu m. 28, I-a). Oysaki HMK m 327, I'e göre, karar ve ilâm harcından sorumlu olacak olan taraf yine genel kural gereği davayı kaybeden taraftır.

B. Hukukî ve Maddî Sebeplerin Pay Sahibini Haklı Göstermesi

Davacı ile davada taraf olarak yer almayan şirket aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilmesinin diğer bir şartı, hukuki ve maddi sebeplerin pay sahibinin açtığı davayı haklı göstermesidir. Söz konusu şart, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yürürlükten kalkan 756 ncı maddenin ikinci fıkrasında da mevcuttu. Yeni düzenlemede (Sch. ZPO Art. 107, Abs.

İbis) böyle bir ifade yer almamaktadır. Ancak öğretide yeni hükmün içerik yönüyle eski hüküm gibi değerlendirileceği ifade edilmiştir³¹.

Hukukî ve maddî sebeplerin pay sahibini bu davayı açmakta haklı gösterebilmesi için, pay sahibinin bu davayı özellikle şirketin menfaati için açmış olduğunun tespit edilmesi gerekir³². Ayrıca pay sahibi, sorumluluk sebebinin varlığı konusunda edinmiş olduğu izlenim üzerine bu davayı açmış olmalıdır³³. Bu izlenimi elde etmek için bu konuda araştırma yapması gerekir³⁴. Bu araştırma kapsamında pay sahibinden, bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 437) çerçevesinde gerekli işlemlerde bulunması beklenmektedir³⁵.

V. DAVADA YER ALMAYAN ŞİRKETİN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI

Bir davada kural olarak sadece davanın tarafları yargılama giderlerinden sorumludur³⁶. TTK m. 555, II hükmü, davada taraf olarak bulunmayan kimse aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilmesi yönüyle medenî usûl hukuku açısından istisnâî niteliktedir³⁷.

Pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasında taraf olarak bulunmayan şirket, davanın sonunda aleyhine yargılama giderleri

31 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 16; GRAF, s. 728.

32 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 16; GORDON-VRBA, s. 194; NIKITINE Alexander, **Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide**, Dike, Zürich, 2007, s. 92; URWYLER Adrian, "Prozesskostenverteilung, insbesondere Verteilung nach Ermessen", **Haftpflichtprozess 2015**, Hrsg: Walter, Fellmann/Stephan Weber Schulthess, Zürich, 2015, s. 147, dn. 27; KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO, s. 610, 611.

33 BÖCKLI, s. 2449;

34 BÖCKLI, s. 2449;

35 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 16; BÖCKLI, s. 2448; URWYLER, s. 147, dn. 27.

36 TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1094; ATALAY, Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2405.

37 Gerçi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davada taraf olarak yer almayan kimselerin aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebileceğine ilişkin bazı maddelerin bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu durumlardan birisi dava konusunun devrine ilişkin düzenlemedir (HMK m. 125). Bu düzenlemeye göre, davacı dava konusunu devreden tarafla olan davasını bırakıp, devralan kişiye karşı devam ettiği davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur (HMK m. 125, I-a). Yine dava konusunu devredip davadan ayrılan kimse, devralan davacının davayı kaybetmesi durumunda yargılama giderlerinden davacı ile birlikte sorumlu olur (HMK m. 125, II). Davanın tarafı olmayan kimsenin yargılama giderlerine hükmedilebileceği diğer bir örnek vekâletname olmadan dava açılması durumunda ortaya çıkar. Vekâletnamesiz işlem yapmasına izin verilen ancak haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde vekâletname ibraz etmeyen avukatın aleyhine yargılama giderlerine hükmedilir (HMK m. 77, II).



ödeme tehlikesiyle karşılaşabilir. Böylece davada yer almayan şirket hakkında yargılama giderleriyle sınırlı olsa da bir hüküm kurulacaktır. Bu nedenle şirketin davada belli ölçüde hukukî dinlenme hakkına³⁸ sahip olması gerekir³⁹.

Pay sahibinin açtığı sorumluluk davasında şirkete, hukukî dinlenme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkı tanınmalıdır⁴⁰, ⁴¹. Bu açıklama hakkı, uyumsuzluğun esası hakkında açıklama yapılabileceği anlamına gelmez⁴². Şirkete sadece yargılama giderleri bakımından bir açıklama hakkı verilmelidir⁴³. Örneğin, şirket TTK m. 555, II hükmündeki şartlardan birisinin gerçekleşmemesi sebebiyle aleyhine hüküm kurulamayacağı iddiasına bulunabilir. Bunun dışında, özellikle uyumsuzluğun esası hakkında iddia ileri sürmek ve bu kapsamda delil sunmak için, onun davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılması gerekir⁴⁴.

Şirket, kendisi aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi durumunda, yargılama giderleri bakımından söz konusu hükme karşı istinaf (HMK m. 341) yoluna başvurabilir. Şirket, istinaf dilekçesinde davanın esası hakkında yanlış karar verildiğini iddia edemeyip; sadece aleyhine yargılama giderleri hükmedilmesinin TTK m. 555, II hükmüne aykırı olduğunu ileri sürebilir.

38 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasına göre, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukukî dinlenme hakkına sahiptir.

39 KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO, s. 610; dava takip yetkisinin üçüncü kişiye ait olduğu durumlarda hak sahibinin belli ölçüde hukukî dinlenme hakkının bulunduğu yönünde genel olarak bkz. ÖZEKES, Muhammet, **Hukukî Dinlenme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 295; BUDAK, Ali Cem, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Beta, İstanbul, 2000, s. 43; ERİŞİR, Evrim, **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007, s. 86; dava konusunun devri durumunda davada yer almayan kişi aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebileceği yukarıda (bkz. dn. 37) belirtilmişti. Öğretide, davadan ayrılan eski davalıya, aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebileceği için duruşmalarda bulunma imkânı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir (KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. III, 6. Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001, s. 3835 vd).

40 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 17; WIDMER, Peter, "Die Verantwortlichkeit", **Aktuelle Juristische Praxis**, 6/1992, s. 797.

41 Dava takip yetkisinin üçüncü kişiye ait olduğu durumlarda hak sahibine davada görüşünü açıklayabilme imkânı verilmesi gerektiği, aksi takdirde hukukî dinlenme hakkının ihlâl edilebileceği yönünde genel olarak bkz. ÖZEKES, s. 295.

42 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 17; WIDMER, s. 797.

43 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 17; WIDMER, s. 797.

44 GERICKE/WALLER, Art. 756, Rn. 17; şirketin bu davaya fer'î müdahil olarak katılabileceği yönünde bkz. VI.



VI. ŞİRKETİN SORUMLULUK DAVASINA FER'Î MÜDAHİL OLARAK KATILMASI DURUMUNDA YARGILAMA GİDERLERİ

Pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasına şirketin fer'î müdahil olarak katılıp katılamayacağı ve katılacağına kabul edilmesi durumunda bunun yargılama giderlerine etkisi tespit edilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir. İncelediğimiz konu ile ilgili olarak açıklanması gereken ilk mesele, taraflardan birinin davayı kaybetmesi durumunda, davada yer almayan üçüncü kişinin aleyhine yargılama giderlerine hükmedilecek olmasının, üçüncü kişinin davaya fer'î müdahil olarak katılabilmesi için yeterli bir sebep teşkil edip etmeyeceğidir. Bu husus genel olarak öğretilerde tartışmalıdır⁴⁵. Katıldığımız görüşe göre⁴⁶, yargılama giderleri davanın esasıyla ilgili bir durum olmayıp, üçüncü kişinin müdahaledeki yararı burada sadece maddî yararlarla sınırlıdır⁴⁷. Dolayısıyla üçüncü kişi aleyhine yargılama giderlerine hükmedilecek olması, ona davada fer'î müdahil olarak yer alma hakkı vermez⁴⁸. Ne var ki, inceleme konumuzda özellik arz eden başka bir durum daha vardır. Şirketin, pay sahibinin açmış olduğu sorumluluk davasındaki yararı sadece aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesinin önüne geçmekle sınırlı değildir. Çünkü pay sahibi tarafından açılan davada tazminatın şirkete ödenmesi istenir. Dolayısıyla bu davanın kazanılması durumunda şirket, kendi zararını da tazmin etmiş olacaktır. Bu bakımdan şirketin fer'î müdahil olmasında hukukî yararının bulunduğunu söylemek gerekir⁴⁹.

HMK m. 328, I hükmünün birinci cümlesine göre; *“Fer'î müdahil olarak davada yer alan kimse, yanında katıldığı taraf haksız çıkarsa, yalnızca fer'î müdahale giderinden sorumlu tutulur, aksi hâlde bu giderler diğer tarafa*

45 Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı olarak bkz. PEKCANITEZ/MERİÇ, s. 160.

46 PEKCANITEZ/MERİÇ, s. 160.

47 Fer'î müdahale talebinin kabul edilmesi için sadece maddî (ekonomik) yararın yeterli olmayacağı hakkında bkz. PEKCANITEZ/MERİÇ, s. 160, ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 153; Alman hukuku için ayrıca bkz. ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, **Zivilprozessrecht**, 18. Aufl, C.H.Beck, München, 2018, § 50, Rn. 13.

48 Karşı görüş için BÖRÜ, Levent, **Dava Konusunun Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012., s. 345.

49 Dava takip yetkisinin üçüncü kişiye tanınmış olduğu durumlarda, hak sahibinin davaya fer'î müdahil olarak katılabileceği yönünde genel olarak bkz. DİŞEL, s. 204 vd.



yükletilir.” HMK m. 328, I, bu konuda genel bir kural getirdiği için, TTK m. 555, II hükmündeki özel kuralı ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasında pay sahibinin yanında fer’î müdahil olarak katılan şirket, pay sahibinin davayı kaybetmesi durumunda fer’î müdahale giderinden sorumlu olmasının yanında (HMK m. 328/1, c. I), TTK m. 555, II hükmündeki şartların varlığı hâlinde ayrıca yargılama giderlerinden de sorumlu olacaktır.

HMK m. 328, I, c. 2 hükmüne göre, *“Ancak, hüküm üçüncü kişinin katıldığı taraf lehine verilmiş olsa bile, lehine hükmolunan tarafın hâl ve davranışı, üçüncü kişinin davaya katılmasını gerektirmişse, müdahale giderinin tamamı veya bir kısmı, lehine hüküm verilen tarafa yükletilebilir”*. Bu hükümde belirtilen şartlar gerçekleşmişse, açmış olduğu sorumluluk davasını kazanan pay sahibi müdahale giderinin tamamı veya bir kısmından sorumlu tutulabilir.

VII. YARGILAMA GİDERLERİNİN PAY SAHİBİ İLE ŞİRKET ARASINDA HAKKANİYETE UYGUN ŞEKİLDE PAYLAŞTIRILMASI

TTK m. 555, II hükmündeki şartların varlığı hâlinde, yargılama giderleri davacı ile davada yer almayan şirket arasında paylaşılır. Hükümde, paylaşırmanın hakkaniyete uygun bir şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Bu paylaşırma yapılırken özellikle şu hususlar göz önünde bulundurulmalıdır:

Davacının sahip olduğu pay adedi dikkate alınmalıdır. Bu davanın açılması özellikle küçük pay sahipleri için daha risklidir⁵⁰. Ayrıca küçük pay sahibinin bu davada elde edeceği menfaat de daha sınırlıdır⁵¹. O hâlde, yargılama giderini paylaşırırken dava açan pay sahibinin pay adedi de dikkate alınarak, küçük pay sahibinin yüksek miktarda yargılama gideri ödemesine karar verilmemesi gerekir.

Yargılama giderinin paylaşırılmasında şirkete ödenecek tazminat miktarı da dikkate alınmalıdır⁵². Bu durum davacının kısmen haklı bulunması hâlinde özellik arz eder. HMK m. 326, II hükmüne göre, davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır. Pay sahibinin talep etmiş olduğu tazminat miktarının bir kısmı kabul edilmiş olup da kabul edilen kısmın

50 Karş. GERİCKE/WALLER, Art. 756, Rn. 14.

51 Yargılama giderinin paylaşırılmasında mahkemenin davacı pay sahibinin elde edeceği menfaati de dikkate alması gerektiği yönünde bkz. TEKİNALP, s. 453.

52 TEKİNALP, s. 453.

yüksek olması hâlinde, reddedilen miktara ilişkin yargılama giderleri pay sahibi yerine şirkete yüklenebilir. Çünkü davacı pay sahibinin girişimi sayesinde şirket lehine yüksek miktarda tazminata hükmedilmiştir.

TTK m. 555, II hükmünde yargılama giderlerinin davacı ile şirket arasında paylaşılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimce bu hükümde geçen “*paylaştırma*” kelimesi, her durumda en azından davacının da belli bir miktarda yargılama giderine mahkûm edileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Eğer TTK m. 555, II hükmündeki şartlar gerçekleşmiş olursa, yargılama giderinin tamamının şirket tarafından ödenmesine karar verilmesi öncelikli olarak düşünülmelidir. Bu şekilde yaklaşım hükmün amacı ve sorumluluk davasındaki isteme uygun olacaktır.

VIII. YARGILAMA GİDERLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN MEVCUT DÜZENLEMENİN AMACI KARŞILAMAK İÇİN YETERLİ OLUP OLMADIĞI

A. İsviçre ve Alman Hukukunda Durum

Yargılama giderlerinin davacı pay sahibi ile şirket arasında paylaşılmasına ilişkin düzenleme, yargılama giderleri riskini azaltarak pay sahibi açısından davayı cazip kılmaktadır. Ancak bu düzenleme ile yargılama giderleri bakımından ortaya çıkan riskin tamamen ortadan kalktığı söylenemez⁵³. Burada öncelikle TTK m. 555, II hükmünün kaynağı olan İsviçre’de bu konuya ilişkin düşünceler ve 28 Kasım 2014’te yayınlanan ve şirketler hukukunda bazı değişiklikler içeren taslakta⁵⁴ getirilen sistem anlatılacaktır.

Düzenlemeye ilişkin ilk eleştiri, yargılama giderlerinin şirket ile pay sahibi arasında paylaşılması konusunda mahkemenin takdir hakkının bulunmasıdır⁵⁵. Düzenleme, bu yönüyle pay sahibi bakımından bir ölçüde risk barındırır⁵⁶. Çünkü mahkemenin buradaki takdir hakkını ne şekilde kullanacağı davacı tarafından tam olarak öngörülemeyeceğinden⁵⁷, davanın sonunda yargılama giderlerinin nasıl paylaşılacağı onun açısından belirsiz kalmaktadır⁵⁸.

53 BINDER/ROBERTO, Art. 756, Rn. 17.

54 <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html>

55 BINDER/ROBERTO, Art. 756, Rn. 17; GORDON-VRBA, s. 194.

56 BINDER/ROBERTO, Art. 756, Rn. 17; GORDON-VRBA, s. 194.

57 FISCHER Marc Pascal, *Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögenübertragung*, Dike, Zürich, 2007, s. 204.

58 BINDER/ROBERTO, Art. 756, Rn. 17; GORDON-VRBA, s. 194.



Düzenleme, ayrıca davanın başında ortaya çıkan çeşitli giderlerden davacıyı koruyamamaktadır⁵⁹. Burada özellikle davada (yatırılması gerekiyorsa) teminatın üzerinde durulmaktadır⁶⁰. Teminatın miktarının yüksek olduğu durumlarda davacı bu davayı açmakta tereddüt edebilir⁶¹. Bu durumun çözümü olarak öğretide, pay sahibinin şirket lehine açtığı davalarda teminat şartının aranmaması şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiği söylenmektedir⁶².

İsviçre hukukunda mevcut düzenlemeye getirilen eleştirilerin belli başlı olanları bu şekildedir. Burada ayrıca 28 Kasım 2014'te yayınlanan ve şirketler hukukunda bazı değişiklikler içeren taslakta getirilen sistem (Art. 697j ve Art. 697k) üzerinde de durulmalıdır. Öncelikle düzenleme sadece sorumluluk davasını kapsamayıp, şirket lehine bir şeyin yapılması için pay sahiplerinin talepte bulunabileceği tüm davaları ilgilendir. Belli bir pay oranına sahip olan pay sahibi önce Art. 697j hükmündeki prosedürü; bu prosedürden bir sonuç alamazsa Art. 697k hükmündeki prosedürü kullanmalıdır. Buna göre, pay sahibi bu davanın açılmasını genel kuruldan talep eder⁶³. Genel kurul bu talebi reddederse (veya kabul etmekle birlikte altı ay içinde bu davayı kendisi açmazsa), pay sahibi bu davalardaki (örneğin, sorumluluk davası) yargılama giderlerinin şirket tarafından karşılanması için mahkemeye başvurabilir. Mahkeme çeşitli durumların varlığı halinde bu talebi kabul eder. Bu konuda karar verilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

i. Pay sahibi, kanun veya esas sözleşmeye aykırılığı ve bundan ötürü bir zarar doğduğunu gerçeğe yakın bir şekilde ("*Glaubhaftmachung*")⁶⁴ ortaya koymalıdır.

ii. Pay sahibi, iddia etmiş olduğu hukuka aykırı işlemi öğrenmesinden önce payını edinmiş olmalıdır⁶⁵.

iii. Açılacak dava şirketin üstün menfaatlerini zedelememelidir.

59 NIKITINE, s. 92.

60 NIKITINE, s. 92; von der CRONE/BAUM, s. 296.

61 von der CRONE/BAUM, s. 296.

62 von der CRONE/BAUM, s. 296. Yazarlar genel olarak pay sahiplerinin şirket lehine açtıkları bütün davalar için bunu önermektedir.

63 Düzenlemeye göre, bu talep sadece belli bir pay çoğunluğuna sahip pay sahipleri tarafından ileri sürülebilir.

64 Söz konusu talebin haklılığı bakımından ispat ölçüsü düşürülmüştür. Dolayısıyla tam ispat aranmaz.

65 Bu şartın isabetli olmadığı hakkında bkz. GRAF, s. 726.



Mahkeme, talebi incelerken şirketi de dinler. Şirket, mahkemeye bu davayı açacağını beyan ederse, kendisine altı aylık (veya duruma göre daha uzun) süre verilir ve süresi içinde dava açılmazsa pay sahibinin talebinin kabul edeceği ihtar edilir. Mahkeme pay sahibinin yargılama giderlerine ilişkin talebini kabul ederse, pay sahibi altı ay (veya duruma göre daha uzun bir süre) içinde esas davasını açabilir. Şirket, pay sahibi tarafından açılacak davada artık yargılamaya ilişkin avans ve bazı masrafları karşılamak durumunda kalır.

İsviçre’de söz konusu taslaktaki sistemin bir benzeri, Alman Anonim Şirketler Kanunu’nun 148 inci maddesinde mevcuttur. Belli bir pay oranına sahip olan pay sahibi, bu madde kapsamında, ileride açmayı düşündüğü sorumluluk davasında yargılama giderlerinin şirket tarafından karşılanmasına karar verilmesini mahkemeden isteyebilir. Bu talep maddede sayılan şartların varlığı hâlinde kabul edilir. Söz konusu şartlar şunlardır:

i. Talepte bulunan pay sahibi, iddia ettiği hukuka aykırı işlemi öğrenmesinden önce payını edinmiş olmalıdır.

ii. Pay sahibi, bu davayı bizzat şirketin açması için, şirkete uygun bir süre vermiş olmalıdır.

iii. Pay sahibi, Kanun veya esas sözleşmenin ihlâl edilmesi sonucunda şirketin zarara uğradığına ilişkin şüphesini haklı göstermelidir.

iv. Tazminat talebinin ileri sürülmesi, şirketin üstün menfaatlerine aykırı olmamalıdır.

Mahkeme talebi kabul ederse, pay sahibi kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde bu davayı açabilir. Açılan davayı davacının kaybetmesi durumunda, sorumlu olduğu yargılama giderlerini şirket öder⁶⁶.

B. Türk Hukukunda Durum

İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da TTK m. 555, II hükmünün amacı karşılamakta yeterli olmayabileceği ve davacı açısından riskleri tamamen ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir⁶⁷.

66 Bu konuda ayrıca bkz. LOCHNER Daniel, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl, Hrsg: Thomas Heidel, Nomos Kommentar 2020, AktG § 148, Rn. 36.

67 ERDEM, s. 572; özellikle bilgi alma imkânları sınırlı olan pay sahiplerinin, TTK m. 202 hükmünde belirtilen davaları açmakta tereddüt yaşayabilecekleri ve bu davalarda



Bu kapsamda özellikle TTK m. 555, II hükmünün, davanın başında yatırılması gereken belli miktarda harç ve gider avansı bakımından⁶⁸ davacı pay sahibini koruyucu nitelikte olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁹. Bu eksiklik, TTK m. 555, II hükmünün ruhuna uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁰.

Bu konuda çeşitli düzenlemelerin yapılması önerilebilir. Ancak bu önerilere geçmeden önce sorumluluk davasının kısmî dava (HMK m. 109) şeklinde açılmasının, yargılama masrafları riskini yeterli ölçüde azaltıp azaltamayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Gerçekten yargılama masraflarına ilişkin riskin düşürülmesi amacıyla sorumluluk davasının kısmî dava (HMK m. 109) şeklinde açılması düşünülebilir. Kısmî dava ile, davanın sonucunu belirsiz gören davacı, talep konusunun bir bölümünü isteyerek, davada haksız bulunmasından ötürü oluşacak yüksek yargılama giderlerine mahkûm edilmesi tehlikesinden kurtulmuş olur⁷¹.

Sorumluluk davasında konusu para olan bir tazminat talep edilir. Para alacağını konu alan bu dava, kısmî davanın bir şartı olan "*dava konusunun bölünebilir olması*" durumunu⁷² karşılamaktadır. Böylece davacı, davalıdan tazminat alacağını bir bölümünün verilmesini isteyebilir.

Kısmî dava ile sorumluluk davasındaki yargılama giderleri riski bir ölçüde azaltılabilir. Ancak bakiye kısmın talep edilmesi durumunda, ilgili miktarda harç yatırması gereken taraf yine davacı pay sahibi olacaktır. Ayrıca bakiye kısmın ileri sürülmesi, iddianın değiştirilmesi yasağı ile karşılaşabilir (HMK m. 141). Bu sebeple davacı, talep sonucunu

uygulanacak olan TTK m. 555, II hükmünün söz konusu tereddütleri ortadan kaldırmayacağı hakkında bkz. EMİNOĞLU Cafer, "Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri -TTK'nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme-", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 31 vd.

68 Dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açtığı davada, gider avansının hak sahibi değil davacı üçüncü kişi tarafından ödenmesi gerektiği hakkında genel olarak bkz. DİŞEL, s. 163.

69 ERDEM, s. 571; İsviçre hukukunda benzer bir eleştiri için bkz. NIKITINE, s. 92.

70 ERDEM, s. 572.

71 Kısmî davanın amacı hakkında ayrıntılı olarak bkz. AKİL, Cenk, **Kısmî Dava**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 64; UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 328; ayrıca bkz. PEKCANİTEZ Hakan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 989 vd; ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 322.

72 Kısmî davanın bu şartı hakkında ayrıntılı olarak bkz. AKİL, s. 65 vd.

artırabilmek için karşı tarafın açık iznine veya ıslaha ihtiyaç duyacaktır (HMK m. 141, II). Pay sahibi, ıslah işlemini yaptığında, bazı yargılama giderleri ve karşı tarafın zararlarını ödemek durumunda kalabilir (HMK m. 178, I). Ayrıca kısmî davada, sadece talep edilen miktar için zamanaşımı kesilir⁷³. Dolayısıyla kısmî davada, talep edilmemiş olan miktarın zamanaşımına uğraması gibi bir tehlike de mevcuttur. Bu ve benzeri gerekçelerle, kısmî dava sorumluluk davasındaki yargılama giderleri meselesi açısından yeterli bir çözüm sunmaktan uzaktır.

Harçlar Kanunu (1) Sayılı Tarife (A, III) uyarınca, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda, karar ve ilâm harcı uyumsuzluk miktarı üzerinden alınır. Tazminat talebinin ileri sürüldüğü sorumluluk davasındaki karar ve ilâm harcı nisbî niteliktedir. Burada ayrıca pay sahibi tarafından açılacak olan sorumluluk davalarında yargılama harcının maktu olarak düzenlenmesi fikri akla gelebilir. Ancak bu şekilde bir düzenleme davacı ile davalı arasındaki menfaat dengesini ölçsüz şekilde bozar. Çünkü böyle bir durumda, kötü niyetle açılacak olan dava sayısında artış meydana gelebilir. Örneğin, anonim şirket genel kurul kararının iptali için açılan davada (TTK m. 445) maktu harç alınmaktadır⁷⁴. Bu durum, iptal davalarının kolay açılabilmesine ve bu davalarının şirket ve alacaklılar üzerinde baskı aracı olarak kullanılmasına neden olabilmektedir⁷⁵.

Burada ayrıca belirtilmelidir ki, karar ve ilâm harcının nisbi olduğu davalarda davanın reddi hâlinde maktu harç alınır (Harçlar Kanunu I Sayılı Tarife, III, 2, a). Bu durum davası reddedilen davacının lehine olsa da davacıyı davanın başında ödemesi gereken yüksek harç

73 KURU, Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 431; ÜSTÜNDAÇ, s. 322; GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 287.

74 ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006/1, s. 234; PEHLİVANOĞLU, Murat Can, "Karşılaştırmalı Hukukta Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Gösterilecek Teminat Kapsamında 'Şirketin Muhtemel Zararları Kavramı'", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020 (146), s. 225; bu tarz davalarda dava konusunun değeri belirlenebileceği için maktu harç alınmasının Harçlar Kanunu'na aykırı olduğu yönünde ayrıntılı olarak bkz. MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 284 vd.

75 ÇAMOĞLU, **Teminat**, s. 225; PEHLİVANOĞLU, s. 225; bununla birlikte TTK m. 448, III hükmü uyarınca şirketin istemi üzerine muhtemel zararlara karşı davacıların teminat göstermesine karar verilebilmesinin, davacıların bu davayı baskı aracı olarak açmalarına karşı getirilen bir çözüm olabileceği yönünde bkz. PEHLİVANOĞLU, s. 225; buradaki teminat türü olarak davacının payları üzerine tedbir konulmasının iptal davalarının temelsiz yere açılmasının önüne geçebileceği hakkında bkz. ÇAMOĞLU, **Teminat**, s. 239.



miktarlarından korumamaktadır. Dolayısıyla dava değerinin yüksek olduğu sorumluluk davalarında pay sahibinin yüksek yargılama giderleri riski sebebiyle bu davayı açmaya yanaşmaması olasıdır.

Kısmî dava imkânının yargılama giderlerine ilişkin riski yeterli ölçüde azaltmadığı ve sorumluluk davasında karar ve ilâm harcının maktu olarak alınmasına ilişkin bir düzenleme yapılmasının da uygun olmayabileceği belirtildi. Şimdi yargılama giderleri bakımından davacı pay sahibinin karşılaşacağı riskin düşürülmesini sağlayabilecek bazı öneriler şu şekilde sıralanabilir:

i. TTK m. 555, II hükmü davanın başında davacıdan alınması gereken belli miktarda yargılama masrafları bakımından davacıya bir koruma sağlamamaktadır. Türk hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, İsviçre hukukunda yukarıda aktarılan taslaktaki hükümlere benzer şekilde⁷⁶, davacının masraflar konusunda mahkemeden izin isteyerek davanın başında ödemesi gereken çeşitli giderlerden tek başına sorumlu olmamasını sağlayacak bir düzenleme yapılmalıdır⁷⁷. Özellikle tazminat miktarının yüksek olduğu davalarda, davanın başında yatırılması gereken harcın da yüksek olacağı düşünüldüğünde bu konuda bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Yapılacak olan bu düzenlemeyle İsviçre hukukunda yukarıda aktarılan taslaktaki hükümlere paralel bir şekilde, sorumluluk davasında davanın başında yatırılması gereken yargılama giderleri hakkında bir yargılama yapılmasına imkân sağlanmalıdır. Söz konusu yargılamada, sorumluluk sebebinin bulunduğu ve davanın şirketin menfaatine aykırı olmadığına yaklaşık olarak ispatlanması durumunda, sorumluluk davasının başında ödenmesi gereken yargılama giderlerinden şirketin de sorumlu tutulmasına karar verilebilir. Yine bir düzenlemeyle şirketin bu kararın gereğini yapmaması durumunda, pay sahibinin bunu icra takibi yoluyla yerine getirmesine imkân sağlanabilir.

ii. TTK m. 555, II hükmü davada gösterilmesi gereken teminat (HMK m. 84) bakımından da davacıya bir koruma sağlamaz⁷⁸, ⁷⁹. Örneğin, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı, açacağı davada

⁷⁶ ERDEM, s. 572.

⁷⁷ ERDEM, s. 572; belli bir pay çoğunluğunu oluşturan pay sahiplerince açılan davalar için böyle bir düzenlemenin isabetli olacağı hakkında bkz. ERDEM, s. 572.

⁷⁸ NIKITINE, s. 92; von der CRONE/BAUM, s. 296.

⁷⁹ Dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açtığı davada, teminat gösterilmesini gerektiren şartların varlığının hak sahibine göre değil davacı üçüncü kişiye göre belirlenmesi gerektiği hakkında genel olarak bkz. DİŞEL, s. 163.

teminat göstermelidir (HMK m. 84, I-a). Dolayısıyla Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşı pay sahibinin, sorumluluk davası açarken kural olarak teminat göstermesi gerekir. Mahkeme, teminat miktarına yargılama giderlerini göz önünde bulundurarak karar verir (HMK m. 87, I; HMK m. 86, I)⁸⁰. Bu yüzden, yargılama giderlerinin yüksek olduğu bir davada gösterilecek teminat miktarının da yüksek olması beklenir. TTK m. 555, II, sadece hüküm anında yargılama giderlerini paylaştırırken dikkate alınacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkeme davacının yatırması gereken teminatın şirket tarafından veya pay sahibi ile birlikte şirket tarafından gösterilmesine karar veremez. Teminatın gösterilmesi zorunluluğunun dava şartı olduğu düşünüldüğünde (HMK m. 88, I; HMK m. 114, I-ğ), Türkiye’de mutad meskeni olmayan (veya teminat gösterilmesini gerektiren diğer durumlarda) pay sahibinin bu davayı açması çok düşük bir ihtimal olacaktır. Bu ihtimale karşı, İsviçre hukukunda önerilen pay sahibinin şirket lehine açtığı davalarda teminat şartının aranmaması şeklindeki bir düzenlemeye⁸¹ Türk hukuku bakımından mesafeli yaklaşılmalıdır. Bu şekilde bir düzenleme teminat kurumu ile amaçlanan şeye aykırı olur. Çünkü teminat kurumunun amacı, davacının davalıya karşı sorumlu olacağı muhtemel yargılama giderlerinin ödenememesi tehlikesini ortadan kaldırmaktır⁸². Dolayısıyla davacı pay sahibinin doğrudan teminattan muaf tutulmasına ilişkin bir düzenleme yerine, TTK m. 555, II hükmündeki şartların varlığı durumunda, teminat sorumluluğunun pay sahibi ile şirket arasında paylaşılması konusunda mahkemeye bir takdir hakkının tanınması daha isabetli bir çözüm gibi görünmektedir. Ayrıca yapılacak bir düzenlemeyle, mahkemenin söz konusu kararının şirket tarafından yerine getirilmemesi durumunda, pay sahibinin bu kararın icra takibi yoluyla yerine getirilmesini isteyebilmesine imkân verilmelidir.

iii. Yargılama giderlerinin şirket ile pay sahibi arasında paylaşılması konusunda mahkemenin takdir hakkının bulunmasına yönelik İsviçre hukukundaki eleştiri Türk hukuku açısından da haklı görünmektedir.

80 ASLAN, Aziz Serkan, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 967 vd.

81 von der CRONE/BAUM, s. 296.

82 ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 541; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 367; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 170.



Bu maddede en azından bu takdir hakkının bir sınırı belirlenmelidir. Kanaatimce, bu kapsamda davacı pay sahibinin, sahip olduğu pay adedi dikkate alınabilir⁸³. Böylece TTK m. 555, II hükmündeki şartları sağlayan pay sahibi, en azından, ödeyebileceği yargılama giderleri bakımından dava açmadan önce bir fikir sahibi olabilir. Yine bir düzenlemeyle şirketin bu kararın gereğini yapmaması durumunda, pay sahibinin bunu icra takibi yoluyla yerine getirmesine imkân sağlanabilir.

Son olarak şirketler hukukuna ilişkin davalarda ortaya çıkan yargılama giderlerinden kimin ne ölçüde sorumlu tutulması gerektiği meselesinin, pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davası ile sınırlı olmadığı görülmektedir. Nitekim öğretilerde şirketler hukukuna ilişkin başka dava/çekişmesiz yargı işleri açısından da TTK m. 555, II hükmüne benzer bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı ifade edilmiştir. Örneğin, pay sahibinin genel kurulun çağırılması için mahkemeye başvurması ve talebin kabul edilmesi durumunda yargılama giderlerinden şirketin sorumlu olması şeklinde bir düzenlemenin uygun olabileceğine işaret edilmiştir⁸⁴. Yine anonim şirketin haklı sebeple feshi için açılan davada (TTK m. 531), TTK m. 555, II hükmüne benzer bir yetkinin mahkemeye verilmesinin isabetli olacağı belirtilmiştir⁸⁵. Esasen bu durum, şirket dışındaki kişilerin şirket lehine dava açmaları durumunda yargılama giderlerinin ne şekilde paylaşılacağına ilişkin (ilgili yargılamaların özellikleri de dikkate alınarak) genel bir düzenlemenin yapılmasının önemli olabileceğini göstermektedir.

Şirketler hukukundaki davalardan bağımsız olarak, dava açma hakkının hak sahibi dışında bir kimseye tanındığı davalarda yargılama giderlerinin ne şekilde paylaşılacağı konusu da genel olarak üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Nitekim öğretilerde dava takip yetkisinin üçüncü kişilerde olduğu durumlarda yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin ortak bir düzenleme getirilmesi gerektiği, bu konunun her bir durum için ayrı ayrı düzenlenmesinin uygun olmadığı

83 Yargılama giderinin davacı pay sahibinin pay miktarına göre belirlenmesinin uygun bir çözüm olduğu hakkında bkz. GLANZMANN, Lukas, "Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten", Zeitschrift für Schweizerisches Recht (119) 2000, s. 177 (naklen FISCHER, s. 204).

84 CENKÇİ, Esra, "Anonim Ortaklıkta Tek Pay Sahibinin Yeni Gücü: Genel Kurulu Toplantıya Çağırabilmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 33, S. 3, 2017, s. 167.

85 AKER, Halit, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 32, S. 1, 2016, s. 128, dn. 231.



ifade edilmiştir⁸⁶. Bu konuda genel bir düzenleme yapılması faydalı olacaksa da bu genel düzenleme içinde mutlaka ilgili yargılamaların özellikleri ve dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin o davada elde edeceği menfaat ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bu yönde düzenlemeler yapılırken davacı ve davalı arasındaki denge ölçüsüz şekilde bozulmamalıdır. Çünkü yargılama giderlerinin davacı bakımından hiçbir risk oluşturmaması, kötü niyetli açılan dava sayısının artmasına neden olabilir⁸⁷.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 555 inci maddesinin ikinci fıkrası, pay sahibinin açacağı davada karşılaşılabileceği yargılama giderleri riskini azaltması bakımından isabetli bir düzenlemedir. Ancak maddede yapılacak bazı değişiklikler, madde ile amaçlanan şeyin gerçekleşmesine katkı sağlayacaktır. Bu kapsamda mahkemenin yargılama giderlerini paylaştırırken sahip olduğu takdir hakkı bakımından bir sınırlama getirilmesi uygun olur. Böylece davanın sonunda davacı kendisi aleyhine gerçekleşebilecek durum hakkında daha rahat fikir sahibi olacaktır. TTK m. 555, II hükmü davanın başında yapılacak masraflardan davacıyı koruyamamaktadır. Oysaki özellikle yüksek miktarlı sorumluluk davalarında peşin olarak verilmesi gereken harç miktarı da yüksek olacaktır. Bu kapsamda, çeşitli şartların varlığı durumunda söz konusu giderlerin paylaşılmasına karar verebilmesi konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınması isabetli olacaktır. Ancak bu düzenlemeler yapılırken davacı ile davalı arasındaki dengenin davacı lehine ölçüsüz kaymamasına da özellikle dikkat edilmelidir. Aksi takdirde haksız yere açılacak davaların artması sonucunda bu tarz davalar davalılar üzerinde bir baskı yaratabilecektir.

86 LÖTSCHER, Cordula, *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, s. 101; ayrıca bkz. DİŞEL, s. 360.

87 SIEMS M. Mathias, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 212.



KAYNAKLAR

AKER, Halit, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 32, S. 1, 2016, s. 128, dn. 231 (s. 63-150).

AKİL, Cenk, **Kısmî Dava**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011.

AMSTUTZ, Marc/GOHARI, Ramin Silvan (in): **OFK: Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Aufl, Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ASLAN, Aziz Serkan, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, (s. 943-974).

ATALAY, Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2405.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

AYOĞLU, Tolga, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların ‘Dolayısıyla Zarar’ Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak 2009, Y: 7, S. 73 (s. 67-85).

BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

BÄRTSCHI, Harald, “Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs” **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII**, Hrsg: Rolf Sethe/Peter R. Isler, Schulthess, Zürich, 2014 (s. 39-81).

BAUMGARTNER, Samuel/DOLGE, Annette/MARKUS, Alexander R./SPUHLER, Karl, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 10. Aufl, Stämpfli, Bern, 2018.

BEURSKENS, Michael, **Privatrechtliche Selbsthilfe**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.



BINDER Andreas/ROBERTO Vito in: **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV**, 3. Aufl, Hrsg: Vito, Roberto/Hans Rudolf, Trüeb, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

BÖCKLI, Peter: **Schweizer Aktienrecht**, 4. Aufl, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.

BÖRÜ, Levent: **Dava Konusunun Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

BUDAK, Ali Cem, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Beta, İstanbul, 2000.

BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

CAN, Mehmet Çelebi, "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK M. 1534'ün Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, Y. 2017, S. 4 (s. 3-32).

CENKÇİ, Esra, "Anonim Ortaklıkta Tek Pay Sahibinin Yeni Gücü: Genel Kurulu Toplantıya Çağırabilmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 33, S. 3, 2017 (s. 127-176).

ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006/1, (s. 233- 240) ("*Teminat*").

ÇAMOĞLU, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 ("*Sorumluluk*").

ÇAMOĞLU, Ersin, "Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2 (s. 19-33).

DİŞEL, Buse, **Dava Takip Yetkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

EMİNOĞLU Cafer, "Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri -TTK'nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme-", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.

ERDEM H. Ercüment, "İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi", **Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.



ERİŞİR, Evrim, **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007,

DASSER, Felix/ROTH, David, “Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen”, **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII**, Hrsg: Rolf Sethe/Peter R. Isler, Schulthess, Zürich, 2014.

FISCHER, Marc Pascal, **Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögenübertragung**, Dike, Zürich, 2007.

GERICKE, Dieter/WALLER, Stefan, **Basler Kommentar Obligationenrecht II**, 5. Aufl, Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.

GORDON-VRBA Lucy, **Vielparteienprozesse**, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich, 2007.

GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

GRAF, Damian K, “Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 5/2015.

HANAĞASI, Emel, **Medenî Yargılama Hukukunda Silahlarnın Eşitliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

HELVACI, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Basım Dağıtım, İstanbul, 1995.

KIRCHSCHLÄGER, Caroline/ROBERTO, Vito, “Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, H. 5/1, 2010 (s. 607-628).

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. III, 6. Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001.

KURU, Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

LOCHNER Daniel, **Aktienrecht und Kapitalmarktrecht**, 5. Aufl, Hrsg: Thomas Heidel, Nomos Kommentar 2020.

LÖTSCHER, Cordula, **Die Prozesstandschaft im schweizerischen Zivilprozess**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.

MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

NIKITINE, Alexander, **Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide**, Dike, Zürich, 2007.

ÖZEKES, Muhammet, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZEKES, Muhammet, “Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Adına Hükmedilecek Vekalet Ücreti”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2005/1 (s. 29-49).

PEHLİVANOĞLU, Murat Can, “Karşılaştırmalı Hukukta Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Gösterilecek Teminat Kapsamında ‘Şirketin Muhtemel Zararları Kavramı’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020 (146) (s. 219-246).

PEKCANİTEZ, Hakan/MERİÇ, Nedim, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’î Müdahale**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

PEKCANİTEZ, Hakan/TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

PEKCANİTEZ Hakan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. III, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, **Zivilprozessrecht**, 18. Aufl, C.H.Beck, München, 2018.

RUEGG, Viktor/RUEGG, Michael (in): **Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3. Aufl, Hrsg: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.

RUETSCHI David, “Gesellschaftsrecht und neue ZPO”, **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII**, Hrsg: Peter V Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Stämpfli, Bern, 2012 (s. 221-242).

SIEMS M. Mathias, **Convergence in Shareholder Law**, Cambridge University Press, 2007.

SULU, Muhammed, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.



TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

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

UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

URWYLER Adrian, "Prozesskostenverteilung, insbesondere Verteilung nach Ermessen", **Haftpflichtprozess 2015**, Hrsg: Walter, Fellmann /Stephan Weber Schulthess, Zürich, 2015.

von der CRONE, Hans Caspar/BAUM, Olivier "Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**, (3) (2016) (s. 278-299).

YASAMAN, Hamdi, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları" **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2 (s. 97-112).

ZOTSANG, Dheden C., **Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Schulthess, Zürich, 2015.



CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARMA CEZASINA ETKİSİ

(The Effect of Criminal Court Decisions on the Penalty of Dismissal from Civil Servant Position)

Arş. Gör. Sümeyra Sena KURT¹

ÖZ

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin insan unsurunu oluşturan memurlar, kimi zaman aynı fiiliyle hem ceza hukuku kurallarını hem de memurlar için öngörülen disiplin hukuku kurallarını ihlal edebilmektedir. Devlet Memurları Kanunu, 131. maddesinde böyle bir durumda ceza kovuşturmasına başlanmış olmasının disiplin kovuşturmasını geciktiremeyeceğini hüküm altına almıştır. Genel kural bu hüküm çerçevesinde ceza kovuşturması ile disiplin soruşturmasının bağımsız yürütülmesi olsa da bu durum mutlak anlamda geçerli olmamaktadır. Sorun, ceza mahkemesi tarafından verilen kararların disiplin cezaları -özelde devlet memurluğundan çıkarma cezası- üzerinde ne zaman etkili olacağı veya ne zaman etkisiz kalacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Devlet memurluğundan çıkarma cezası, şüphesiz, memur disiplin hukukunda öngörülen yaptırımların en ağır olanıdır. Bu bakımdan konunun özel olarak devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından incelenmiş olması önemlidir. Bu çalışmada, ceza mahkemesi tarafından verilen her karar devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi bakımından ulaşılan Danıştay kararlarıyla ayrı ayrı incelenmiş ve bahsi geçen sorun açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Memur, Disiplin Hukuku, Ceza Kovuşturması, Disiplin Soruşturması, Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezası.

ABSTRACT

Civil servants who constitute the human element of the administration in the conduct of public services may sometimes violate both the rules

1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, sumeyrasenakurt@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8166-3329



of criminal law and the rules of disciplinary law prescribed for officers by Civil Servants Act. Civil Servants Act, in Article 131, stated that the initiation of criminal proceedings in such a case cannot delay disciplinary proceedings. Although the general rule is that criminal prosecution and disciplinary investigation are conducted independently within the framework of this provision, this cannot be applied in absolute terms. The problem arises at the point of when the provisions or other decisions issued by the Criminal Court will have an effect on, or when they will be ineffective on disciplinary penalties, especially for dismissal from civil servant position. The penalty for dismissal from being civil servant is undoubtedly the most severe of the sanctions prescribed in civil servant disciplinary law. In this regard, it is important that the issue is specifically examined in terms of the penalty of dismissal from the civil servant position. In this study, each decision made by the Criminal Court was examined separately with the decisions of the Council of State which were reached in terms of the impact on the penalty of dismissal from civil servant position and the aforementioned problem was tried to be clarified.

Keywords: Civil Servant, Disciplinary Law, Criminal Prosecution, Disciplinary Proceedings, The Penalty of Dismissal From Civil Servant Position.

GİRİŞ

Memurlar, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin önemli bir unsuru olan insan unsurunu oluşturmaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılan memur sayısının çokluğu bunların bir düzen ve uyum içinde çalışması zorunluluğunu da beraberinde getirdiğinden memurlar için disiplini sağlayıcı yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlar içerisinde en ağır olanı, bir daha alınmamak üzere devlet memurluğundan çıkarılma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir memurun bir fiiliyle hem ceza hukuku yaptırımıyla karşılaşması hem de disiplin hukuku yaptırımıyla karşılaşması gündeme gelebilmektedir. Bu durum ceza hukuku yaptırımlarının koruduğu alan ile disiplin hukuku yaptırımlarının koruduğu alanın farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu iki tür yaptırım bazı noktalarda benzeşmekte, bazı noktalarda ise farklılık göstermektedir.

Memur, bir fiiliyle aynı zamanda devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren bir suç işlemişse memur hakkında hem disiplin soruşturması hem de ceza kovuşturması yürütülecektir. Ceza



kovuşturmasına başlanmış olması disiplin soruşturmasını geciktirmez. Fakat bazen ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmemesi sorunlara yol açmaktadır. Yargı yerleri, önlerine gelen pek çok davada ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmesinin ve buna göre karar verilmesinin gerekliliğine işaret etmişlerdir. Buna karşılık, bazı ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmadığına ve disiplin merciinin gerektiğinde disiplin soruşturması yapıp disiplin cezası verebileceğine yönelik değerlendirmeler de mevcuttur.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ceza mahkemesi kararlarının devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisinde incelenecek kişilerin kimler olacağı açıklanmıştır. İnceleme konusu yalnızca memurlar ile sınırlı tutulmuş, özel personel kanunlarına tabi olan meslek grupları çalışmanın hacmini büyütmemek ve karışıklığa yol açmamak adına inceleme konusu yapılmamıştır. İkinci bölümde genel olarak idari yaptırım türü olan disiplin yaptırımları üzerine kısa açıklamalar yapılmış ve devlet memurluğundan çıkarma cezasının bir disiplin yaptırımı olmasından kaynaklanan özellikler üzerinde durulmuştur. Üçüncü ve son bölümde tek tek ceza mahkemesi tarafından verilen hüküm ve diğer kararların devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerindeki etkisi açıklanmıştır. Bu açıklamalar yapılırken yalnızca devlet memurluğundan çıkarma cezası incelendiği için ulaşılabilen Danıştay kararları da bu ölçüde olmuştur.

I. DİSİPLİN HUKUKUNDA “MEMUR”

Bir devlette kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi görevi devletin istihdam ettiği personeller aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu personeller, idare hukuku anlamında kamu görevlilerini², yani kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin insan unsurunu oluşturmaktadır.³ Anayasamıza göre de (m.128) “devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin⁴ gerektirdiği asli ve

2 Kamu görevlisi kavramı ve ayırt edici nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 765-777.

3 AKGÜNER Tayfun/BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 547.; ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 847.

4 Anayasa Mahkemesine göre, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri tabirinden önem ve değeri itibarıyla Devletin başlıca görevi arasında sayılabilecek hizmetler anlaşılmalıdır (AVCI Mustafa, **Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 28).

sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Böyle ifade etmekle Anayasa, devletin ülkedeki gelişmeler sonucu artan işlevlerini de göz önüne alarak tüm kamu hizmeti yürüten görevlileri bir başlık altında, "memur" başlığı altında, toplamamış ve bunların kendi içindeki ayrımı konusunda kanun koyucuya hareket alanı bırakmıştır.⁵ Dolayısıyla devlet tarafından genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin yalnızca memurlar tarafından yürütülmesi anayasal bir zorunluluk değildir. Hâkim ve savcılar, üniversitelerin öğretim elemanları, Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) personeli örneklerindeki kimseler farklı bir personel rejimine tabi olarak söz konusu kamu hizmetlerini yürütebileceklerdir.⁶ Fakat bu kez de kamu hizmetlerinin yürütülmesinde asli ve sürekli bir görev üstlenen memurların yanına diğer kamu görevlilerinin de eklenmiş olması karışıklığa yol açmış, memur ve diğer kamu görevlisi kavramlarının ayrımını güçleştirmiştir.⁷ Keza memurlar haricinde kimlerin kamu görevlisi olarak çalıştığını saptayan bir yasal düzenleme de mevcut değildir.⁸

Memurlar ve diğer kamu görevlileri kavramlarının kapsamına göre, bunlara uygulanacak hukuk da farklılık arz edecektir. Bu noktada memurları diğer kamu görevlilerinden ayırmak gerekmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK olarak anılacaktır) 4. maddesinde, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel⁹ ve işçiler eliyle gördürüleceğini hüküm altına almıştır.¹⁰ Sayılan bu dört tür istihdam şekli dışında personel çalıştırılmayacağı da aynı Kanunun 5. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, DMK'nın 1. maddesinde sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışan ve bu Kanunun 4. maddesinde söz edilen

5 Devlet Memurları El Kitabı, 3. Baskı, TODAİE Yayını, No.220, Ankara, 1987, s.57'den aktaran: ASLAN Zehreddin/ALTINDAĞ Halil, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 16.

6 ATAY, 2016, s. 853.

7 Bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler ve Anayasa Mahkemesi kararlarından örnekler için bkz. ASLAN/ALTINDAĞ, s. 16-20.; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 766.

8 GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 772.; "Kamu görevlilerinin kimlerden oluştuğunu belirten bir hüküm Anayasamızda yoktur." (GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016, s. 620).

9 "Geçici personel" olarak anılan istihdam şekli 24/12/2017 tarihinde Resmî Gazete 'de yayımlanan "696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile kaldırılmış (m. 18), bu kişilerin sözleşmeli personel pozisyonlarına geçirilmesine karar verilmiştir. (Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171224-22.htm>).

10 GÖZLER'e göre, işçiler, özel hukuk hükümleri kapsamında istihdam edileceğine göre geriye kalan sözleşmeli personel, Anayasada ifade edilen diğer kamu görevlileri kategorisine dâhil olmalıdır (GÖZLER/KAPLAN, s. 620).

koşullarda istihdam edilen personel DMK kapsamına girmektedir. Bu kişilerin kamu görevlileri içindeki yerine aşağıda değinilecektir.

Hukuki statüleri, yaptıkları görevler ve bunların niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde çalışan tüm görevlilere “geniş anlamda kamu görevlisi” adı verilmektedir.¹¹ Dolayısıyla, özel hukuk hükümlerine tabi olan işçiler bu kapsamda sayılmayacaktır. Bunun dışında kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku rejimine tabi olup mesleki bir unvanla çalışan personel “dar anlamda kamu görevlisi” olarak ifade edilmektedir.¹² Bu kavram ise sözleşmeli personel ve memurları içine almaktadır.¹³ Bunlardan ayrı olarak “diğer kamu görevlileri” kavramını ise idare ile kamu hukuku esaslarına tabi olarak çalışan ve hizmetin asli elemanı kabul edilecek bir işle görevlendirilen kişiler olarak değerlendirmek gerekir.¹⁴ Memurlar haricinde DMK’nın 1. maddesinde belirtilen görevlerde¹⁵ çalışanlar diğer kamu görevlisi kavramı kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁶

Yukarıda belirtilen diğer kamu görevlileri dışında, DMK hükümlerine göre istihdam edilip yine bu koşullarda görev yapan “memurlar”, ceza mahkemesi tarafından verilen kararların devlet memurluğundan

11 AKGÜNER/BERK, s. 546.; ATAY, 2016, s. 848.; AVCI, s. 41.

12 CHAPUS René, *Droit Administratif Général*, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001, Cilt II, s. 7.’den aktaran: GÖZLER/KAPLAN, s. 615.; Dar anlamda kamu görevlileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AVCI, s. 42.; Dar anlamda kamu görevlisi kavramına dâhil olan personelin kimler olduğu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar konumuzun kapsamı dışında kaldığından kendi katıldığımız bir ayrıma dayanarak konunun özetlenmesi yoluna gidilmiştir.

13 GÖZLER/KAPLAN, s. 615.

14 GÜRAN Sait, “Anayasa’nın 128 ve 129’uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 3, Ankara, Eylül 1984, s. 28-35.’den aktaran: AKGÜNER/BERK, s. 550.; Sözleşmeli personel, idare ile belirli bir süreye dayanan bir sözleşme kapsamında istihdam edildiğinden Anayasanın 128. maddesinde ifade edilen süreklilik unsurunu taşımamaktadır. Dolayısıyla bunların “diğer kamu görevlileri” kapsamına dâhil olmadığı ifade edilmektedir (AVCI, s. 35); Sözleşmeli personelin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. AVCI, s. 51-52.

15 DMK’nın 1. maddesinde sayılan görevliler şunlardır: “Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hâkimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehteran Bölüğü Sanatkârları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkâr memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı mensupları.”

16 AKGÜNER/BERK, s. 550.



çıkarma cezasına etkisinin incelenmesinde bu çalışmanın konusunu oluşturan personel grubudur.

II. DİSİPLİN HUKUKU YAPTIRIMI OLARAK “DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARMA CEZASI”

A. Genel Olarak

Disiplin¹⁷ kavramı pek çok anlamda ve alanda kullanılmaktadır. İdare hukuku anlamında disiplin kavramı, memurların kamu hizmeti gördükleri kuruma karşı ve söz konusu kamu hizmeti düzenine aykırı olarak gerçekleştirdikleri davranışlar nedeniyle karşılaştıkları yaptırımların tümü olarak ifade edilebilir.¹⁸ Bir kamu kurumunda birden çok kamu görevlisinin bulunması bunların bir düzen ve uyum içinde çalışmalarını gerektirmektedir. Bunun yanında birçok yükümlülük ve birçok yasak da kamu görevlileri için öngörülmüştür. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve öngörülen yasaklara aykırı davranılması halinde kamu görevlilerine karşı uygulanacak müeyyideleri içeren kurallar bütününe “disiplin hukuku” denmektedir.¹⁹

“Disiplin suçu” kavramı memurun yerine getirdiği göreviyle ilgili kusurlu davranışlarını ifade ederken²⁰ “disiplin cezası” ise bu görevi yerine getirirken kamu hizmetlerinin gerektiği gibi yürütülmesi amacıyla yasal olarak öngörülmüş yaptırımları²¹ ifade etmektedir. Bunlar, memurun gerek mesleki hayatında gerekse görevini yaparken görülen yolsuzluklar karşısında memura uygulanan zorlayıcı yaptırımlar olarak

17 Disiplin ve disiplin cezası kavramlarının daha ayrıntılı açıklaması için bkz. LİVANELİOĞLU Ömer Asım, **Memur Disiplin Hukuku**, US-A Yayıncılık, 1997, s. 3-7.

18 AKGÜNER/BERK, s. 721.; İdare hukuku anlamında disiplin kavramı, kamu kurum ve kuruluşlarında hukuk kuralları tarafından belirlenmiş sınırlar içinde kalınmasını sağlamak amacıyla alınmış önlemlerin tümü olarak tanımlanabilir (ÖZERDEM İbrahim, **Ceza Mahkemesi Kararlarının Memur Disiplin Hukukuna Etkisi**, ((Yayımlanmamış YL Tezi)), Ankara, 2013, s. 12-13).; Bu kurallar iç düzene ilişkin kurallar olup İdare Hukuku anlamında kamusal işlevi yerine getiren grupların profesyonel üyeleri, kurallara bağlı olarak bağımsız bir mesleğin icrasında yer alanlar veya bazı kamu hizmetlerinden faydalanan kişi ve topluluklar ile alakalıdır (ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 873).

19 ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 526.

20 CHAPUS, s. 330’dan aktaran: GÖZLER/KAPLAN, s. 658.; Diğer tanımlar için bkz. GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 627.; Disiplin suçu kavramının kapsamlı bir tanımı için bkz. YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 287.

21 ATAY, 2012, s. 873.; GÖZÜBÜYÜK/TAN s. 848.; KALABALIK Halil, **İdare Hukuku Dersleri Cilt-I**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 507-508.; Disiplin cezalarına ilişkin genel esaslar için bkz. LİVANELİOĞLU, s. 37.

da açıklanabilir.²² Bu anlamda disiplin cezalarının uygulanmasına neden olan fiiller, kurum düzeninin gerektirdiği kurallar uymama veya kurum düzenine uygun olmayan davranışlarda bulunmak ile yetersiz veya tatmin edici olmayan çalışma halinde olmak şeklinde iki türde görülebilir.²³

Disiplin hukuku bağlamında disiplin suçları ve disiplin cezalarına²⁴ daha yakından bakmak gerekir. DMK'nın 124. maddesinde disiplin hükümlerine uyulmaması halinde devam eden maddede sayılan disiplin cezalarının verileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre disiplin cezalarının türleri; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olarak sayılmış, bu cezaları gerektiren fiiller açıklanmıştır.²⁵

Devlet memurluğundan çıkarma cezası ise DMK'nın 125/E maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre devlet memurluğundan çıkarma, "bir daha devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarılma" olarak ifade edilmiştir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller²⁶ ise aynı maddede hüküm altına alınmıştır.

22 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, 1. Baskı, 1952, s. 833.

23 KALABALIK, s. 508.

24 Disiplin suç ve cezalarının niteliği hakkında bkz. KARAHANOGULLARI Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 8, S. 3, 1999, s. 56-59.

25 Bu fiillere örnek oluşturabilecek davranışlar için bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 658-659.

26 DMK 125/E'de sayılan fiil ve haller: "a) İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak, b) Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek, c) Siyasi partiye girmek, d) Özürsüz olarak (...) bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, e) Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak, f) (Değişik: 13/2/2011 - 6111/111 md.) Amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak, g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak, h) Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak ı) Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek, j) Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak, k) 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek. l) (Ek: 3/10/2016 – KHK-676/75 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/61 md.) Terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullanırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak."

B. Disiplin Yaptırımları ve Ceza Yaptırımları Arasındaki İlişki

Bir hukuk kuralına aykırı hareket edilmesi halinde karşılığında katlanılması gereken durumlarla karşı karşıya kalınması hali olarak ifade edilebilecek yaptırımlar, idari veya cezai olarak karşımıza çıkabilmektedir.²⁷ Bu kapsamda idare de gerektiğinde birtakım yaptırımlar uygulamaktadır.

İdarenin kamu hizmetlerini ve kolluk faaliyetini yerine getirirken yaptırım uygulama yetkisine sahip olması bir zorunluluktur. Çünkü bu işlevleri yerine getirirken süreklilik sağlanması ve etkili bir biçimde yerine getirilmesi birtakım yaptırımların uygulanmasını zorunlu kılacaktır. İdari yaptırımlarla kanunların idareyi açıkça yetkili kıldığı hallerde yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan idari işlemle ceza tesis edilebilmektedir.²⁸ Şüphesiz bunlar, ceza hukuku anlamında ceza olmadığı gibi bu cezaları ortaya çıkaran tasarruflar da yargısal anlamda tasarruflar değildir.²⁹

İdari yaptırımlar ceza hukuku yaptırımlarıyla kimi zaman benzerlik gösterebilmektedir. İdari yaptırımların önleyici işlevi ön plana çıksa da içeriğindeki birtakım yaptırımların birincil amacı, kamu düzenini bozucu fiilleri cezalandırmaktır. Bu sebeple idari yaptırımların ceza hukuku yaptırımları ile benzeştiği ifade edilmektedir.³⁰ Benzer yönde olarak kişilerin fiillerinin müeyyideye bağlanmış olması da iki tip yaptırımın benzeştiği noktalardan biridir.³¹

İdari yaptırımlar kendi içinde bütünlük arz etmeyip bir kısmı kamu düzenini bozan eylemlere yönelmişken bir kısmı da kamu kurumlarının iç işleyişini bozan eylemlere yöneliktir.³² Disiplin hukuku yaptırımları da idari yaptırımların kamu kurumlarındaki iç düzeni bozucu eylemlere yönelik kısmında yer almaktadır.

27 GÜNDÜZ Fatma Ebru, "İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 32, 2017, s. 33.

28 ASLAN/ALTINDAĞ, s. 25.

29 ONAR, s. 834.

30 ASLAN/ALTINDAĞ, s. 25.; Disiplin cezaları, memurlar için öngörülen objektif hukuk kurallarının ihlali karşısında uygulanan caydırıcı ve yasaklayıcı yaptırımlar olmaları bakımından ceza kanunlarının koyduğu cezalara benzerler (ONAR, s. 833); Avrupa Birliği hukuklarında idari yaptırımların gittikçe cezai yaptırımlara yaklaştığı ifade edilmektedir (YAYLA, s. 287).

31 ÇAĞLAYAN, s. 527.

32 ASLAN/ALTINDAĞ, s. 26.

Yukarıda ifade edilen benzerlikler dışında mahiyetleri, muhatapları, amaçları³³, öngördükleri müeyyideler bakımından farklılıklar³⁴ içerseler dahi ceza hukukunda geçerli olan bazı temel ilkelerin disiplin hukukunda da geçerli olduğu ifade edilmektedir.³⁵ Örneğin, kanunilik ilkesi³⁶³⁷, cezaların şahsiliği ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, lehe olan hükmün uygulanması ilkesi³⁸, bir fiilden dolayı bir cezaya hükmedilmesi

33 Disiplin cezalarının amacı kamu hizmetlerinin gerektiği gibi yürütülmesini sağlamak ve memur statüsünü korumaktır (Danıştay 10. Dairesi, E. 1984/909, K. 1984/1927 ve 19.11.1984 tarihli kararı).

34 Ceza kanunlarının öngörülen cezalar ve disiplin cezaları arasındaki farklar hakkında açıklamalar için bkz. ALİKÂŞİFOĞLU Kemalettin, "Disiplin Cezaları", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 10, S. 4, 1977, s. 33.; Ayrıca bkz. ONAR, s. 834.; Disiplin suç ve cezaları ile ceza kanunundaki suç ve cezaların karşılaştırılması için bkz. DİNÇER Yıldız, "Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 9, S. 1, 1976, s. 73.; AKGÜNER/BERK, s. 719-720.

35 Bu ilkelerin çok daha geniş ve ayrıntılı açıklaması için bkz. ATAY, 2012, s. 877-884.

36 Kanunilik ilkesinin bir yönü "kanunsuz suç olmaz" prensibidir. Bir fiil işlenmeden önce, bu fiilin suç olduğuna ilişkin kanuni düzenleme yoksa suçun işlendiğinden söz edilemez (ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Genel Hükümler, s. 66.); Kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezalarında da geçerli olması Anayasa'da yer alan "kanuni idare" ilkesinden ileri gelmektedir (LİVANELİOĞLU, s. 20).

37 Bu ilkenin disiplin hukukunda da geçerli olduğuna Danıştay 5. Dairesinin şu kararından ulaşılmaktadır. Söz konusu olayda "Meydana geldiği tarihte, hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması nedeniyle, disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan eylemleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacağı gibi... uyuşmazlık konusu işlemin tesis edildiği tarihte, uygulanma imkânı bulunmayan T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Disiplin Kurulları Yönetmeliğine dayanılarak işlem tesis edilemeyeceğinden dava konusu Yüksek Disiplin Kurulu Kurulunda mevzuata aykırılık açıktır. Açıklanan nedenlerle davacıya memurluğundan çıkarma cezası verilmesine ilişkin Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptaline karar verildi" şeklinde hüküm kurulmuştur (Danıştay 5. Dairesi, E. 1982/1131, K. 1983/6098, ve 20.6.1983 tarihli kararı); Kanunda gerekli çerçeve çizilmeden, genel ilkeler ortaya konmadan yalnızca disiplin hükümlerinin yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi hususunun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu ve ilgili kanuni düzenlemenin iptaline karar verildiği Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, E. 2018/107, K. 2018/114 ve 20.12.2018 tarihli kararı (132 Sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kurulu Kanunu'nun 10/A-7. maddesi hakkında karar).

38 "Ceza hukuku kökenli bir ilke olan ancak zaman içinde hukukun tüm dallarında geçerli bir ilke olarak benimsenen "lehe olan hükmün uygulanması ilkesi"; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiilin sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunması veya sonradan yürürlüğe giren düzenlemenin, suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehine sonuçlar doğurması durumunda, failin lehine olan sonraki normun daha önce işlenmiş olan fiillere uygulanmasını öngörmektedir. İdare hukuku alanında, kural olarak idari işlemlerin yargısal denetimi tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılmaktadır. İdari işlem niteliğindeki disiplin cezasının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de lehe olan normun uygulanması ilkesinin disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir." (Danıştay 5. Dairesi, E. 2016/16809, K. 2020/282 ve 27.1.2020 tarihli kararı).



gibi ilkeler disiplin hukukunda da geçerlidir.³⁹ Burada belirtmek gerekir ki “kanunsuz ceza olmaz” ilkesinin uygulanışı bakımından da ceza hukuku ve disiplin hukuku arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Fakat disiplin suçu oluşturacak bütün fiillerin önceden belirlenmesinin mümkün olmaması dolayısıyla ve aynı zamanda bu yönde bir düzenleme şekli disiplin hukukunun amacına aykırı düşeceğinden “kanunsuz suç olmaz” ilkesinin uygulanışı bakımından ceza hukuku ve disiplin hukuku arasında farklılıklar mevcuttur.⁴⁰

Disiplin yaptırımları ve ceza yaptırımları arasındaki farklılıklara⁴² da bakılacak olursa bunlar arasında öne çıkan farklılığın sonuçları bakımından olduğu görülmektedir. Nitekim disiplin yaptırımlarının sonuçlarının ceza yaptırımlarının sonuçlarına göre daha hafif olması aralarındaki farkı belirginleştirmektedir. Bir idari yaptırım türü olan disiplin yaptırımlarına meslek kurallarının ihlali halinde hükmedilmekte olup bunlar, hürriyeti bağlayıcı cezalar gibi ağır yaptırımlar öngören ceza hukuku yaptırımları karşısında hafif şiddettedir.⁴³

Disiplin cezasının amacı, hizmetlerin gereğince yürütülmesi, kurum ve kuruluşlarda kanunlara, yönetmeliklere ve sair mevzuata uyulması ve bu suretle sağlıklı bir işleyişin gerçekleştirilmesidir.⁴⁴ Bu sebeple, ceza kanunlarında yer alan cezalardan farklı olarak idare bazı tedbirleri alma

39 ÇAĞLAYAN, s. 528.

40 ATAY, 2012, s. 874.; Hangi durumlarda hangi disiplin cezasına hükmedileceğinin kanunlarda ayrıntılı olarak gösterilmesinin gerekip gerekmediği konusunda hukukçular arasında tartışmalar mevcuttur. Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz. LİVANELİOĞLU, s. 21-25.; “Disiplin suçu teşkil edecek davranışların neler olduğu ve bu davranışlara ne gibi disiplin cezalarının uygulanacağı önceden belirlenmiş olmalıdır” (GÜNDAY, s. 628).

41 Anayasa Mahkemesi güncel tarihli bir kararında, disiplin cezalarının da ceza hukukunun genel ilkelerine tabi olduğuna işaret etmiş ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğuna hükmeden bir Danıştay kararını bu konuda örnek göstermiştir (22. paragraf). Böylelikle Anayasa Mahkemesi, aşağıda da örnekleri gösterileceği gibi, disiplin cezaları bakımından da suç ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olduğu hususundaki yaklaşımını sürdürmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında DMK’nın 125. maddesinin kanunilik ölçütünü karşıladığı sonucuna da varmıştır (40. paragraf). Söz konusu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2017/32534 başvuru numaralı ve 21.1.2021 tarihli kararı.; Benzer yönde bkz. AYM, 2017/15845 başvuru numaralı ve 21.1.2021 tarihli kararı.; Anayasa’da yer alan suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından adli suç-idari suç ayrımı yapılmadığı ve söz konusu ilkenin disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğu hakkında bkz. AYM, E. 2018/110, K. 2018/99 ve 17.10.2018 tarihli kararı; AYM, E. 2015/85, K. 2016/3 ve 13.1.2016 tarihli kararı; AYM, E. 2010/28, K. 2011/139 ve 20.10.2011 tarihli kararı; AYM, E. 2015/22, K. 2015/37 ve 1.4.2015 tarihli kararı.

42 Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki farklılıkları açıklayan örnek Danıştay kararları için bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 848.

43 ÇAĞLAYAN, s. 528.

44 ÖZERDEM, s. 13.



konusunda yetkilendirilmiştir.⁴⁵ Ceza hukuku yaptırımlarının amacı ise kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzenini, kamu sağlığını, toplumu ve çevreyi korumak ve suç işlenmesini önlemektir.⁴⁶

Ceza hukuku yaptırımları toplum düzenini bozucu davranışlar için öngörülmüşken, disiplin yaptırımları belirli bir meslek düzenini bozucu davranışlar hakkında uygulanmaktadır.⁴⁷ Bu durum yaptırımların muhatabını da etkilemektedir. Çünkü toplum düzenini bozabilecek davranışlar o toplumda yaşayan tüm kişilerce gerçekleştirilebilecektir. Belli bir meslek düzenini ise ancak ilgili meslek mensuplarının davranışları etkileyebilir.⁴⁸

Disiplin yaptırımları, bir idari yaptırım türü olmaları dolayısıyla idari mercilerce tatbik edilirler. Fakat ceza hukuku yaptırımları ceza mahkemeleri tarafından tatbik edilmektedirler. Bunun yanı sıra idari yaptırımların yargısal denetimi yapılabilirken cezai yaptırımların idari yaptırımlara benzer şekilde bir yargısal denetimi öngörülmemiştir.⁴⁹

III. DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARMA CEZASINA ETKİSİ BAKIMINDAN CEZA MAHKEMESİ KARARLARI

A. Genel Olarak

Bazı davranışlar aynı anda birden fazla düzeni ihlal edebilmektedir. Bu bakımdan bir fiilin hem disiplin yaptırımını gerektirmesi hem de ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi durumunda memur hakkında hem disiplin soruşturması hem de ceza kovuşturması yürütülecektir.⁵⁰ DMK'da disiplin soruşturması ve ceza kovuşturmasının birbirine etkisi konusunda hükümler mevcuttur. Aynı olay bakımından memur hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olmasının, disiplin kovuşturmasını geciktiremeyeceği anılan kanunun 131. maddesinde hüküm altına alınmıştır.⁵¹ Buna ilave olarak hükmün ikinci fıkrasında,

45 TORTOP Nuri, "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", *Amme İdaresi Dergisi*, C.16, S. 3, 1983, s. 90.

46 ATAY, 2012, s. 876.

47 ÇAĞLAYAN, s. 528.; Benzer yönde bkz. KARAHANOGULLARI, s. 56.; KARATEPE Şükrü, *İdare Hukuku*, 1. Baskı, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1988, s. 153.

48 Ceza hukuku yaptırımları belli bir meslek grubunu temsil eden görevlilere değil herkese uygulanabilmektedir. Ancak ceza kanunundaki bazı suçlar bakımından failin sadece kamu görevlisi olabileceği hususu akılda tutulmalıdır (ATAY, 2012, s. 874).

49 ATAY, 2012, s. 876.

50 ÇAĞLAYAN, s. 529.; Bu durum, memurun davranışının hem kurum düzenini hem de toplum düzenini bozduğu durumlarda meydana gelir (KARATEPE, s. 154).

51 Disiplin hukukunda disiplin soruşturması ve disiplin kovuşturması arasındaki ayrım



ceza mahkemesinde hükmedilen cezanın infazı bakımından sonuç ne olursa olsun ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. Ceza mahkûmiyetinin etkisi göz önüne alındığında, ceza mahkemesi tarafından suçlu bulunmamış olmak disiplin cezasını gerektiren eylemin gerçekleştirilmediği hususunda kanıt oluşturmayacaktır.⁵² DMK'nın 125. maddesinin son fıkrasında ise disiplin kovuşturmasının yapılmış olmasının ayrıca ceza kovuşturması açılmasına etki etmeyeceği düzenlenmiştir. Yukarıdaki hükümle (131. madde) birlikte değerlendirildiğinde ceza kovuşturması ve disiplin soruşturmasının yürütülmesinin birbirinden bağımsız olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.⁵³

Ceza mahkemesinde başlatılan soruşturmanın sonucunun disiplin kovuşturmasında beklenmemesinin birtakım nedenleri mevcuttur. İlk nedeni, disiplin cezası sürelerinin geçirilmesinin gündeme

ceza muhakemesi hukukunda olduğu gibi belirgin olmadığından bu çalışmada disiplin soruşturması kavramı kullanılmış, yalnızca kanun hükmünde "disiplin kovuşturması" olarak ifade edilen kısımlar aktarılarak "disiplin kovuşturması" kavramı kullanılmıştır.

- 52 "Disiplin hukukunun esaslarından birisi de kamu görevlilerine karşı yürütülen disiplin soruşturmasının bağımsızlığıdır. Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin soruşturmasının ceza kovuşturmasından bağımsız olduğu açıkça vurgulanmış (m. 125/7) ve memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmamasının ayrıca disiplin yaptırımının uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir." (AYİM 3. Dairesi, E. 2004/29, K. 2004/580, ve 25.3.2004 tarihli kararı).; "659 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinde memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hallerinin ayrıca disiplin cezası uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca disiplin cezasına ilişkin işlemlerin ceza yargılamasından bağımsız düşütülmesi gerektiği, ceza yargılamasında davanın zamanasını nedeniyle ortadan kaldırılması kararının, eylemin davacı tarafından gerçekleştirilmediğini ortaya koymadığı anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." (Danıştay 12. Dairesi, E. 2019/2399, K. 2019/5060 ve 19.6.2019 tarihli kararı).
- 53 DMK'nın 125. maddesinin son fıkrasında ifade edilen durumu "ceza kovuşturmasının bağımsızlığı" şeklinde, 131. maddede ifade edilen durumu "disiplin soruşturmasının bağımsızlığı" şeklinde ifade eden görüş için bkz. AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 765.; Ceza kovuşturması ve disiplin soruşturmasının bağımsızlığı hakkında bkz. Danıştay 5. Dairesi, E. 2017/10102, K. 2019/2250 ve 27.3.2019 tarihli kararı.; "Her ne kadar davacı hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunmakta ise de, yargı ayrılığı sisteminin benimsendiği ülkemizde, yargı kollarının kararlarının kanunda açıkça yazılmadıkça diğerini bağlamaması ((Medeni Hukuk/Borçlar Hukuku - Ceza Hukuku ilişkisinde bu tür kanun hükümleri mevcuttur. Ayrıca 657 Sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesi de bu tür bağlayıcılık ilişkisine bir örnektir.)), (Bkz. Polat, Şevket, *Memur Disiplin Hukuku- Ceza Hukuku İlişkisi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Yüksek Lisans Projesi*, s. 51 vd., Ankara, Haziran-2010)), 657 Sayılı Kanun'un 131. maddesi göz önüne alındığında, bu karar Ceza Hukuku bakımından bağlayıcılık teşkil etmesine karşılık Memur Disiplin Hukuku yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır." (Danıştay 12. Dairesi, E. 2013/8324, K. 2014/1882 ve 21.3.2014 tarihli kararı).; "Aynı kişi işlediği suçtan dolayı hem disiplin cezası hem de sivil mahkemelere mahkûmiyet cezası alabilir. Birinin kararı diğerini etkilemez ve bağlamaz (TORTOP, s. 91).

gelebileceğidir.⁵⁴ Buna karşılık ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmemesi, disiplin suçuna neden olan fiilin aynı zamanda ceza hukuku bakımından da suç oluşturması halinde birtakım sorunlara da yol açabilecektir.⁵⁵ Çünkü doktrinde ve uygulamada “hukuka aykırı olsa dahi disiplin cezalarının geri alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.”⁵⁶ Yabancı mevzuat hükümlerine bakıldığında, özellikle İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre, bu durumun dikkate alındığı ve aynı zamanda disiplin cezasını gerektiren bir suçtan dolayı adli makamlarca yürütülen kovuşturma mevcutsa, disiplin soruşturmasının durdurulması ve adli makamlarca yürütülen kovuşturmanın sonucunun beklenmesinin zorunlu olduğu hususunun hükme bağlandığı görülmektedir.⁵⁷

Aynı zamanda suç oluşturan disiplin cezaları bakımından idare mahkemesi tarafından yapılan yargılamalarda ceza mahkemesindeki yargılamanın sonucunun beklenmemesi veya yargılama sonuçlandıktan sonra verilen kararın idare mahkemesince yeniden değerlendirmemeye alınmaması farklı uygulamalara yol açabilmektedir. Nitekim bu konuda Danıştay bir kararında: *“Suçun 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda açıkça tanımlanmış olması nedeniyle, davacının bu suçu işleyip işlemediği ancak ceza mahkemesince verilecek karar sonucunda belirlenebilecek olduğundan; ceza davasının nihai olarak sonuçlanıp sonuçlanmadığı hususunun İdare Mahkemesince araştırılması ve ceza yargılaması sonucunda verilecek nihai karar da göz önünde bulundurularak, davacı tarafından, disiplin cezasına konu fiillerin işlenip işlenmediği konusunda yeniden bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeksizin verilen İdare Mahkemesi kararının bu işleme yönelik kısmında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”* şeklinde karar vermiştir.⁵⁸

54 Aynı yönde bkz. PINAR İbrahim/ÇALIŞKAN Öner, **Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 43.; Bu hükmün (131. madde) zamanlaşımı düzenlemesi dikkate alınarak konulduğu ifade edilmektedir (LİVANELİOĞLU, s. 39).

55 ASLAN/ALTINDAÇ, s. 31.

56 KARAHANOĞULLARI, s. 64.

57 ALİKAŞIHOĞLU, s. 34.

58 Danıştay 5. Dairesi, E. 2019/545, K. 2019/4200 ve 19.6.2019 tarihli kararı.; Aynı yönde bkz. “Bir memura isnat olunan disiplin cezasına konu fiillerin, Türk Ceza Kanunu mucibince de cezalandırılmasının gerekli olması durumunda, disiplin cezası hakkında karar verilmesi için mevcut deliller yeterli görülmeyle ceza mahkemesi kararına ihtiyaç duyulduğu kanaati hâsıl olmuşsa, disiplin cezasına konu fiilin hukuki denetiminden önce ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerekmektedir...Bu durumda, İdare Mahkemesi tarafından, ceza yargılaması neticesinde verilecek karar kesinleştiğinden sonra disiplin cezasına konu fiillerin işlenip işlenmediği konusunda değerlendirme yapılmak suretiyle bir



Bir başka kararında Danıştay, yine benzer şekilde aynı olay bakımından ceza mahkemesinde delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararının idare mahkemesinde, aynı fiiller sebebiyle verilmiş disiplin cezasının iptali hakkındaki davada değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. *“Davacının disiplin soruşturmasına konu aynı fiilleri nedeniyle hakkında yapılan ceza yargılamaları sonucunda üzerine atılı suçlardan mahkûmiyetine yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatine karar verildiği, kararların henüz kesinleşmediği anlaşılmıştır. Bu durumda; davacının, yukarıda belirtilen adli yargı kararları sonucu beraatine esas olan fiillerinin, görülmekte olan dava konusu uyumsuzluğun da temelini oluşturduğu anlaşıldığından, idare mahkemesince söz konusu adli yargı kararlarının değerlendirilmesi suretiyle yeni bir karar verilmesi gerektiğinden, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”*⁵⁹

DMK hükmü (m. 131) göz önüne alındığında aynı zamanda suç teşkil eden fiiller bakımından disiplin yaptırımının ceza yaptırımından bağımsız olduğu sonucuna varılmaktadır. Fakat bu sonuç mutlak anlamda geçerli değildir.⁶⁰ Genel kural disiplin soruşturması ve ceza muhakemesinin beraber yürümesi ve birbirinden bağımsız oluşu şeklinde gözükse de yargı yerlerince somut olaya göre farklı kararlar verilmektedir. Yukarıda verilen örnek kararlarda da görüldüğü gibi kimi zaman Danıştay özellikle ceza mahkemesince yürütülen yargılamanın sonucunun beklenmesi gerektiğine karar vermektedir. Bu durumda ceza mahkemesi kararlarının verilen disiplin cezaları, özelde de devlet memurluğundan çıkarma cezaları yönünden tamamen birbirinden bağımsız olduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. İlerleyen kısımda buna ilişkin çeşitli kararlar ve yaklaşımlar incelenecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), duruşma sonunda hükmün verileceğini ifade etmiş ve devamında ceza mahkemesince verilecek

karar verilmesi gerektiğinden, bu yönde bir araştırma yapılmadan verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.” (Danıştay 5. Dairesi, E. 2017/10102, K. 2019/2250 ve 27.3.2019 tarihli kararı); Danıştay 16. Dairesi, E. 2015/6306, K. 2015/4109 ve 25.6.2015 tarihli kararı.

59 Danıştay 12. Dairesi, E. 2019/2495, K. 2020/1530 ve 24.2.2020 tarihli kararı.; Aynı yönde bkz. “...davacıya isnat edilen disiplin cezasına konu eylemler ile adli kovuşturmayla konu eylemlerin aynı olduğu, disiplin soruşturmasında adli soruşturma aşamasında elde edilen delillerin kullanıldığı dikkate alındığında Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesince E:2015/281 Sayılı dosyada yapılan yargılama neticesinde verilecek olan kararın beklenilerek yeni oluşan duruma göre bir karar verilmesi gerektiği...” (Danıştay 12. Dairesi, E. 2017/3903, K. 2018/2791 ve 21.6.2018 tarihli kararı); Danıştay 5. Dairesi, E. 2016/17617, K. 2018/7085 ve 7.2.2018 tarihli kararı.

60 ÇAĞLAYAN, s. 529.



hüküm çeşitlerini düzenlemiştir.⁶¹ Buna göre hüküm çeşitleri; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi şeklindedir (CMK m. 223). Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan (CMUK) farklı olarak CMK'da ceza verilmesine yer olmadığı kararı yeni bir hüküm çeşididir.⁶² Hüküm çeşitlerinden başka ceza mahkemesi tarafından verilen ve kişinin durumunu etkileyen bazı kararlar bulunmaktadır. Durma kararı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi, af müesseseleri de bu kapsamda incelenecektir.

B. Beraat Kararının Etkisi

Beraat, Arapça kökenli bir kelime olup günlük hayattaki kullanımıyla "aklanma" anlamına gelmektedir.⁶³ CMK'da terim anlamıyla tanımı yapılmamış olsa da hangi hallerde beraat kararı verileceği sayılmıştır. Buna göre; yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde beraat kararı verilecektir (CMK m. 223). Bu kararların sonuçları ceza muhakemesi yönünden aynı olsa da disiplin cezaları yönünden, özellikle de devlet memurluğundan çıkarma cezası yönünden farklı etkiler doğurabilmektedir. Ancak beraat kararı verilmesi halinde dahi, ceza hukuku bakımından suç teşkil etme kabiliyeti olmayan fiillerin disiplin suçu oluşturma ihtimalinin her zaman var olacağı unutulmamalıdır.⁶⁴

1. Yüklenen Fiilin Kanunda Suç Olarak Tanımlanmamış Olması

Bir hareketin suç niteliğine sahip olabilmesi için başta yasal tanıma uygun olması gerekir.⁶⁵ Fiilin suç sayılmaması veya daha sonra suç

61 ŞAHİN Cumhuriyet/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 179.

62 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAĞIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 695. (Ceza Muhakemesi)

63 sozluk.gov.tr

64 OĞURLU Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu 'Ne Bis İn İdem' Kuralı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C. 52, S. 2, s. 114.

65 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAĞIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 205. (Genel Hükümler); Suç, tipikliğe (kanuni tanıma) uygun ve hukuka aykırı fiiller olarak tanımlanmaktadır. Tipiklik konusundaki açıklamalar için bkz. AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 200-204. (2016)



olmaktan çıkarılması durumunda kişinin işlediği fiil ceza hukuku bakımından önemsiz kabul edilmektedir ve beraatini gerektirmektedir. Bir fiilin, hukuka aykırılık unsuru dâhil suçun unsurlarındaki eksiklikten dolayı tipe uygun olmaması halinde mahkeme bu sebebe dayanarak beraat kararı vermektedir.⁶⁶

Kanunda suç olarak tanımlanmamış bir fiilden dolayı veya suçun unsurlarının söz konusu fiil bakımından oluşmadığına karar verilmesi halinde aynı fiil nedeniyle verilmiş devlet memurluğundan çıkarma cezasının durumu konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Örneğin, bir kararında Danıştay, suçun unsurlarının oluşmaması sebebiyle verilen beraat kararının (sadece aynı fiil bakımından) disiplin hukuku yönünden bağlayıcı olup aynı suç kapsamında değerlendirileceğini ve bu sebeple disiplin cezası verilemeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁷

Danıştay'ın bu konuda benzer kararları mevcuttur. Örneğin, "... bir kamu görevlisinin üzerine atılı disiplin suçu aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı...gerekçesiyle ilgili beraat etmişse, bu beraat kararının disiplin hukuku yönünden de bağlayıcı nitelikte olacağı açıktır."⁶⁸ şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

Dinçer, bu konuda Danıştay kararının aksi yönünde görüş beyan etmiştir. Ona göre, ceza hukuku bakımından fiilin suç niteliğinde olmadığı yönünde verilen beraat kararları ile suçun unsurlarının oluşmadığı yönünde verilen beraat kararları, memuru disiplin soruşturmasından kurtaramaz.⁶⁹ **Onar** da, bir fiilin ceza hukuku bakımından suç sayılmaması veya suçun unsurlarının oluşmaması sebeplerine dayanarak verilen beraat kararının memurlar için mesleki bakımdan yaptırım uygulanmasını engellemeyeceği kanaatindedir. Zira ceza kanununun uygulanmasını gerektirmeyen fiiller memurlar için disiplin yaptırımı uygulanmasını gerektirebilir.⁷⁰

Yargı kararlarında, beraat kararlarının bu türü açısından, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararları ile karşılaştırılarak bir değerlendirme yapıldığı ve bu ikisi arasında bir ayrıma gidildiği

66 YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ağustos 2019, Ankara, s. 766.

67 Danıştay 5. Dairesi, E. 2017/10102, K. 2019/2250 ve 27.3.2019 tarihli kararı.

68 Danıştay 10. Dairesi, E. 1987/1637 K. 1989/1877 ve 26.10.1989 tarihli kararı.

69 DİNÇER, s. 86.

70 ONAR, s. 835.

görülmektedir. Buna göre, suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle verilen beraat kararlarının disiplin hukuku yönünden de bağlayıcı olacağı ancak delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararlarının mutlak anlamda bağlayıcılık niteliği taşımadığı, çünkü bu hükmün tam anlamda aklanmayı içermediği ifade edilmiştir.⁷¹

Konu hakkında doktrin ve yargı yerlerinin farklı yaklaşımlar sergilediği görülmektedir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi özelinde bir değerlendirme yapıldığında, kanaatimizce, Danıştay'ın yaklaşımını esas almak gerekir. Bilindiği gibi, devlet memurluğundan çıkarma cezası memur hukukunda cari disiplin yaptırımları içerisinde en ağır olanıdır. Savunduğumuz bu görüşe karşılık, disiplin yaptırımlarının koruduğu alanın kamu kurum ve kuruluşlarının iç işleyişi olduğu ve memurun söz konusu fiilinin bu işleyişi ihlal ettiğinin göz ardı edilemeyeceği ileri sürülebilirse de devlet memurluğundan çıkarma cezasının ağırlığı karşısında disiplin merciinin takdiri yerine, ceza mahkemesi tarafından verilen yargısal nitelikteki kararın bağlayıcı olması gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Yüklenen Suçun Sanık Tarafından İşlenmediğinin Sabit Olması

Sanığın isnat edilen fiili gerçekleştirmediği veya bu şekilde bir olayın gerçekleşmediği sabit olursa beraat kararı verilmektedir.⁷² Bir fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması hali farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bir halde, sanığın değil fakat suçu başkasının işlediği %100 kesinlikte ispatlanmış olabilir. Bir diğer durumda, ele geçen delillerden sanığın suçu işlemediğine ulaşılmaktadır. Örneğin, sanığın olay tarihinde yurt dışında olması halinde (diğer deliller de değerlendirildiğinde) sanığın suçu işlemediğine ulaşılabilecektir.⁷³ Yine, memurun üzerine atılı suçu işlediği yönünde hiçbir delil mevcut değilse ve beraat kararı da bu gerekçeyle verilmişse söz konusu suçu memurun işlediğine dayanılarak disiplin cezası verilemez.⁷⁴

Aynı zamanda disiplin suçu teşkil eden fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması halinde ceza mahkemesinin verdiği beraat kararı memur hakkında hükmedilen memurluktan çıkarma cezasını

71 Danıştay 10. Dairesi, E. 1987/2015 K. 1987/1721 ve 27.10.1987 tarihli kararı.; Danıştay 10. Dairesi, E. 1987/1637 K. 1989/1877 ve 26.10.1989 tarihli kararı.

72 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 767.; YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 522.

73 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Muhakemesi**, s. 693.

74 ALİKAŞIYOĞLU, s. 36-37.



etkilemektedir. Bu karar bağlayıcıdır ve kişi hakkında artık disiplin soruşturması yapıp ceza verilememektedir.⁷⁵ Nitekim bu husus bir Danıştay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Ceza yargılaması neticesinde...suçun o kişi tarafından işlenmediği gerekçesiyle verilen beraat kararının, disiplin cezası bakımından da sadece aynı suç nev’i bakımından bağlayıcı olacağı, başka bir ifadeyle, ceza yargılamasının (beraat kararının) konusunu teşkil eden suç, disiplin hukuku yönünden de aynı suç kapsamında değerlendirilerek disiplin cezası verilemeyeceği kuşkusuzdur.”⁷⁶ Çünkü söz konusu suçu işlemediği mahkeme kararıyla kesin hüküm olarak ortaya konmuş memur hakkında idari soruşturma yapıp suçunun sabit olduğu ileri sürülerek disiplin cezası verilmesi hukuka aykırı olacaktır.⁷⁷

Bir başka kararında da Danıştay ceza kanununa göre yapılan yargılama sonucu suçsuz kabul edilen kişi hakkında yapılacak disiplin soruşturmasında ilgilinin üzerine atılı suçun disiplin soruşturmasına dayanak alınamayacağına karar vermiştir.⁷⁸

Ceza mahkemesi tarafından memurun fiili işlemediğine karar verildiğinde disiplin amiri veya disiplin kurulu söz konusu fiilin memur tarafından işlendiği yönünde bir karar veremeyecektir.⁷⁹ Bu yönde bir karar vermesi ise yargı kararının tanımama anlamına gelecektir.⁸⁰

3. Yüklenen Suç Açısından Failin Kast ve Taksirinin Bulunmaması

Bir suçun oluşumunda işlenen fiil ile kişi arasında bağlantı bulunması gerekir. Bu durum suçun unsurlarından biri olan manevi unsur ile ilgilidir. Suçun kanuni tanımında yer alan manevi unsur gerçekleşmediği takdirde bir suçun meydana geldiğinden söz edilemez. Manevi unsur dendiğinde kast ve taksir düşünülmalıdır.⁸¹

Kast, failin suçun kanuni tanımındaki haksızlık teşkil eden unsurları bilerek fiili işlemesi olarak ifade edilmektedir.⁸² Kastın varlığı için önemli

75 ASLAN/ALTINDAÇ, s. 34.; KARAHANOĞULLARI, s. 65’te bu tür bir kararın disiplin soruşturmasında bağlayıcı olacağını ifade etmektedir.; Aynı yönde ONAR, s. 835.

76 Danıştay 5. Dairesi, E. 2017/10102, K. 2019/2250 ve 27.3.2019 tarihli kararı.

77 DİNÇER, s. 86.

78 Danıştay 10. Dairesi, E. 1984/907, K. 1984/1860 ve 12.11.1984 tarihli kararı.

79 PINAR/ÇALIŞKAN, s. 44.

80 OĞURLU, s. 117.

81 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, 2018, Ankara, s. 236.; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 337.

82 ÖZGENÇ, s. 239.; “Suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurlar kast kapsamına dahildir.” (ÖZGENÇ, s. 240).



olan, kişinin davranışlarını belli bir amaca yönlendirmiş olmasıdır.⁸³ Kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” (TCK m.21/1). Bir Danıştay kararında da kast, buna benzer şekilde ifade edilmiştir: “Kast, Ceza Hukukunda ve Disiplin Hukukunda failin, bilerek ve isteyerek bir zararın doğmasını istemesi olarak tanımlanmaktadır.”⁸⁴

Taksir⁸⁵ ise kasttan haksızlık içeriği dolayısıyla ayrılmaktadır.⁸⁶ Nitekim TCK (Türk Ceza Kanunu) 22. maddesinde taksirin hangi hallerde cezalandırılacağını açıklamıştır. Buna göre, “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır” (TCK m. 22/1) denmektedir. Bu kısımdan da anlaşılabilceği gibi taksirin cezalandırıldığı durumlar kanunda belirtilen suçlarla sınırlıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında taksirin tanımı yapılmıştır. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2).

Failin bir suçun oluşumunda kastının bulunmaması veya aranan hallerde taksirinin bulunmamasının sabit olması durumunda suç oluşmayacaktır. Bu durumda uyuşmazlığı doğrudan çözen bir beraat kararı verilecektir.⁸⁷

Kast ve taksir suçun oluşumunda manevi unsura karşılık gelmektedir. Manevi unsurun mevcut olmaması halinde suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilecektir. Bu bakımdan fiilin kanunda suç olarak tanımlanmaması alt başlığı altında yapılan açıklamaların bu başlık için de geçerli olacağını düşünmekteyiz. Dolayısıyla, suçun işlenmesinde kast ve taksirin bulunmaması sonucu verilen beraat kararları da disiplin hukuku bakımından bağlayıcı olmalıdır. Çünkü ceza mahkemesi tarafından suçun manevi unsurunun eksik olduğu yönünde yapılan değerlendirme karşısında disiplin mercii bunun aksine hükmedememelidir.

83 ÖZGENÇ, s. 240.; AKBULUT, 2016, s. 349.

84 Danıştay 12. Dairesi, E. 2016/5782, K. 2020/50 ve 14.1.2020 tarihli kararı.

85 Taksir, hukukumuzda bilinçli ve bilinçsiz taksir olarak ikiye ayrılmaktadır. Bilinçli taksir ile bilinçsiz taksirin farkı “bilme” kısmında kendini göstermektedir. Bilinçli taksirde fail kanuni tanımda yer alan unsurların gerçekleşme imkânını bilerek hareket etmekte, bilinçsiz taksirde ise fail uyması gereken dikkat ve özen kurallarına uymayarak kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşeceğini öngörememektedir (AKBULUT, 2016, s. 382-383).

86 ÖZGENÇ, s. 8.

87 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 767.



4. Yüklenen Suçun Sanık Tarafından İşlenmesine Rağmen Olayda Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Bulunması

Suçun unsurlarından birisini hukuka aykırılık unsuru oluşturmaktadır. Hukuka aykırılık, işlenen fiilin hukuk düzeni tarafından kabul görmediğinin bir ifadesidir.⁸⁸ Hukuka aykırılık aynı zamanda bir fiilin bir özelliğine, hukuk düzeni ile arasındaki uyumsuzluğa işaret etmektedir.⁸⁹ Bir fiil hukuka aykırılık teşkil etmiyorsa, onu hukuka uygun yapan bir neden mevcutsa suç oluşmayacaktır.⁹⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde fiil kanuni tanıma uygun olmasına rağmen hukuka aykırı değildir. Hukuka uygunluk nedenleri kendi sınırları içinde kalınması koşuluyla başkasının hukuki alanına müdahale hakkı vermektedir. Son olarak belirtilmelidir ki hukuka aykırılığı kaldırıp hukuka uygun hale getiren sebepler hukuk düzeninin tümüne bakılarak belirlenmelidir.⁹¹

Türk ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlendiği “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” kısmındaki düzenlemelerin niteliği konusunda hukuka uygunluk nedeni olup olmadıkları veya kusurluluğu kaldırıp yahut azaltan nedenler olup olmadıkları konusunda tartışmalar olmakla birlikte konumuz açısından bu tartışmalar⁹² irdelenmeyecektir. Bunun yerine hukuka uygunluk nedenlerini şöyle sıralayabiliriz; hakkın kullanılması, kanun hükmünün yerine getirilmesi, hukuka uygun emrin ifası, meşru savunma ve ilgilinin rızası.⁹³ Fail tarafından işlenmiş tipe uygun bir suçta hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda beraat kararı verilir.⁹⁴

Hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin tümüne bakılarak belirleneceğinden, etkisi de tüm hukuk düzeni bakımından geçerlidir.⁹⁵ Buna göre, hukuk düzenince hukuka uygun kabul edilen bir fiil disiplin hukuku bakımından da hukuka uygun kabul edilmelidir. Ayrıca hukuk

88 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 10. Baskı, İstanbul, Mayıs 1994, s. 665.’den aktaran: ÖZGENÇ, s. 305.

89 ÖZGENÇ, s. 310.

90 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 273.

91 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2017, s. 270-271.; CENTER/ZAFER/ÇAKMUT, s. 287.

92 Bu tartışmalar için bkz. ÖZGENÇ, s. 313-315.; AKBULUT Berrin, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 460. (2018)

93 ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 385.

94 NUHOĞLU/YENİSEY, s. 767.

95 KARAHANOĞULLARI, s. 68.



düzeni tarafından izin verilen fiiller memurlar için disiplin soruşturması yürütülmesine neden olmaz.⁹⁶ Dolayısıyla, örneğin kendisine karşı gerçekleştirilmekte olan haksız bir fiziki saldırı karşısında o anda orantılı şekilde saldırıya karşılık veren memur hakkında, saldırıya karşılık verdiği fiillerinden ötürü devlet memurluğundan çıkarma cezası verilemez.⁹⁷

Burada disiplin suçları için geçerli olabilecek bir hukuka uygunluk sebebi olan “hukuka uygun emrin ifası”na ayrıca değinmek gerekebilir. Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emre itiraz etmiş ancak amirinin söz konusu emri yazılı olarak tekrarlaması sebebiyle bu emri yerine getirmek zorunda kalmış memur, fiilleri devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektirse bile bu fiillerinden sorumlu olmayacaktır.⁹⁸ Ancak bu durumun dışında, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez ve yerine getiren kişi de sorumluluktan kurtulamaz (Anayasa m. 137, DMK m. 11).

5. Yüklenen Suçun Sanık Tarafından İşlendiğinin Sabit Olmaması (Delil Yetersizliği Nedeniyle Beraat Kararı Verilmesi)

Bir fiilin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin sabit olmaması farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Ele geçen deliller mevcut olmakla birlikte mahkûmiyet kararı verilmesi için bu deliller yeterli olmayabilir. Veya sanığın suçu işlediğine dair hiç delil bulunmayabilir. Birinci durumda delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilecektir. İkinci durumda ise delil yetersizliği gerekçesine dayanmadan beraat kararı verileceği ifade edilmektedir.⁹⁹

Disiplin hukuku cezalandırma açısından ceza hukuku ile benzer özellikler taşımakta olup kişinin cezalandırılabilmesi için davranışlarının kesin ve şüpheye yer vermeyecek şekilde kişinin suçu işlediğine işaret etmesi ve maddi gerçeğin tüm yönleriyle ortaya konması gerekmektedir. Disiplin hukukuna aykırı fiilleri kesin olarak ortaya konamayan kişilerin yargılanmasında da evrensel hukukta ve ceza hukukunda geçerli olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.¹⁰⁰

96 LİVANELİOĞLU, s. 32.

97 Benzer bir örnek için bkz. ONAR, s. 837.

98 LİVANELİOĞLU, s. 33.

99 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 693-694.

100 Danıştay 12. Dairesi, E. 2018/10094, K. 2019/4440 ve 12.6.2019 tarihli kararı.; YURTCAN, s. 523.



Bir fiilin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin ele geçen delillerle kesin olarak ortaya konamaması halinde sanık hakkında beraat kararı verilecektir. Bu şekilde verilen beraat kararlarının devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerindeki etkisine yönelik çeşitli kararlar bulunmaktadır. Danıştay verdiği kararlarda kimi zaman bu şekilde beraat eden sanığa söz konusu suçtan dolayı verilen memurluktan çıkarma cezalarını hukuka aykırı bulurken kimi zaman beraat kararı mevcut olsa dahi memurluktan çıkarma cezası verilmesini hukuka uygun bulmaktadır. **Karahanoğulları**, Danıştay'ın, ek gerekçeler ve deliller bulunması halinde delil yetersizliğinden dolayı verilen beraat kararına rağmen disiplin cezası verilebileceği yaklaşımında olduğunu ifade etmiştir.¹⁰¹

Bunun yanında aynı zamanda disiplin suçu teşkil eden fiiller bakımından çoğu zaman beraat kararının disiplin cezasını da hukuka aykırı hale getirdiği görülmekle birlikte disiplin cezasına dayanak teşkil eden fiillerin başka bir disiplin cezasına konu olması durumunda bu beraat kararının verilecek diğer disiplin cezalarına etki etmeyeceği de ifade edilmelidir.¹⁰²

Konuyla ilgili bir olayda, zimmet suçunu teşkil eden fiilleri dolayısıyla hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası tesis edilen sanık hakkında ağır ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucu mahkûmiyet kararı verilmiş fakat bu karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. Bu süreçte devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptaline ilişkin olarak idare mahkemesinde açılan davanın ise reddine karar verilmiştir. Olay önüne gelen Danıştay ise, delillerin sanığın söz konusu suçu işlediğine dair yeterli olmadığı değerlendirmesini yapmış ve kaldı ki sanığın “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” gerekçesiyle beraatine karar verilmesi karşısında devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptali için açılan davada idare mahkemesince ret kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Kararda, *“Dava dosyasının incelenmesinden; İzmir 8. İş Mahkemesi’nde ara kararların yerine getirilmesi için taraflardan alınan pulların sürekli olarak azalması üzerine, pulların akibetinin belirlenmesi için muhafaza edildiği yerleri gösterecek şekilde mahkeme personelince kaleme kamera yerleştirildiği,*

101 KARAHANOĞULLARI, s. 67.

102 Delil yetersizliğinden dolayı ceza mahkemesinde beraat eden sanığın fiilleri başka bir disiplin suçu oluşturuyorsa bu durumda disiplin hukuku yönünden başka bir disiplin cezası ile cezalandırılmasında bir engel bulunmamaktadır (Danıştay 5. Dairesi, E. 2017/10102, K. 2019/2250 ve 27.3.2019 tarihli kararı).

26.04.2011 tarihinde mahkeme hâkimi ve bir zabıt kâtibi tarafından düzenlenen tutanak ile 25.04.2011 tarihinde kaydedilen kamera görüntüsünde, öğle arası olması sebebiyle diğer bir zabıt kâtibinin masasındaki klavyesinin altına duran pulları davacının alarak kendi odasına götürdüğüünün tespit edildiği, davacının disiplin soruşturmasına konu eylemi sebebiyle hakkında zimmet suçundan dolayı yargılandığı İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 22.02.2012 tarih ve E:2011/332, K:2012/55 Sayılı kararı ile davacının 2 yıl 7 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, davacı tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay 5. Dairesinin 04.04.2013 tarih ve E:2012/1528, K:2013/2735 Sayılı kararı ile bozulması üzerine aynı Mahkemenin 28.01.2014 tarih ve E:2013/183, K:2014/34 Sayılı kararıyla yine mahkûmiyetine karar verildiği, bu kararın da Yargıtay 5. Dairesinin 10.07.2014 tarih ve E:2014/4482, K:2014/7580 Sayılı kararı ile bozulması üzerine aynı Mahkemenin 25.11.2014 tarih ve E:2014/268, K:2014/504 Sayılı kararı ile davacının, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223/2-e maddesi uyarınca "yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" gerekçesiyle beraatine karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, gizli kamera yerleştirmek suretiyle yasaya aykırı şekilde elde edilmiş kayıtların tek başına delil niteliğinin olmadığı, yaklaşık üç yıl boyunca davacıya isnat edilen suçtan dolayı kuşku duydukları halde kalem personeli ve hâkiminin kaybolan pullara dair herhangi bir tespit yapmadığı, konuyu yetkili makamlara taşımadıkları, tanık ifadelerinin görgüye dayalı olmayan, şüphe ve varsayıma dayanan ifadeler olduğu, bu ifadelerden davacının fiilinin sübuta erip ermediğinin tespitinin mümkün olmadığı, kaldı ki yargılandığı ceza davasında, davacının 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-e maddesi uyarınca "yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" gerekçesiyle beraat ettiği göz önüne alındığında, davaya konu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, İzmir 2. İdare Mahkemesi'nin 07.03.2014 tarih ve E:2013/1276, K:2014/373 Sayılı kararının, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca bozulmasına..."¹⁰³ şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu kararında Danıştay, suçu işlediği sabit olmayan ve yeterli delillerle kanıtlanamamış sanık hakkında aynı fiilleri dolayısıyla verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Konuyla ilgili bir başka olayda, DMK'nın 125/E-g maddesine binaen devlet memurluğundan çıkarma cezası verilen sanık hakkında, disiplin

103 Danıştay 16. Dairesi, E. 2015/14258, K. 2015/4219 ve 1.7.2015 tarihli kararı.



cezası verilmesine sebep olan aynı fiil bakımından ceza mahkemesinde delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilmiştir. İdare mahkemesinde söz konusu cezanın iptali için açılan davada mahkeme, beraat eden davacıya verilen disiplin cezasının dayanaksız kaldığından bahisle devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptaline karar vermiştir. Temyiz incelemesini yapan daire ise, *“memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmanın Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil olarak kabul edildiği, aynı Yasanın 131. maddesinde de memurun ceza kanununa göre mahkûm olması ya da olmamasının ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinin belirtildiği, aynı fiilden dolayı yapılan ceza yargılaması sonucu ... 2. Asliye Ceza Mahkemesinde E: 1996/177, K: 1999/95 sayılı kararıyla delil yetersizliğinden beraatine hükmedildiği ve bu kararın temyiz edilmeyerek kesinleştiğinin anlaşıldığı, dava dosyası ile soruşturma dosyasının ve soruşturma dosyasında bulunan ifadelerin birlikte incelenip değerlendirilmesi sonucu davacının disiplin hükümleri bakımından üzerine atılı fiili işlediği sonucuna ulaşıldığı, 657 sayılı yasanın yukarıda belirtilen 131. maddesine göre de, memurun Ceza Kanununa göre mahkûm olması ya da olmamasının ayrıca disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil etmediğinden, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı”* gerekçesiyle idare mahkemesi tarafından verilen kararı bozmuştur. İdare mahkemesinin kararında ısrar etmesi üzerine davayı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, davacının fiilinin disiplin hükümleri bakımından memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler kapsamında bulunduğu tespitini ile memurun devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Bu kararında Danıştay delil yetersizliği sebebiyle beraat eden kişinin ceza mahkemesinde aklanmış olmasının devlet memurluğundan çıkarma cezasını etkilemeyeceğini içtihat etmiştir.¹⁰⁴

104 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), E. 2003/67, K. 2003/436 ve 20.6.2003 tarihli kararı; Aynı yönde bkz. *“...ceza yargılaması yönünden delil yetersizliğine bağlı olarak verilen bu hükmün, yapılan soruşturma sonucu sübuta eren memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunma eylemini ortadan kaldırmadığı, söz konusu kararda isnat edilen eylemlerin kesin olarak davacı tarafından gerçekleştirilmediği yönünde bir belirleme olmadığı, sadece davacının ceza hukuku yönünden cezalandırılabilmesi için kasetin yeterli delil olamayacağı hüküm altına alındığı; dolayısıyla anılan Ceza Mahkemesi kararının davacının disiplin cezası ile cezalandırılması açısından bağlayıcı olmadığı”* şeklinde verilen idare mahkemesi kararı davayı inceleyen İDDK tarafından usul ve yasaya uygun bulunmuş ve onanmıştır (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2010/1391 K. 2011/273 ve 21.4.2011 tarihli kararı.); Danıştay 12. Dairesi, E. 2010/1494 K. 2013/4059 ve 16.5.2013 tarihli kararı.



Anayasa Mahkemesi, olaya konu fiilleri nedeniyle ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş ancak idare mahkemesinde hakkında verilen devlet memurluğundan çıkarma cezası hukuka uygun bulunmuş bir kişi hakkında masumiyet karinesi yönünden bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre bu tür bir durumda masumiyet karinesinin ikinci yönünün devreye girmesi söz konusudur. Kararda, masumiyet karinesinin ceza kovuşturmasıyla eş zamanlı olarak disiplin soruşturması yürütülmesine engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi masumiyet karinesinin ihlal edildiğine hükmettiği bu kararında özetle, idari merciin soruşturma esnasında kişinin suçlu ilan edilmesine yol açacak ifadelerin kullanımından kaçınılması gerektiğini, olay ve olguların disiplin hukuku esasları çerçevesinde ayrıca değerlendirilerek ulaşılan sonuca göre işlem tesis edilmesinin mümkün olduğunun altını çizmektedir. Disiplin merciinin buna aykırı olarak ve kendi görev sınırını aşarak kişinin üzerine atılı suçu işlediği yönünde bir izlenime sebebiyet vermiş olması söz konusu olay bakımından masumiyet karinesinin ihlal edilmesine sebep olmuştur.¹⁰⁵ Denebilir ki, disiplin mercii, ceza mahkemesinin verdiği beraat kararını sorgulayacak bir tavırdan kaçındığı ve kişinin suçlu ilan edilmesine neden olmayacak bir dil kullandığı takdirde gerekçelerini de ortaya koyarak hakkında delil yetersizliği sebebiyle beraat kararı verilmiş bir kimseye aynı fiillerinden ötürü devlet memurluğundan çıkarma cezası verebilir.

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararlarının disiplin merciiini bağlayıp bağlamayacağı konusunda farklı sonuçlar mevcuttur. Bu sebebe dayalı olarak verilen beraat kararlarında disiplin cezası vermeye yetkili merciin elindeki delilleri disiplin cezası bakımından değerlendirdiği ve gerektiği takdirde de disiplin cezası verebildiği görülmektedir.¹⁰⁶ Buradan çıkarılacak sonuç, delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararının disiplin mercii açısından mutlak anlamda bağlayıcı olmadığıdır. Çünkü deliller suç için yeterli olmasa dahi disiplin suçu bakımından yeterli görülebilir¹⁰⁷ ve olaya konu fiillerin gerektirmesi halinde memura devlet memurluğundan çıkarma cezası verilebilir.

105 AYM, 2016/13566 başvuru numaralı ve 2.7.2020 tarihli kararı.; Benzer yönde değerlendirmelerin yapıldığı bir başka karar için bkz. AYM, 2016/14253 başvuru numaralı ve 2.7.2020 tarihli kararı.

106 ALİKAŞİFOĞLU, s. 37.

107 LİVANELİOĞLU, s. 41.



C. Mahkûmiyet Kararının Etkisi

Bir sanık hakkında, bir suç işlediğinin sabit olması halinde mahkûmiyet kararı verilmektedir. Fiilin işlendiği, işlenen bu fiilin suç teşkil ettiği, suç teşkil eden fiilin sanık tarafından işlendiği hususlarının kesin olarak tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁸ Suçun işlendiğinin sabit olması, en ufak bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kişinin suç işlediğine kanaat getirilmesidir.¹⁰⁹ Bu hususlardaki şüphe yenilmeden mahkûmiyet kararı verilemeyecektir.¹¹⁰ Mahkûmiyet kararı ile kişi bir cezaya çarptırılacaktır. Bu ceza yalnızca dar anlamda ceza şeklinde olabileceği gibi güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi şeklinde de olabilmektedir.¹¹¹

Aynı zamanda disiplin suçu teşkil eden fiili işleyen kişi hakkında ceza mahkemesi tarafından fiili işlediğinin sabit olduğuna karar verilmesi halinde bu durum disiplin soruşturmasını etkileyecektir. Bu halde idarenin bu durumun aksine karar vermesi gündeme gelemez. Çünkü artık mahkûmiyet kararı ile suç tespit edilmiştir.¹¹² Şartları varsa idare, disiplin soruşturması yürütüp disiplin cezası vermesi gerekir.¹¹³

Mahkûmiyet kararlarının disiplin soruşturmasına etkisi üzerine Danıştay bir kararında, *“ceza davasının mahkûmiyetle sonuçlanması halinde bu eylemlerden dolayı ayrıca disiplin kovuşturması açılması zorunluluğu bulunmaktadır.”*¹¹⁴ ifadelerine yer vermiştir. Bu durumda açıkça görülmektedir ki, işlediği fiiller ceza davasında mahkûmiyet kararıyla cezalandırılmış kişinin aynı fiilleri sebebiyle disiplin soruşturmasına başlanıp bir cezaya hükmedilmesi gerekir. Bu gibi hallerde verilecek bir devlet memurluğundan çıkarma cezası söz konusu olduğunda mahkûmiyet kararı bu cezanın sebep unsurunu oluşturacaktır.¹¹⁵

D. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Etkisi

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının CMK ile getirildiği ifade edilmişti. Bu kararın verilmesini gerektiren haller ise CMK’da 223.

108 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 180.

109 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 701.

110 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 180.

111 YURTCAN, s. 523.; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 180.; Güvenlik tedbirine hükmedilmesi hususuna ileride değinilecektir.

112 ALİKAŞİFOĞLU, s. 36.

113 ASLAN/ALTINDAĞ, s. 33.

114 Danıştay 8. Dairesi, E. 2014/179, K. 2019/2059 ve 21.3.2019 tarihli kararı.

115 KARAHANOĞULLARI, s. 65.



maddede sayılmıştır. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı iki çeşittir.¹¹⁶ Bunlar, failin kusuru bulunmadığı gerekçesiyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen sayılan sebeplerle faile ceza verilememesi halinde verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı şeklindedir. Bu iki tür karar da farklı sebeplere dayanmaktadır. Bu sebeplere anılan maddenin 3. ve 4. fıkrasında ayrı ayrı yer verilmiştir.

Kusurun bulunmaması halinde verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı failin kınanabilirliği ile alakalıdır. Kusur önemli ölçüde azaldığı için failin cezalandırılmasında menfaat olmadığı kabul edilir. Suçun tüm özelliklerini koruduğu ikinci tür ceza verilmesine yer olmadığı kararında ise cezalandırmaya engel teşkil eden haller söz konusudur. Fiilin haksızlık özelliği devam etmekte fakat failin şahsından kaynaklanan sebeplerden dolayı ceza verilememektedir. Fiilin haksızlık özelliği devam ettiğinden bu noktada hukuka uygunluk sebeplerinden ayrıldığına dikkat edilmelidir.¹¹⁷

Failin kusuru bulunmaması sebebiyle verilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararının sebepleri şunlardır: Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması; yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi; meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması; kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi (CMK m. 223/3).

Failin işlediği fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen ceza verilmesini engelleyen haller ise 223. maddenin 4. fıkrasında şu şekilde sıralanmıştır: Etkin pişmanlık, şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı (CMK m.223/4).

Failin kusuru bulunmaması sebebiyle verilmiş bir ceza verilmesine yer olmadığı kararının etkisi bir örnek ile açıklanabilir. Olayda, aynı gün önce şefi ve amirini öldüren daha sonra da lojmana gittiğinde eşini öldüren memur hakkında Yüksek Disiplin Kurulu tarafından DMK'nın 125/E-f maddesi gereği devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanmıştır. Ağır ceza mahkemesinde yargılaması devam eden sanığın hasta olduğunu beyan etmesi üzerine Adli Tıp Kurumu

116 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 184.

117 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 697-698.



tarafından inceleme yapılmış ve sonuçta sanığın cezai ehliyeti olmadığı ve tıbben tedavisinin sağlanması gerektiği ağır ceza mahkemesine bildirilmiştir. Bu raporu esas alan ağır ceza mahkemesi sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına hükmetmiş ve sanığın tedavisinin yaptırılmasına karar vermiştir. İdare mahkemesinde disiplin cezasının iptali için açılan davanın reddedilmesi üzerine olayı inceleyen Danıştay, bu değerlendirmeler üzerine memurluktan çıkarma cezasıyla ilgili olarak *“Türk Ceza Yasasının 46. maddesinin 1. fıkrasında fiili işlediği zaman bilincinin ya da davranışının özgürlüğünü tümüyle kaldıracak biçimde akıl hastalığına tutulmuş kimseye ceza verilemeyeceği, 4. fıkrasında da, koruma ve iyileştirme altına alınan kimsenin, koruma ve iyileştirmenin yapıldığı kurumun sağlık kurulunca iyileştiğine ilişkin verilecek rapor üzerine aynı yargı organınca serbest bırakılacağı hükme bağlanmıştır. Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu kararı ve ... Ağır Ceza Mahkemesinin anılan kararlarıyla, eylem anında bilincini tamamen kaldıracak biçimde akıl hastalığına tutulmuş olan davacının ceza ehliyeti olmadığı belirtildiğinden, olay anında davacının disiplin hukuku açısından da ehliyeti bulunduğu bahsedilemez. Bu durumda, davacının rahatsızlığının da dikkate alınarak bir işlem tesis edilmesi gerekirken, Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ve davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”* şeklinde karar vermiştir.¹¹⁸

Failin kusuru bulunmaması sebebiyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen ceza verilmesine yer olmadığı kararını, kanımızca devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerine yapacağı etki bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil hakkında ceza mahkemesi tarafından failin kusuru bulunmadığına karar verilmişse disiplin mercii aksine hükmedemeyecek ve memura disiplin cezası veremeyecektir. Akıl hastası olduğu sağlık raporuyla kanıtlanan kişinin durumu da buna işaret etmektedir. Ancak fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırmayan ve yalnızca faile ceza verilmesini engelleyen durumlar disiplin mercii bağlamaz. Çünkü burada sadece birtakım sebeplerden ötürü cezalandırılmayan bir fiil mevcuttur, fiilin suç olduğunun tespiti ceza mahkemesince yapılmıştır. Bu sebeple disiplin soruşturması yapıp ilgiliye devlet memurluğundan çıkarma cezası verilebilir.

118 Danıştay 8. Dairesi, E. 1995/4538, K. 1997/1171 ve 7.4.1997 tarihli kararı.

E. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması¹¹⁹ Kararının Etkisi

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK m. 231/5). Aslında sanığın suçu işlediği sabit olmuş ve bir cezaya hükmolunmuştur. Fakat bu karardan sonra verilecek bir kararla mahkûmiyet kararının açıklanması geri bırakılmaktadır.¹²⁰ Sanık hakkında verilen mahkûmiyet kararının sonuç doğurmamasına yol açan bu müessese esasında bünyesinde iki tür karar barındırmaktadır. İlki, açıklanmasının geri bırakılması sebebiyle hüküm niteliğinde olmayan, açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarına uyulduğu takdirde düşme kararı ile ortadan kalkacak, uyulmadığı takdirde ise mahkûmiyet hükmüne dönüşecek olan hükümdür. Bu ön hüküm ikinci tür denebilecek olan hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı var olduğu sürece varlık kazanamayacaktır. Bu müessesenin en belirgin özelliği budur.¹²¹ Öncelikle, sanki uygulanacakmışçasına bir hüküm kurulmaktadır, hazır halde bulundurulmaktadır fakat uygulamaya konulmamaktadır.¹²²

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi yukarıda açıklanmıştır. Yalnızca hükümün açıklanması gecikmekte, işlenen fiillerin niteliği değişmemektedir. Buna göre bu kurumun disiplin cezalarına bir etkisi olmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹²³ Zira dava derdest olmaya devam etmektedir.¹²⁴ Bu konuda Danıştay uygulamasına bakılmalıdır.

Konuyla ilgili bir olayda, memur hakkında görevi gereği kendisine teslim edilmiş bulunan malı zimmetine geçirmeye teşebbüste bulunmak suçunu işlediğinden dolayı disiplin mercii tarafından devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanmıştır. Ceza mahkemesi söz konusu suçtan dolayı hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermiş ve bu karar kesinleşmiştir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptali için dava açan memur hakkında idare mahkemesi, memurun işlediği fiillerin zimmet suçunun unsurları ile aynı olduğu ve "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak¹²⁵" disiplin suçunu oluşturduğu

119 Ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 807.

120 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 189.

121 Danıştay 12. Dairesi, E. 2017/908, K. 2017/6060 ve 28.11.2017 tarihli kararı.

122 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 190.

123 ÇAĞLAYAN, s. 531.

124 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 194.

125 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E- (g) maddesinde, "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak"



tespiti ve idarenin işleminin hukuka aykırı olmadığı kararıyla davayı reddetmiştir. Olayı değerlendiren Danıştay, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının henüz hüküm kurulmamış olması sebebiyle masumiyet karinesi kapsamında olduğuna işaret etmiş ve idare mahkemesi tarafından açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanarak karar verilmesini isabetli bulmamıştır. “Anayasa Mahkemesinin, 13.06.2013 tarihli Kürşat Eyol (Başvuru No: 2012/665) kararında da; masumiyet karinesinin kural olarak, hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilke olduğu kabul edilmekle birlikte, ceza davasının herhangi bir sebeple düştüğü, belirli bir süre sonra şarta bağlı olarak düşeceği veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın davanın ertelendiği durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğini kabul etmek gerekeceği, çünkü bu tür durumlarda ortada henüz verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığı, bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler sebebiyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılmasının masumiyet karinesi ile çelişeceği açıkça ifade edilmiştir. Uyuşmazlıkta, davacı hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yukarıda bahsedilen niteliği gereği bu aşamada hukuki etkiye sahip olmadığından ve bu karara dayanılması masumiyet karinesi ile de çelişeceğinden, Mahkemenin ceza yargılaması sonucuna göre karar vermesinde hukuki isabet görülmemiş ise de, disiplin hukuku açısından yapılan incelemede, davacının üzerine atılı fiillerin sübuta erdiği ve eylemine uyan disiplin cezası ile cezalandırıldığı anlaşıldığından, sözü edilen husus sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte bulunmamıştır.”¹²⁶

Yukarıda örnek verilen kararda da görüldüğü gibi idare mahkemesinin devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptali için açılan davayı reddetmesi Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Buna gerekçe olarak da bu cezanın verilmesine neden olan fiillerin fail tarafından gerçekleştirildiğinin ortaya konduğu gösterilmiştir. Her ne kadar açıklanması geri bırakılan hükme dayanarak karar verilmiş olması isabetli bulunmasa da bu durumun idare mahkemesi kararının bozulmasına yol açmayacağına hükmedilmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı failin işlediği fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla şartların

fiili, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren tutum ve davranışlar arasında sayılmıştır.

126 Danıştay 12. Dairesi, E. 2017/908, K. 2017/6060 ve 28.11.2017 tarihli kararı.



mevcut olması halinde disiplin soruşturması yapıp fiile göre devlet memurluğundan çıkarma cezası verilebilir.

F. Hapis Cezasının Ertelenmesi¹²⁷ Kararının Etkisi

Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenen erteleme kurumu cezanın özel önleme amacına¹²⁸ hizmet etmektedir. Belirli şartların gerçekleşmesi halinde ceza, infaz kurumunun dışında gerçekleştirilmektedir. Ertelenmiş cezanın infazı, failin yeni bir suç işlemesine veya erteleme süresince öngörülen yükümlülüklere uymamasına kadar geri bırakılmaktadır.¹²⁹ Erteleme, aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesine de yaramaktadır. Ertelenmenin uygulanması halinde, denetim süresinin sonunda kişi cezasını çekmiş sayılmaktadır. Fakat bazı hapis cezaları bakımından bu yola başvurulamamaktadır.¹³⁰

Hapis cezasının ertelenmesi, hükmün verilmesinin ardından cezanın çektirilmesinden koşula bağlı olarak vazgeçilmesini ifade etmektedir.¹³¹ Cezanın ertelenmesi bir infaz hukuku kurumu olmasına rağmen infaz hukukunda söz konusu olan derhal uygulama ilkesi erteleme bakımından geçerli değildir.¹³²

Hapis cezasının ertelenmesi durumunda erteleme süresinin sonuna gelindiğinde hükümlü, söz konusu suçü hiç işlememiş sayılmaktadır.¹³³

127 **TCK m. 51-Hapis Cezasının Ertelenmesi:** (1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir. (2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir. (3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. (...)

128 Özel önleme, "cezanın, verilmesiyle haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerindeki önleyici etkisidir." (AKBULUT, 2016, s. 7, dipnot 26).

129 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 631.

130 AKBULUT, 2016, s. 754-756.

131 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 622.

132 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 623.

133 Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1990/2 K. 1990/2 ve 15.11.1990 tarihli kararı.; Aynı İçtihadı Birleştirme Kararında ertelenmiş bulunan bir mahkûmiyet hükmü nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca Devlet memurunun görevine son verilmeyeceğine karar verilmiştir.



Bu bakımdan devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerindeki etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Bir cezanın ertelenmesi o fiilin hukuki niteliğini değiştirmemekle birlikte kişinin söz konusu fiili işlediği gerçeğini de değiştirmemektedir. Bu durumda disiplin soruşturmasının ceza kovuşturmasından bağımsızlığı şeklindeki genel ilke burada da geçerli olacaktır. Çünkü “ceza hukukundaki cezanın tecili kurumu, disiplin hukukunda geçerli değildir.”¹³⁴ Bir fiilin ceza kanunları bakımından yaptırımı gerektirmemesi söz konusu fiilin mesleki bakımdan da yaptırımsız bırakılmasını gerektirmez.¹³⁵ Bu sebeple, devlet memurluğundan çıkarma cezasına konu olan bir fiil nedeniyle ceza mahkemesinde hapis cezasının ertelenmesine karar verilmiş olması, söz konusu disiplin cezasının uygulanmasını önlemeyecektir. Ancak, verilen devlet memurluğundan çıkarma cezası mahkûmiyet koşuluna bağlı ise bu durumda hapis cezasının ertelenmiş olmasının bahse konu disiplin cezasını etkileyebileceği yönünde bir görüş de mevcuttur.¹³⁶

G. Affın Etkisi

Af,¹³⁷ Türk ceza hukukunda mahkûmiyete neden olan cezaları kısmen veya tamamen ortadan kaldıran niteliğe sahip bir kurumdur. Bu bakımdan af, cezayı düşüren bir nedendir. Fakat suç üzerinde bir etkisi yoktur ve geriye dönük olacak şekilde suçun kendisini ortadan kaldırmamaktadır.¹³⁸ Genel af-özel af ayırımında ise farklılık bunların sonuçları bakımından ortaya çıkmaktadır. Genel af kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünü tüm sonuçları ile ortadan kaldırmakta ve infazı sonlandırmakta iken özel af¹³⁹ yalnızca cezayı kaldırmakta veya hafifletmektedir.¹⁴⁰

134 Danıştay 10. Dairesi, E. 1988/1621, K.1989/1182, ve 31.5.1989 tarihli kararı, Danıştay Dergisi, S. 76-77, s. 741.’den aktaran: OĞURLU, s. 117.; “Cezanın tecil edilmesi de memuru disiplin kovuşturmasından kurtaramaz.” (DİNÇER, s. 86).; Aynı yönde bkz. ONAR, s. 835.

135 ONAR, s. 835.

136 KARAHANOĞULLARI, s. 68.

137 “Af kurumunu, gerçekleşme zamanına göre bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, değiştiren veya hafifleten bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün neticeleri ile kaldıran kamu hukuku işlemi olarak tanımlamak mümkündür.” (KEYMAN Selahattin, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*, Ankara, 1965, s. 42’den aktaran: KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 694).; Af kavramıyla ilgili görüşler ve bu kavramın çeşitli yönlerden değerlendirilmesine ilişkin bilgiler için bkz. DURSUN Hasan, “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 85, s. 373-402.

138 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 694.; “Genel af fiili değil, fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır.” (KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 698).

139 Özel af ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 699.

140 KEYMAN, s. 44’den aktaran: KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 696.

Genel af, belirtildiği gibi ceza mahkûmiyeti ve sonuçlarını tümüyle ortadan kaldırmaktadır. Daha farklı bir ifadeyle genel af, işlenen fiilin suç oluşturma niteliğini ortadan kaldırmaktadır.¹⁴¹ Nitekim bu durum, 5237 sayılı TCK'nın 65. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. "Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar." Hükümün memur disiplin hukuku bakımından yorumu ise farklı durumlar için farklı şekillerde yapılmaktadır. Kural olarak memur hakkında hükmedilen disiplin yaptırımı ceza mahkûmiyetinden bağımsız olduğundan ve hükmedilen disiplin yaptırımı söz konusu ceza mahkûmiyetinin sonucu olmadığından genel af, disiplin cezasını etkilemeyecektir. Fakat bir disiplin cezasının bir ceza mahkûmiyeti esas alınarak verilmiş olması halinde bu ceza mahkûmiyetinin affa uğramasıyla disiplin cezasının sebebi ortadan kalkacağı için disiplin cezasının ortadan kalkacağı ifade edilmektedir.¹⁴²

Livanelioğlu, genel affın disiplin cezaları üzerindeki etkisini genel af kanununda açık hüküm olup olmamasına göre ikiye ayırıp incelemiştir. Şayet genel af kanununda disiplin cezalarına etki edeceği yönünde açıklık bulunmuyorsa genel affın disiplin cezalarına etki etmeyeceği kabul edilmelidir. Bundan başka genel af kanununda affın açıkça disiplin cezalarına etki edeceği kararlaştırılabilir. Bu yöndeki bir hükümle genel affın disiplin cezalarına etki etmeyeceği açıkça düzenlenmişse bu durumda bir ceza mahkûmiyeti neticesinde hükmedilen disiplin cezaları bakımından konu tartışılmalıdır.¹⁴³ Burada disiplin cezasına konu olan şey bir fiil değil hukuki bir durum olan mahkûmiyettir. Dolayısıyla genel affa bu mahkûmiyetin ortadan kalkması halinde disiplin cezasının da ortadan kalkacağı savunulmaktadır.¹⁴⁴

Disiplin cezaları bazı hallerde ceza mahkûmiyetinin zorunlu veya ihtiyari bir sonucu olabilmektedir. Bu halde disiplin cezasının tali bir niteliği vardır. Genel af sonucu ortadan kalkan bir ceza mahkûmiyeti söz konusu ise buna bağlı olarak verilen disiplin cezasının da ortadan kalkacağı söylenebilir. Fakat bir fiil suç teşkil etmemekle beraber yine de disiplin cezasına hükmedilmesi gerekebilir. Bu suretle verilmiş bir disiplin cezasının ise genel af ile ortadan kalkmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁵ Bu durumlarla ilgili olarak, örneğin, kişinin sırf ceza

141 DURSUN, s. 387.

142 ATAY, 2012, s. 876-877.; KARAHANOĞULLARI, s. 71.; ONAR, s. 835-836.

143 LİVANELİOĞLU, s. 49-50.

144 KEYMAN, s. 122-123'ten aktaran: LİVANELİOĞLU, s. 49-50.

145 GAND Maurice/DEMİREL Hakkı, "Umumi Af ve Disiplin Cezaları", **Ankara Üniversitesi**



mahkûmiyeti dolayısıyla devlet memurluğundan çıkarılması söz konusu olmuşsa genel af beraber bu cezai mahkûmiyet de ortadan kalkacağı için kişinin memuriyete geri dönmesi sağlanabilir.¹⁴⁶ Fakat kişinin ceza mahkemesinde genel af kapsamında olduğu saptanan fiilleri dolayısıyla yine de disiplin soruşturması yapılması gerekli görülüp devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmişse bu durumda söz konusu genel af devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptaline yol açmayacaktır.¹⁴⁷

Yukarıda bahsedilen duruma ilişkin olarak 1985 yılında verilen bir Danıştay kararına, orman muhafaza memuru olarak görevli iken zimmet suçunu işlemesi dolayısıyla devlet memurluğundan çıkarma cezası verilen memurun durumu konu olmuştur. Söz konusu olayda, orman muhafaza memuru olarak görev yapmakta iken davacı memur hakkında zimmet suçunu işlediği yönünde hüküm kurulmuş, ancak söz konusu fiil 1803 sayılı Af Kanunu¹⁴⁸ kapsamında girdiğinden dava ortadan kalkmıştır. İdare mahkemesi, davacı hakkında verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasını söz konusu cezaya sebebiyet veren fiilin af kapsamına girmesi nedeniyle ortadan kalktığından bahisle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Olayı inceleyen Danıştay ise kararında; davacının zimmet suçunu işlediğinin sabit olduğunu, davacının affın sonuçlarından yalnızca TCK'daki sonuçları itibariyle yararlanabileceğini vurgulamıştır. Danıştay'a göre, olaya konu fiilin af kapsamına girmesi disiplin hukuku açısından sonuç doğurmamaktadır ve devlet memurluğundan çıkarma cezasını içeren idari işlem hukuka

Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1954, C.11, S. 3, s. 111-112.; Disiplin cezasına neden olan sebep fiilin suç olup olmadığı değil disiplin kusurunun varlığıdır. Genel af fiilin suç olma vasfını kaldırmaktadır. Disiplin kusuru ortadan kalkmamaktadır (Aynı yazar, s. 112.); Aynı yönde bkz. ONAR, s. 836.

146 DURSUN, s. 392.

147 Bu iki durumun ayrımıyla ilgili olarak Erem'in özet mahiyetindeki görüşünü aktarmak, konunun anlaşılması açısından fayda sağlayabilir: "Eğer özel bir kanun işlenen fiili değil de sadece ceza mahkûmiyetini dikkate alarak bir disiplin tedbirinin uygulanmasını emretmiş ise genel af ile mahkûmiyetin bütün cezai sonuçları ortadan kalkacağına göre disiplin cezasının da geçmişe etkili olarak ortadan kalkması gerekir. Buna karşılık yalnızca salt fiilin işlenmesinden dolayı, disiplin tedbiri uygulanmış ise genel af bu disiplin cezasını etkilemez. Bununla birlikte yasa koyucunun bu ilkelerden ayrılmasına veya disiplin cezalarını da kapsayan bir genel af kanunu çıkarmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır." (EREM Faruk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s. 421.'den aktaran DURSUN, s. 393-394).

148 1803 sayılı Af Kanunu için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc057/kanuntbmmc057/kanuntbmmc05701803.pdf (e.t.: 25.11.2020).



uygun olarak tesis edilmiştir. Bu gerekçelerle idare mahkemesi kararı bozulmuştur.¹⁴⁹

Genel affın devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisinden sonra özel affın da etkisine değinmek gerekir. Ceza hukukundaki özel af mahkûmiyete etki etmemekte, işlenen fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır. TCK'nın 65. maddesinde genel affa bağlanan sonuçlar açıkça ifade edilmiş ve mahkûmiyetin tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır. Özel affa bağlanan neticeler ise yalnızca cezanın çektirilmesine son verilmesi veya infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılması ya da adli para cezasına çevrilebilmesi olarak ifade edilmiştir. Bu noktada çıkarılacak sonuç, özel affın genel affa olduğu gibi suçun suç olma özelliğini etkilemediği, bunun yanında mahkûmiyetin ve buna bağlı birtakım hak yoksunluklarının ortadan kalkmayacağıdır. Dolayısıyla özel affa mahkûmiyete bağlanan sonuçlar geçerliliğini devam ettirmektedir.¹⁵⁰ Bu sebeple disiplin suç ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı ifade edilmektedir.¹⁵¹

Genel af ve özel af dışında memurlar için zaman zaman çıkarılan disiplin affı kanunları da mevcuttur. Bu kanunlarla -bazıları hariç- disiplin cezalarının affı mümkün olmaktadır. 1986, 1982, 1999 yılında ve 2006 yıllarında disiplin cezalarının affı için kanun çıkarılmıştır.¹⁵² Bu kanun kapsamında kalan disiplin suçlarına neden olan fiiller affedilmiş olmaktadır. Bu fiiller bakımından afftan sonra yeniden disiplin soruşturması ve kovuşturması yapılamamaktadır.¹⁵³ Konumuzun kapsamı dışında kaldığı için bu düzenlemelerin ayrıntısına değinilmeyecektir.

H. Davanın Reddi Kararının Etkisi

Sanık hakkında açılmış bir davada ret kararı¹⁵⁴ verilebilmesi için sanık hakkında (aynı fiil bakımından¹⁵⁵) daha önce verilmiş bir hüküm mevcut olması veya açılmış bir dava olması gerekmektedir.¹⁵⁶

149 Danıştay 10. Dairesi, E. 1985/2119, K. 1985/2269 ve 26.12.185 tarihli kararı.

150 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 699.

151 ATAY, 2012, s. 877.

152 Sırasıyla 3249, 3817, 4455 ve 5525 sayılı kanunlar.

153 LİVANELİOĞLU, s. 50.

154 Bu karar reddedilen dava bakımından gerçek anlamda hüküm niteliğinde değildir. Ret kararı verildiğinde yargılama görünüşte sona ermektedir (YURTCAN, s. 523).

155 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 180.

156 BACAĞIZ/DOĞAN/ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 702.



Davanın ceza mahkemesi tarafından reddine karar verilmiş olması bu davaya konu olan aynı fiil bakımından daha önce yargılama yapıp hüküm verildiğine veya bu fiil hakkında görülmekte olan derdest bir dava olduğuna işaret edecektir. Ancak bu, ceza hukuku bakımından geçerli olan bir sonuçtur.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasına neden olabilecek bir fiili nedeniyle memur hakkında ceza mahkemesinde yargılama devam etmekte ise veya hüküm verilmişse aynı fiil nedeniyle ceza mahkemesinde yeniden dava açılması ve bu davanın ret kararı ile sonuçlanması disiplin soruşturmasını etkilemez. Çünkü hali hazırda memur hakkında söz konusu fiili nedeniyle ya disiplin soruşturması sürmektedir veya önceden açılan ceza davasının sonucuna göre bir disiplin soruşturması yürütülmüştür/yürütülecektir. Bunun dışında, ceza mahkemesinde yeniden dava açıldığından bahisle aynı fiilden dolayı yeniden bir disiplin soruşturmasının söz konusu olması ve disiplin cezası verilmesi mümkün değildir.¹⁵⁷ Zira idari yaptırım olan disiplin cezaları bakımından da “*ne bis in idem*” ilkesi kendi içerisinde geçerli bir ilkedir.¹⁵⁸

I. Düşme Kararının Etkisi

Düşme kararı verilebilmesi iki halde gerçekleşmektedir. Soruşturma veya kovuşturma şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması (örneğin şikâyet süresinin geçmiş olması gibi durumlarda¹⁵⁹) ve TCK'da düzenlenen bazı durumların gerçekleşmesi sonucunda düşme kararı verilmektedir.¹⁶⁰ Düşme kararı, yargılamada bir engelle karşılaşıldığında verilmektedir.

Ceza hukukunda ceza ilişkisini düşüren nedenler genel ve özel

157 Aynı fiilden dolayı yeniden aynı cezanın verilemeyeceği hakkında bkz. “Soruşturma sonucunda yüksek disiplin kurulunca fiilin meslekten ihraç cezasını gerektirmediğine karar verilen karar verilen davacının aynı eyleminden dolayı ve yeni bir delil olmaksızın aynı cezanın yeniden verilmesinde isabet bulunmadığı...” (Danıştay Mürettep Dairesi 1981 tarih ve E. 1981/1639, K. 1981/1679 sayılı kararı, aktaran: LİVANELİOĞLU, s. 55).

158 OĞURLU, s. 105.; Bir kişi hakkında aynı fiili nedeniyle yeniden yargılama ve cezalandırma yapılamayacağı ilkesi disiplin hukukunda da geçerlidir. Danıştay da bir kararında, “Ceza hukuku genel prensiplerine göre aynı eylemden dolayı ilgisine iki defa ceza verilemeyeceği açık bulunduğundan, bir yıl kıdem indirme cezası verilen ve uygulanan memur hakkında bilahare yüksek disiplin kurulunca verilen meslekten ihraç cezasının iptaline” şeklinde karar vermiştir (Danıştay Mürettep Dairesi 26.11.1981 tarih ve E. 1981/2009, K. 1981/2144 sayılı kararı), aktaran: LİVANELİOĞLU, s. 39.

159 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 180.

160 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 702.

nedenler olarak incelenmektedir. Genel nedenler suç ve cezanın türüne bakılmaksızın tüm suçlarda cezayı sona erdirirken özel nedenler sadece belli suçlar için cezanın sona ermesine neden olmaktadır. Ölüm, zamanaşımı, önödeme, af, şikâyetten vazgeçme gibi haller ceza ilişkisini sona erdiren genel nedenlerdir.¹⁶¹

Hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezasına hükmedilen memurun bu cezaya dayanak teşkil eden fiilleri nedeniyle yargılandığı ceza mahkemesinde düşme kararı verilirse devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından bu durumun bir etkisi olacak mıdır, sorusu önem arz eder. Düşme kararı niteliği açısından yargılamada bir sonuca ulaşıldığını ifade etmemektedir. Dolayısıyla yargılanan kişinin söz konusu fiilleri işleyip işlemediği ortaya konmamış olmaktadır. Bu halin ise, devlet memurluğundan çıkarma cezasını etkilememesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶²

Konuya ilişkin olarak, hakkında verilen mahkûmiyet hükmü Yargıtay'ca bozulduktan sonra ağır ceza mahkemesinde zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılan memurun durumu örnek gösterilebilir. Başta, memur hakkında ağır ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar dayanak gösterilerek verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptali için açılan dava da idare mahkemesince reddedilmiştir. Daha sonra ceza davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasıyla memur, yargılamanın yenilenmesi talebiyle idare mahkemesine başvurmuştur. Davacı memur hakkında, hükme esas alınan ilamın ortadan kalkması sebebiyle söz konusu devlet memurluğundan çıkarma işleminin iptaline karar verilmiştir. Davalı idare, davacı hakkında verilen kararın beraat kararı olmadığı, sanık hakkında açılan kamu davasının "zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" karar verilmesi sebepleriyle karar düzeltme yoluna başvurmuştur. Olayı inceleyen Danıştay, "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinde memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hallerinin ayrıca disiplin cezası uygulamasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca disiplin cezasına ilişkin işlemlerin ceza yargılamasından bağımsız düşünülmesi gerektiği, ceza yargılamasında davanın zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması kararının, eylemin davacı tarafından gerçekleştirilmediğini ortaya koymadığı anlaşıldığından dava konusu işlemin

161 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 714.; YURTCAN, s.523.

162 "Ceza soruşturmasının zamanaşımı ile düşmesi, disiplin cezasını etkilemez." (KARAHANOGULLARI, s. 73).



iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.¹⁶³, şeklinde karar vermiştir.

Ceza ilişkisini sona erdiren nedenlerin meydana gelmesi kişinin cezalandırmaya konu olan fiilleri işlediği gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu fiiller disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmeyecektir. Konuyla ilgili bir Danıştay kararında yapılan değerlendirme de bu durumu ortaya koymaktadır. Söz konusu olayda güveni kötüye kullanma suçu işleyen fail hakkında, işlediği suçun takibi şikâyete bağlı bir suç olması ve süresi içinde şikâyette bulunulmaması sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Danıştay ise kararında, “kamu davasının düşürülmesine karar verilmiş olması ilgilinin disiplin hukuku açısından görevini kötüye kullanma suçunu işlemediğini göstermez”¹⁶⁴ şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

J. Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesinin Etkisi

Sanık hakkında cezaya hükmedilmesinin yanı sıra cezayla beraber güvenlik tedbirlerine veya ceza yerine olmak üzere güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi mümkündür. Fakat bunun için sanığın üzerine atılı suçu işlediğinin sabit olması gerekmektedir.¹⁶⁵

Güvenlik tedbirleri, suç işleyen kişileri ıslah etme amacına yöneliktir. Bunlara da hâkim tarafından hükmedilmektedir. Güvenlik tedbirleri aynı zamanda kişinin iyileştirilmesi ve toplumun korunmasına da hizmet etmektedir.¹⁶⁶ Güvenlik tedbirlerine TCK'nın 53 ila 60. maddelerinde yer verilmiştir.

Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin bazı şartları bulunmaktadır. Bunları kısaca ifade etmek gerekirse, bir suçun işlenmiş olması veya ceza kanununda gösterilen hukuka aykırı bir fiil işlenmiş olması ve failin tehlikeliliğinin belirlenmiş olması güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi bakımından gereklidir.

Kanaatimizce memur hakkında hükmedilen güvenlik tedbirlerinin devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi, tıpkı mahkûmiyet kararının etkisi gibidir. Çünkü burada ceza mahkemesi tarafından failin üzerine atılı suçu işlediği ortaya konmuştur ve bu husus disiplin mercii açısından bağlayıcı olacaktır. Fakat güvenlik tedbirinin konusunu

¹⁶³ Danıştay 12. Dairesi, E. 2019/2399, K. 2019/5060 ve 19.6.2019 tarihli kararı.

¹⁶⁴ Danıştay 8. Dairesi, E. 1994/5397 K. 1996/309 ve 12.12.1996 tarihli kararı.

¹⁶⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 702.

¹⁶⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 669.

eşya veya kazanç gibi mal varlığı değerlerinin dışında suç işleyen kişinin oluşturması durumunda (örneğin akıl hastalığı) kişi hakkında hükmedilen güvenlik tedbiri devlet memurluğundan çıkarma cezasını farklı şekilde etkileyecektir. Bu durumda TCK'nın 31. maddesinde de açıklandığı gibi bu hâldeki kişilere ceza verilemeyecektir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi de tıpkı akıl hastalığından dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararındaki gibi olacaktır.

K. Durma Kararının Etkisi

Ceza muhakemesinde, soruşturma veya kovuşturmanın yapılmasının şarta bağlı olduğu durumlarda bu şartın gerçekleşmemesi halinde şart gerçekleşene kadar durma kararı verilir.¹⁶⁷ Durma kararı teknik anlamda hüküm sayılmaz.

CMK'nın 223. maddesinin 8. fıkrasında hangi halde durma kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁸ Durma kararıyla yargılama sona ermemektedir.¹⁶⁹ Durma kararına düşme ile ilgili maddenin sonunda yer verilmektedir ve sonucu açıklanmaktadır.¹⁷⁰

Durma kararı sanık hakkında hüküm verilmeden önce verilebilecek bir karardır. Failin davaya konu fiili işleyip işlemediği hakkında henüz bir sonuca varılmamıştır. Dolayısıyla böyle bir kararın aynı zamanda suç teşkil eden ve devlet memurluğundan çıkarma cezasına konu olan fiil bakımından bir etkisinin ortaya çıkması beklenemeyecektir. Bu noktada ceza kovuşturması ve disiplin soruşturmasının bağımsızlığı geçerli olacaktır. Durma kararı kaldırılıp yargılamaya devam olunduktan sonra ceza mahkemesi tarafından verilen karar, devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptali için idare mahkemesinde açılan bir davada değerlendirmeye alınabilecektir. Nitekim yukarıdaki bölümlerde Danıştay'ın ceza mahkemesinde verilen kararın idare mahkemesince değerlendirmeye alınması gerektiğine veya ceza mahkemesi tarafından verilecek karar beklenip buna göre yeniden değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin kararların örneklerine yer verilmişti.

167 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 180.

168 TCK m. 223/8: "Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir."

169 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, Ceza Muhakemesi, s. 703.

170 YURTCAN, s. 524.



SONUÇ

Disiplin hukuku yaptırımları, kurum ve kuruluşların iç işleyişini düzenlemeye yönelik kurallardır. Bu yaptırımlarla karşılaşabilecek kişilerin başında idarenin insan unsurunu oluşturan memurlar gelmektedir. Bir kamu kurumunda kamu hizmetinin yürütülmesinde pek çok memur görevli olmaktadır. Dolayısıyla bu kişilerin bir uyum içinde çalışabilmesini temin etmek amacıyla disiplin yaptırımlarının öngörülmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Memurlar hakkında öngörülen disiplin hükümlerine uyulmamasının yaptırımları DMK'nın 125. maddesinde yer almaktadır. Bunlardan biri ise "bir daha alınmamak üzere devlet memurluğundan çıkarılma" anlamına gelen devlet memurluğundan çıkarma cezasıdır.

Bir hukuk kuralına aykırı davranılması halinde karşılaşılabilecek yaptırımlar idari veya cezai olabilir. İşte, memurların görev aldığı kamu kurumlarında da düzeni bozucu fiillerin cezalandırılması bir idari yaptırım türü olarak disiplin hukuku çerçevesinde cezalandırılmaktadır. Disiplin hukukunun öngördüğü yaptırımlar kimi noktalarda ceza hukuku yaptırımları ile benzeşmekte iken kimi noktalarda da bunlardan ayrılmaktadır. Peki, bir memur aynı zamanda hem disiplin hukukunu hem de ceza hukukunu ihlal eden bir fiil işlediğinde hükmedilecek yaptırımın akibeti ne olacaktır? Çalışmada bu sorunun cevabı üzerine yoğunlaşmıştır.

Memurun işlediği bir fiilin hem disiplin yaptırımı gerektirmesi hem de ceza hukuku yaptırımı gerektirmesi halinde memur hakkında hem ceza kovuşturması hem de disiplin soruşturması yürütülebilmesi mümkündür. Bu konu DMK'da ifade edilmektedir. Buna göre, ceza kovuşturmasına başlanmış olması disiplin kovuşturmasını geciktiremez ve ceza mahkemesince ne tür karar verilirse verilsin bu husus ayrıca disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez. Bu husus "ceza kovuşturmasının disiplin soruşturmasından bağımsızlığı" olarak da ifade edilmektedir. Böyle ifade edilmekle birlikte söz konusu durumun mutlak anlamda geçerli olduğu söylenememektedir. Nitekim Danıştay kararlarında da aynı zamanda suç oluşturan disiplin cezaları bakımından idare mahkemesinde görülen bir dava varsa ceza mahkemesince verilecek hükmün idare mahkemesi tarafından dikkate alınması gerektiği hususunun altı çizilmektedir. Buna göre aynı olay bakımından bu iki yaptırıma hükmedilmesinin birbirinden tamamen bağımsız olduğu söylenemez. Bu doğrultuda, ceza mahkemesi tarafından



verilen kararların aynı fiil için disiplin mercii tarafından hükmedilecek yaptırımların görece en ağırı olan devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

Ceza mahkemesi tarafından verilebilecek kararların başında beraat kararı gelmektedir. Beraat kararına ise CMK'ya göre beş durumda hükmedilmektedir. Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması halinde ceza mahkemesi tarafından bu yönde verilen beraat kararı Danıştay'a göre, disiplin mercii bakımından da bağlayıcı olmaktadır. Ceza mahkemesi tarafından, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğuna hükmedilmesi durumunda bu karar disiplin mercii bakımından bağlayıcı olmakta ve bu kararın aksi yönde olmak üzere disiplin cezası verilememektedir. Yine, failin yüklenen suç açısından kast veya taksirinin bulunmadığına hükmedilmesi halinde de suçun unsurlarında eksiklik bulunduğu ve suç oluşmadığından, bu sebeple verilen beraat kararının disiplin mercii bağlayacağı değerlendirilmesi yapılabilir. Beraat kararı verilen bir başka durum olan, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda ise olaya konu fiil hukuk düzeninin tümünde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden disiplin hukuku bakımından da hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Bunlar dışında delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararlarının etkisi konusunda ise farklı görüş ve uygulamalar göze çarpmaktadır. Danıştay bazı kararlarında beraat kararına rağmen disiplin cezasını verilmesini hukuka uygun bulmakta iken bazı kararlarında beraat kararını göz önüne alarak verilmiş olan disiplin cezasını hukuka aykırı olarak değerlendirmektedir. Sonuçta, delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararlarının disiplin mercii açısından mutlak anlamda bağlayıcı olmadığı ve disiplin mercii elindeki delilleri değerlendirmek suretiyle söz konusu fiilin ağırlığına göre bir disiplin cezasına hükmedebileceğine ulaşılabilmektedir. Ceza mahkemesinin verdiği beraat kararları çalışmada devlet memurluğundan çıkarma cezasını merkeze alarak ortaya konan bu sonuçlarla değerlendirilmiştir.

Bir sanık hakkında suçu işlediğinin sabit olması halinde ceza mahkemesi tarafından hükmedilen mahkûmiyet kararı aynı fiil bakımından disiplin mercii tarafından verilen bir devlet memurluğundan çıkarma cezasının sebep unsurunu oluşturmakta ve disiplin mercii yönünden bağlayıcı olmaktadır. Hüküm çeşitlerinden bir diğeri olan ceza verilmesine yer olmadığı kararı ise iki türden olduğundan bunların devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi iki farklı şekilde



değerlendirilebilir. Buna göre, failin kusuru bulunmaması sebebiyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı ceza mahkemesi tarafından failin kusursuzluğunu ortaya koyduğundan bu kararın disiplin mercii bakımından bağlayıcı olduğu sonucuna varılabilir. Fakat fiilin haksızlık özelliğini devam ettirmesine rağmen yalnızca birtakım sebeplerden ötürü failin cezalandırılmadığı hallerde, yine ceza mahkemesinde fiilin suç olduğu tespiti yapıldığından, disiplin merciiince soruşturma yapıp devlet memurluğundan çıkarma cezası verilebilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının sonraki bir vakte bırakılmasını ifade eder. Ceza mahkemesi burada olaya konu fiilin fail tarafından gerçekleştirildiği tespitini yapmış, yalnızca vereceği hükmü geri bırakmıştır. Dolayısıyla bu kararın devlet memurluğundan çıkarma cezasına hükmedilmesinde bağlayıcılık özelliği taşımaması gerektiği ifade edilmektedir. TCK'da düzenlenmiş bir kurum olan hapis cezasının ertelenmesi kurumu için de benzer bir değerlendirme yapılabilir. Çünkü devlet memurluğundan çıkarma cezasına konu olabilecek bir fiil nedeniyle ceza mahkemesinde hapis cezasının ertelenmiş olması bu fiilin meslek kuralları bakımından da yaptırımsız bırakılması gibi bir sonuca doğrudan yol açmamaktadır.

Ceza hukukumuzda mahkûmiyete neden olan cezaların kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasını sağlayan af kurumu, aynı fiil bakımından disiplin mercii tarafından hükmedilmiş olan devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerinde kural olarak etkisizdir. Çünkü geriye dönük olarak suçun kendisi ortadan kalkmamaktadır. Ancak verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasının sebep unsurunu genel affa uğramış bir mahkûmiyet oluşturuyorsa bu durumda genel affa birlikte verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasının sebebi ortadan kalkacağından bu disiplin cezasının da ortadan kalkması gerektiği ifade edilmektedir. Böyle olmadığı durumlarda ise yani ceza mahkûmiyetinin salt devlet memurluğundan çıkarma cezasının sebep unsurunu oluşturmadığı ve disiplin mercii tarafından söz konusu fiilin yine de bir disiplin cezasıyla cezalandırılmasına hükmedildiği durumlarda genel af verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasını etkilemeyecektir. Bu şekilde bir değerlendirme ile genel affın devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi özetlenebilir. Yalnızca cezanın çektirilmesine son verilmesi veya infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılması sonucunu doğuran özel af ise, aynı fiil bakımından verilmiş devlet memurluğundan çıkarma cezası üzerinde etkili değildir. Çünkü özel affa mahkûmiyet tüm sonuçları ile birlikte varlığını devam ettirmektedir.



Sanık hakkında aynı fiil nedeniyle görülmekte olan veya sonuçlanmış bir ceza davasının bulunması halinde yeni bir ceza davası açıldığında bu davada verilen ret kararı disiplin mercii tarafından verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasını etkilemeyecektir. Çünkü önceki bir vakitte görülmüş/görülmekte olan ceza davası, sonucuna göre bir şekilde verilen disiplin cezası bakımından değerlendirilmiştir. Aynı fiil nedeniyle yeniden bir ceza davası açılmış (ve bu davada ret kararı verilmiş) olması yeniden bir disiplin soruşturması açılmak suretiyle yeni bir disiplin cezasına vücut vermez.

Soruşturma veya kovuşturma şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ve TCK'da düzenlenmiş olan bazı durumların gerçekleşmesi sonucu ceza mahkemesince verilen düşme kararı neticesinde, sanığın fiili işleyip işlemediği noktasında bir tespit yapılmadığından disiplin mercii tarafından verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasına etki etmeyeceği ifade edilmektedir. Düşme kararının verilmiş olması kişinin olaya konu fiilleri gerçekleştirmediği yönünde bir sonuca götürmemektedir.

Sanık hakkında ceza yanında veya cezadan ayrı olarak hükmedilen güvenlik tedbirlerine, sanığın suçu işlediğinin sabit olması durumunda hükmedilmektedir. Ceza mahkemesi tarafından kişinin olaya konu suçu işlediği ortaya konmaktadır. Bu bakımdan disiplin mercii tarafından verilmiş bir devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi, tıpkı mahkûmiyet kararlarında olduğu gibi, disiplin mercii bakımından bağlayıcı olmalıdır.

Ceza mahkemesi tarafından, soruşturma veya kovuşturma yapılmasının şarta bağlı olduğu durumlarda bu şart gerçekleşene kadar verilen durma kararı yargılamayı sona erdirmemektedir. Bu bakımdan ceza davasının sonuçlandığı söylenememektedir. Dolayısıyla bu kararın disiplin mercii tarafından aynı olay bakımından verilmiş olan bir devlet memurluğundan çıkarma cezasına etkisi olmayacak, ceza kovuşturması ve disiplin soruşturmasının bağımsızlığı hâli geçerli olacaktır.



KAYNAKLAR

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. (2016)

AKBULUT Berrin, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. (2018)

AKGÜNER Tayfun/BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

ALİKÂŞİFOĞLU Kemalettin, "Disiplin Cezaları", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 10, S. 4, 1977.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ASLAN Zehreddin/ALTINDAĞ Halil, **Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2012. (2012)

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2016. (2016)

AVCI Mustafa, **Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

CENDEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

DİNÇER Yıldız, "Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 9, S. 1, 1976.

DURSUN Hasan, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 85, 2009.

GAND Maurice/DEMİREL Hakkı, "Umumi Af ve Disiplin Cezaları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S. 3, Ankara, 1954.

GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.



GÜNDÜZ Fatma Ebru, “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 32, 2017.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

LİVANELİOĞLU Ömer Asım, **Memur Disiplin Hukuku**, US-A Yayıncılık, 1997.

KALABALIK Halil, **İdare Hukuku Dersleri Cilt-I**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

KARAHANOĞULLARI Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 8, S. 3, 1999.

KARATEPE Şükrü, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1988.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2017.

OĞURLU Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2003.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, 1. Baskı, 1952.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, 2019. (Ceza Muhakemesi)

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2019. (Genel Hükümler)

ÖZERDEM İbrahim, **Ceza Mahkemesi Kararlarının Memur Disiplin Hukukuna Etkisi**, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2013.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, 2018.

PINAR İbrahim/ÇALIŞKAN Öner, **Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

TORTOP Nuri, “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.16, S. 3, 1983.

ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.



YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Ağustos 2019.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

sozluk.gov.tr

kazanci.com içtihat bilgi bankası

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc057/kanuntbmmc057/kanuntbmmc05701803.pdf (e.t.: 25.11.2020)



SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNE DAİR CEZA ARTIRIM VEYA İNDİRİMLERİNİN BASİT YARGILAMA USULÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİNE ETKİSİ

*The Effect Of Increases Or Reductions In Penalty As A Consequence Of The
Qualified Versions Of The Crime On The Applicability Of Simplified Criminal
Procedure*

İsmail ŞAHİN¹

ÖZ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251 ve 252. maddelerinde basit yargılama usulü isimlendirmesiyle özel bir muhakeme usulü kabul edilmiştir. Bu usulün uygulanabilmesi için gerekli objektif şartlardan birisi, yargılama konusu suçun adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl ya da daha az süreli hapis cezası ile cezalandırılmasıdır. Cezaya dair bu sınırın tespitinde suçun nitelikli hallerine dair artırım veya indirimlerin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatımızda CMK'nın 47/3, 75/5, 81/1, 100/4, 125/3, 150/3, 171/2, 196/2, 234/1-a-3, 239/1, 251/1, 253/1-c, 272/3-b, 286/2-d ve 286/2-g; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 71/2, 75/1; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19/2, 21 ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 3/1-a, b maddeleri açısından da benzer bir durum söz konusudur. TCK'nın 15, 66/3 ve 5235 sayılı Kanun'un 14. maddesinde ise nitelikli hallerin dikkate alınıp alınmayacağı düzenlenmiştir. Basit yargılama usulü açısından sorunun çözümüne dair öğretici ve yargı kararlarında farklı fikirler ileri sürülmüştür. Çalışmamızda, bu farklı görüşler ile mevzuatımızdaki benzer düzenlemelerden bazıları incelenmekte ve soruna dair çözüm önerisi sunulmaktadır.

Ahahtar Kelimeler: Basit yargılama usulü, suçun nitelikli hali, orana göre artırım veya indirim, cezanın üst sınırı.

1 Hâkim (Daire Başkanı) Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, hakimismailsahin@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7198-8149



ABSTRACT

A special procedure entitled “Simplified Criminal Procedure” has been introduced through the Articles 251 and 252 of the Criminal Procedure Code, numbered 5271. One of the objective conditions for this procedure to be implemented is that the offence subject of the prosecution should be punishable by a judicial fine and/or an imprisonment term for which the maximum limit is two years or less. There is no legal provision highlighting whether the increases or reductions in penalty as a consequence of the qualified versions of the crime should be taken into account in determining the limits mentioned above. A similar case is valid for Articles 47/3, 75/5, 81/1, 100/4, 125/3, 150/3, 171/2, 196/2, 234/1-a-3, 239/1, 251/1, 253/1-c, 272/3-b, 286/2-d and 286/2-g of the Criminal Procedure Code; Articles 71/2, 75/1 of the Turkish Criminal Code numbered 5237; Articles 19/2 and 21 of the Child Protection Law numbered 5395; Article 3/1-a,b of the Witness Protection Law numbered 5276, of our domestic law. However, within the scope of Articles 15, 66/3 of the TCC and Article 14 of the Act No. 5235, whether the qualified versions of the crime should be taken into account has been set out. Differing views have been put forward in the judicial decisions as well as by the academia as a solution to that problem in the context of simplified criminal procedure. In our study, these different ideas and some of the similar regulations in our legislation are examined and a solution proposal for the problem is presented.

Keywords: Simplified criminal procedure, qualified version of the crime, proportionate increase or reduction, maximum limit of punishment.

GİRİŞ

17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 24 ve 25. maddeleriyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 251 ve 252. maddeleri yeniden düzenlenerek basit yargılama usulü isimlendirmesiyle özel bir muhakeme usulü kabul edilmiştir. Düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde, basit yargılama usulünün kabulüyle belirli bir yaptırım ağırlığına kadar olan suçlar bakımından yargılamanın duruşmasız neticelendirilebilmesine imkân sağlanarak basit suçlar ile ağır suçlar arasında yargılama usulü açısından ayrıma gidildiği ve böylece yargılamaların hızlandırılması, yargının iş yükünün

hafifletilmesi ve kaynakların verimli kullanılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır².

Basit yargılama usulünün uygulanabilirliğine dair ölçütlere CMK'nın 251. maddesinde yer verilmiştir. Maddenin bir, yedi ve sekizinci fıkralarında basit yargılama usulünün uygulanacağı suçlara dair objektif sınırlar çizilmiştir. Buna göre iddianameye konu suçun, asliye ceza mahkemesinin görevinde olması, adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl ya da daha az süreli hapis cezası ile cezalandırmayı öngörmesi, soruşturulması veya kovuşturulmasının izne ya da talebe bağlı olmaması, basit yargılama usulü kapsamına girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olmaması gerekmektedir. Aynı maddenin yedinci fıkrasında ise yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinde basit yargılama usulünün uygulanması yasaklanmaktadır. Zikredilen objektif şartların bulunması ve kusurluluğu etkileyen hallerin olmaması halinde aranacak son şart ise mahkemenin duruşma açılmasını gerekli görmemesiyle yargılamanın basit yargılama usulüne göre gerçekleştirilmesine karar vermesidir.

İncelememiz açısından anılan objektif şartlardan yargılama konusu suçun *adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl ya da daha az süreli hapis cezası ile cezalandırılması* şartı önem arz etmektedir. Zira iki yıllık süreli hapis cezasının tespitinde cezanın belirli bir oranda artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli hallerinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda öğreti ve uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu makale, söz konusu tereddütlerin giderilmesi amacıyla hasredilmiştir.

Çalışmamızın başında suçun nitelikli hallerine dair öz bilgiler verilmesinde fayda görmekteyiz. Akabinde öncelikle konu hakkında düzenleme içeren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 15 ve 66/3. maddeleri incelenecektir. Sonrasında ise bu maddelerin aksine açık hüküm bulunmaması nedeniyle tereddütlerin ortaya çıktığı zorunlu müdafii tayini, uzlaştırma ve temyiz kanun yoluna başvuruya dair düzenlemeler hakkındaki sorunlar ve çözüm önerileri, Yargıtay içtihatları ve öğreti görüşlerinden istifa edilerek ortaya konulacaktır. Zira bu tespitin inceleme konusu sorunun çözümü açısından da yol gösterici nitelikte olduğunu değerlendirmekteyiz.

2 7188 sayılı Kanunun genel gerekçesi ile 24 ve 25 inci maddelerin gerekçesi için bakınız: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf> (Erişim tarihi: 19.04.2021)



Son olarak basit yargılama usulünün uygulanabilirliğinin tespitinde suçun nitelikli hallerine dair artırım veya indirimlerin dikkate alınıp alınmayacağına dair farklı görüşlere yer vererek sorunun çözümüne dair kanaatimizi belirteceğiz.

I. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Suçun nitelikli halleri, suçun temel şekline ilave edilen ve cezanın artırılması veya indirilmesini gerektiren suçun objektif tipikliğine yani maddi unsuruna ait haller olarak tanımlanmaktadır³. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu unsurlar hukuki niteliği üzerinde durulmaksızın ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler başlığı altında değerlendirilmiştir. 5237 sayılı TCK ise belirtilen tanıma uygun olarak her iki başlığı kapsayacak şekilde "nitelikli hal" kavramını benimsemiştir⁴.

Türk Ceza Kanunu'nda pek çok suçun nitelikli hali düzenlendiği gibi çok sayıda suçta birden fazla nitelikli hale yer verilmiştir. Nitelikli haller çoğunlukla suçun temel hali ile aynı maddede (TCK m. 86/3, 94/2, 102/3, 103/3, 105/2, 106/2, 109/3), bazı durumlarda ise müstakil bir maddede (TCK m. 82, 142, 149, 152, 158) veya ortak hüküm maddesinde (TCK m. 119, 218) düzenlenmiştir.

Suçun temel şekline ait tüm unsurları barındıran suçun nitelikli halinde, ilaveten suç tipinin cezasını ağırlaştırıcı veya azaltan bir sebep bulunur. Bu sebepler, failin veya mağdurun sıfatından, fail ile mağdur arasındaki ilişkilerden, suçun konusuna ait bir özellikten, fiilin işlendiği yer ve zamandan, fiilin işleniş şeklinden, fiilin işlenişiyile güdülen amaç ve saik gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanabilirler⁵. Bu nedenleri sırasıyla örneklendirebiliriz: resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunda failin kamu görevlisi olması (TCK m. 205/1-2.cümle); kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişilerden olması (TCK m. 109/3-f); kasten yaralama suçunun üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenmesi (TCK m. 86/3-a); hırsızlık suçunun büyük veya küçükbaş hayvan hakkında işlenmiş olması (TCK m. 142/2-g);

3 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 142.

4 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(Cilt II)*, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2019, s. 579; ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 220.

5 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 143-145; ÖZGENÇ, s. 221-224.

hırsızlık veya yağma suçunun gece vakti işlenmesi (TCK m. 143, 149/1-h); yağma suçunun konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde işlenmesi (TCK m. 149/1-d); hakaret suçunun alenen işlenmesi (TCK m. 125/4); kasten yaralama veya yağma suçunun silahla işlenmesi (TCK m. 86/3-e, 149/1-a); kasten öldürme suçunun bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesi (TCK m. 82/4-h).

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen nitelikli hallerin bazıları (TCK m. 86/3, 102/3, 103/3-4, 109/3, 143) için suçun temel şekline dair ceza üzerinden belirli oranlarda artırım veya indirim belirlenmişken bazıları (TCK m. 94/2-3, 102/2, 103/2, 106/2, 109/2, 142/1-b) açısından ise cezanın alt ve üst sınırlarının temel suç tipinden bağımsız şekilde belirlenmesi tercih edilmiştir. Kanunlaştırma tercihinin dayalı bu düzenleme biçiminden yola çıkılarak nitelikli haller arasında ayırım yapılmasıyla orana dair artırımların ağırlaştırıcı sebep, cezaların bizzat belirlendiği hallerin ise nitelikli hal olarak adlandırılması TCK sistematigi ile bağdaşmamaktadır⁶. Nitekim suçun temel şekline ilave edilen aynı nitelikli unsur nedeniyle bazı suçlarda belirli oranlarda artırım düzenlenmişken, bazı suçlarda ise cezaya dair artırılan alt ve üst sınırların açıkça belirlenmesi tercih edilmiştir. Örneğin gece vakti için TCK m. 143'de yarı oranında artırım belirlenmişken TCK m. 116/3 ve 149/1-h'de ise cezaya dair alt ve üst sınırlar bağımsız olarak belirlenmiştir. Benzer şekilde suçun silahla işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlendiği TCK m. 86/3-e, 109/3-a, 119/1-a, 213/2, 265/4'de cezanın orana göre artırımı, TCK m. 106/2-a, 149/1-a'da ise alt ve üst sınırları belirli daha ağır cezalar düzenlenmiştir.

İncelememiz kapsamında basit yargılama usulünün uygulanabilirliğine olan etkisini tespit etmeyi amaçladığımız suçun nitelikli hallerinin mahiyeti ve TCK'daki düzenleniş biçimine kısaca değinmekle yetinmekteyiz.

II. BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARININ UYGULANMASI AÇISINDAN SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNE DAİR CEZA ARTIRIM VEYA İNDİRİMLERİNİN ÖNEMİ

Suçun nitelikli hallerine dair artırım veya indirimlerin dikkate alınıp alınmayacağı görev, tutuklama, müdafii veya vekil tayini, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, basit yargılama usulü, kanun yollarına başvuru,

⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 143.



ön ödeme ve dava zamanlaşımı gibi pek çok husus açısından önem arz etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 47/3, 75/5, 81/1, 100/4, 125/3, 150/3, 171/2, 196/2, 234/1-a-3, 239/1, 251/1, 253/1-c, 272/3-b, 286/2-d ve 286/2-g; TCK'nun 11, 12, 66/4, 71/2, 75/1; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 19/2 ve 21; 5235 sayılı Kanun'un 12. ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun (TKK) 3/1-a,b maddelerinin uygulanmasında suçun alt veya üst sınırının gerektirdiği soyut ceza miktarına göre belirlemeler yapılmıştır. Ancak TCK'nun 15, 66/3 ve 5235 sayılı Kanun'un 14. maddesindeki düzenlemeler dışında, bu sınırların tespitinde suçun nitelikli hallerine dair artırım veya indirimlerin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu belirsizlik farklı görüş ve uygulamalara neden olmuştur.

Çalışmamız kapsamında sırasıyla; açık bir belirlemenin yapıldığı düzenlemeler ile belirleme bulunmaması nedeniyle farklı görüşlerin ortaya çıktığı ceza muhakemesi hükümlerinden bazıları incelenerek, basit yargılama usulü açısından sorunun çözümüne dair öğretici görüşleri ve kanaatimiz sunulacaktır.

A. Kanuni Belirlemenin Yapıldığı Haller

5235 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile TCK'nun 15 ve 66/3. maddelerinde suçun nitelikli hallerinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle bu düzenlemeleri değerlendirmekte fayda görmekteyiz.

1. Mahkemenin Görevinin Belirlenmesi (5235 sayılı Kanun m. 14)

Ceza mahkemelerinin görevine dair temel kurallar, 5235 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'un 8. maddesine göre ceza mahkemeleri asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinden oluşmaktadır. Asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevlerine ise esas olarak Kanun'un 11 ve 12. maddelerinde yer verilmiştir. Bu maddelerdeki düzenlemelerde hem suçların türü hem de cezalarının göz önünde tutulduğu, mahkemelerin görevlerinin belirlenmesi açısından karma ölçütün benimsendiği anlaşılmaktadır⁷. Zira 12. maddede, zikredilen bazı suçların yanında ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve *on yıldan fazla hapis*

⁷ CENTEL Nur/ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, s. 647.

cezalarını gerektiren suçlarda ağır ceza mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir.

5235 sayılı Kanun'un 14. maddesinde⁸ ise mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırının göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir. Düzenlemenin uygulamasına dair öğretilerde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. İlk görüşe göre bu düzenleme uyarınca mahkemenin görevinin belirlenmesinde, cezanın belirli bir oranda artırılması veya azaltılmasını gerektiren nitelikli haller dikkate alınmaksızın, suç için öngörülen soyut cezanın üst sınırı esas alınacaktır. Bağımsız ceza düzenlenen nitelikli hallerde ise göreve dair belirleme, bu cezanın üst sınırına göre yapılmalıdır⁹. Yargıtay kararları da aynı yöndedir¹⁰. Diğer görüş ise göreve dair belirlemede suçun basit halinin soyut cezasının üst sınırının esas alınması gerektiğini savunmaktadır¹¹.

2. Soruşturma Koşulu Olan Cezanın Hesaplanması (TCK m. 15)

Türk Ceza Kanunu'nun yer yönünden uygulanmasına dair kurallardan olan 11. maddesinde Türk vatandaşı tarafından yabancı ülkede; 12. maddesinde ise yabancı tarafından yabancı ülkede işlenen suçların cezalandırılmasına dair şartlara yer verilmiştir. Bu şartlardan ceza miktarına ilişkin olanı inceleme konumuz açısından önemlidir. 11. maddenin birinci fıkrasının uygulanabilmesi için suçun Türk kanunlarına

8 Madde gerekçesi: "Maddede, 10, 11 ve 12 nci maddelerde görevi belirleyen kuralların nasıl uygulanacağı gösterilmiştir. Bir ceza hükmü, kastın yoğunluğunu, suçun işleniş biçimini ve özelliğini dikkate alarak o suça çeşitli cezalar tayin etmektedir. Bir ceza hükmünde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilerek eylem için öngörülen cezanın artırılması ve eksiltilmesine ilişkin düzenlemeye de yer verilmiş ise, bu düzenleme esas alınmayacak, mahkemenin görevini tayinde suç için öngörülen cezanın üst sınırı göz önünde bulundurulacaktır." <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss146m.htm> (Erişim tarihi: 23.04.2021)

9 ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 231.

10 Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E: 2020/708, K: 2020/2879, T: 02.06.2020: "...TCK'nın 85/2. maddesinde tanımlanan taksirle öldürme suçundan yargılamaya yapma görevinin 5235 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu ..." (UYAP)

Yargıtay Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, E: 2015/225, K: 2015/536, T: 22.12.2015: "...5235 sayılı Kanunun 14. maddesinde "Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur" hükmü yer almaktadır. Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun yerleşik kararlarında Ceza Dairelerinin görevlerinin belirlenmesinde bu hükmün kıyasen uygulanarak suçun daha ağır cezayı gerektiren hali için müstakil bir temel ceza öngörülmemiş ise ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir..." (UYAP)

11 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 142,143.



göre aşağı sınırının bir yıldan az olmaması şartı aranmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu şartın sağlanamaması halinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikâyetine tabi kılınmıştır. 12. maddenin birinci fıkrasında da suçun Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektirmesi koşuluna yer verilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının uygulanabilmesi için ise suçun Türk kanunlarına göre aşağı sınırının üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi şartı aranmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 11 ve 12. maddelerindeki ceza miktarlarının hesaplanmasında gözetilecek ölçüt, müteakip 15. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre ceza miktarının soruşturma koşulu oluşturduğu hallerde cezanın, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önünde bulundurularak hesaplanması gerekmektedir¹². Düzenlemeyle soyut cezaya göre hesaplama yapılarak fiilin gerektirdiği cezanın aşağı sınırının tespitinin amaçlandığı anlaşılmaktadır¹³.

3. Dava Zamanaşımı (TCK m. 66)

Dava zamanaşımına dair sürelerin belirlenmesinde suç türlerini veya ceza miktarlarını ya da her ikisini birlikte esas alan farklı sistemler söz konusudur. TCK ceza miktarlarını esas alan sistemi benimseyerek dava zamanaşımına dair süreleri beş grupta tasnif etmiştir. Hangi ceza miktarının esas alınması gerektiği yönünde de soyut, somut ve karma sistem olarak adlandırılan farklı öneriler getirilmiştir. TCK m. 66/4'de ceza miktarlarının belirlenmesi açısından suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırının göz önünde bulundurulacağı düzenlemesine yer verilerek soyut ceza sistemi olarak adlandırılan görüş benimsenmiştir¹⁴.

12 Madde gerekçesi: "Ceza miktarının soruşturma koşulunu oluşturduğu hâllerde, suçun ilgili olduğu kanun maddesindeki cezaya mı, yoksa iddia çerçevesinde kanunî ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler de göz önüne alınmak suretiyle bulunacak olan cezaya mı itibar edileceği hususuna açıklık getirilmesinde uygulama bakımından yarar bulunduğu düşünülmüş ve bu gibi hâllerde, soruşturma aşamasında ileri sürülen kanunî ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ile kanunî hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önüne alınmak suretiyle soruşturmaya esas oluşturacak cezanın hesaplanacağı belirtilmiştir." <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> (Erişim tarihi: 23.04.2021)

13 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(Cilt IV)*, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2021, s. 42;

14 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 715-718; ÖZGENÇ, s. 931; DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(Cilt III)*, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2020, s. 438; DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 743.

Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin üçüncü fıkrasında, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir¹⁵. Bu düzenleme uyarınca somut durumun soyut ceza açısından dikkate alınacak olması nedeniyle TCK'da karma sistemin¹⁶ veya somut ceza sisteminin¹⁷ kabul edildiği görüşleri de ileri sürülmüştür.

Mezkûr düzenleme uyarınca dosyada bulunan delillerden suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin işlendiğinin tespit edilebildiği hallerde bu haller zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınacaktır. Bağımsız ceza düzenlenen nitelikli hallerde, bu cezanın üst haddi; orana göre artırım düzenlenenlerde ise temel cezanın üst haddi üzerinden artırım yapılarak tespit edilecek ceza miktarı, dava zamanaşımının hesabında dikkate alınacaktır. Cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli haller ise madde kapsamı dışında tutulmuştur. Yine teşebbüs, iştirak, içtima gibi hallerde dair ceza miktarını artıran veya azaltan durumlar da dava zamanaşımının hesabında nazara alınmayacaktır¹⁸. Yargıtay kararları da aynı yöndedir¹⁹.

15 Madde gerekçesi "Tasarıda, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde ağırlatıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan cezanın üst sınırının göz önünde bulundurulacağı belirtilmekteydi. Ancak, yapılan değişiklikle, dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de dava zamanaşımı sürelerinin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır." <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> (Erişim tarihi: 23.04.2021)

16 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 768.

17 SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 613.

18 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 720-721; ÖZGENÇ, s. 932; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 570; HAKERİ Hakan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 746.

19 Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E: 2018/270, K: 2020/498, T: 09.12.2020: "...5237 sayılı TCK'nin 66/3. maddesindeki "Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur." ve yine aynı maddenin 4. fıkrasındaki "Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur." şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında, sanığa yüklenen TCK'nin 265/1-3-4. maddesi ile TCK'nin 86/1, 86/3-c-e, 87/3. maddelerinde düzenlenen "görevi yaptırılmamak için direnme" ve "nitelikli kasten yaralama" suçları bakımından öngörülen olağanüstü zamanaşımı süresinin, TCK'nin 66/1-d, 67/3-4. maddeleri gereğince "12 yıl" değil "22 yıl 6 ay" olduğu ve inceleme tarihi itibarıyla henüz olağanüstü zamanaşımı süresinin gerçekleşmediği anlaşılmalıdır..." (UYAP)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2012/6-1247, K: 2012/1842, T: 11.12.2012: "...Kanunda, suçun



B. Kanuni Belirlemenin Olmadığı Bazı Haller

Ceza mevzuatımızdaki pek çok düzenlemenin uygulanmasında, suçun nitelikli hali nedeniyle cezanın artırılması veya indirilmesine dair hükümlerin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda kanuni belirlemede bulunulmamıştır. Bu belirsizlik, tereddütlere yol açabilmektedir. Bu kapsamda uygulaması yaygın olduğundan Yargıtay kararlarına da konu olan zorunlu müdafilik (CMK m. 150/3), uzlaştırma (CMK m. 253/1-c) ve temyiz kanun yoluna başvuruya (CMK m. 286/2-g) dair düzenlemeleri inceleyeceğiz.

1. Zorunlu Müdafii Görevlendirilmesi (CMK m. 150/3)

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğin kapsamında kalan suçların tespitinde sadece temel cezanın mı dikkate alınacağı yoksa cezanın belirli oranlarda artırılmasını gerektiren nitelikli hallerinin de gözetilmesinin mi gerekeceği hususunda farklı görüşler söz konusudur.

Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin 03.12.2019 tarihli kararı²⁰, 2. Ceza

nitelikli halleri için bazı maddelerde bağımsız bir ceza öngörülmesi, bazı maddelerde ise cezanın belirli bir oranda artırılması esasının kabulü, uygulamada bir takım zorluklara neden olsa da, bu tercih bütünüyle kanun koyucunun takdididir. Bununla birlikte bu takdir, kanunda cezanın belirli bir oranda artırılmasının öngörüldüğü hallerin nitelikli hal olmayıp ağırlaştırıcı neden olduğu anlamına da gelmemektedir. Kanun koyucunun bu tercihi, benzer konularda farklı bir uygulamaya ve bu bağlamda adaletsiz sonuçların doğmasına yol açmamalıdır. Bağımsız yaptırım öngören nitelikli haller yönünden, nitelikli halin cezasının üst sınırının dikkate alınması, buna karşın belirli bir oranda artırım öngören maddelerde ise bağımsız ceza öngörülmemesi nedeniyle nitelikli hal olmadığı kabul edilerek bu artırımın dikkate alınmaksızın suçun temel şeklinin cezasının nazara alınması eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açabilecektir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 gün ve 43-71 sayılı kararında da benzer hususlara işaret edilmiştir.

Bu nedenle, nitelikli haller açısından kanun koyucunun tercih ettiği yaptırım sistemi dikkate alınmaksızın, ister bağımsız bir yaptırım öngörülmüş olsun, isterse belirli bir oran dâhilinde artırım yöntemi tercih edilmiş olsun, zamanaşımı süreleri daha ağır cezayı gerektiren tüm nitelikli haller dikkate alınarak belirlenmelidir..."(UYAP)

- 20 Yargıtay 17. Ceza Dairesi, E: 2019/13145, K: 2019/15272, T: 03.12.2019: "...5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-h maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu için öngörülen cezanın alt sınırı beş yıl olup zorunlu müdafii görevlendirilmesinde suçun nitelikli halleri göz önünde bulundurulamayacağından, mahkemece, hükümlü O... K...a zorunlu müdafii görevlendirilmeden yargılamaya devam olunarak hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu nedenle ihbarnamede hükmün kanun yararına bozulması istemini içeren düşünce yerinde görülmemiştir..."(UYAP)

Dairesi'nin 13.02.2020 tarihli kararı²¹ ve bu kararların dayanağı olarak gösterilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.11.2016 tarihli kararında²² sanığa CMK m.150/3 uyarınca zorunlu müdafii görevlendirilmesinde temel cezanın gözetilmesinin gerekli olduğu, cezanın belirli bir oranda artırılmasını öngören nitelikli hallerin dikkate alınmayacağı belirtilmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun güncel tarihli kararlarında²³ da

21 Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2019/13181, K: 2020/2602, T: 13.02.2020: "...Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.11.2016 gün, 2016/950 Esas ve 2016/436 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi 5237 sayılı TCK'nun 142/2-h, 143. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle yargılanan sanığa, 5271 sayılı CMK'nun 150/3. maddesi uyarınca zorunlu müdafii atanmasına gerek olmadığı gözetilerek, hırsızlık suçuna ilişkin tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiş..."(UYAP)

22 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/950, K: 2016/436, T: 2.11.2016: "...5271 sayılı CMK'nun 150/3. maddesinde alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanığa müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlandığından, şüpheli veya sanığa zorunlu müdafii görevlendirilmesinde temel cezanın gözetilmesi gerekli olup, hapis cezasının belirli bir oranda artırılmasını öngören nitelikli haller dikkate alınmayacaktır. Kanun koyucunun iradesinin, alt sınırı beş yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, cezada belirli bir oranda artırım öngören nitelikli hallerin de bu madde kapsamında dikkate alınması gerektiği yönünde olması halinde, bu hususu açıkça düzenleyeceği kuşkusuzdur. Nitekim kanun koyucu TCK'nun 66/3. maddesinde, dava zaman aşımı süresinin belirlenmesinde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin göz önüne alınması gerektiğini açıkça hüküm altına almıştır. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK'nda suçun nitelikli hali için, beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bağımsız bir yaptırımın öngörüldüğü veya hapis cezasının beş yıldan fazla olacak şekilde "...az olamaz" ibaresiyle temel cezanın yeniden belirlendiği durumlarda şüpheli veya sanığa CMK'nun 150/3. maddesi uyarınca zorunlu müdafii görevlendirilmesi gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan bu kabul, 5271 sayılı CMK'nun 149/1. maddesindeki "Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir" ve aynı Kanunun 150/1. maddesindeki "Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir" şeklindeki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, şüpheli veya sanığın savunma hakkının kısıtlanması sonucunu da doğurmayacaktır.

Bu itibarla, savunmasını bizzat yapacağını beyan eden ve kendisine müdafii atanması talebinde bulunmayan sanığın, gece vakti işlediği iddia olunan, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlemek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık suçu için 5237 sayılı TCK'nun 6545 sayılı Kanununun 62. maddesiyle değişik 142/2-h maddesinde temel cezanın alt sınırının beş yıl hapis olarak öngörülmesi ve cezanın belirli bir oranda artırılmasına ilişkin TCK'nun 143. maddesinde düzenlenen nitelikli halin, 5271 sayılı CMK'nun 150/3. maddesi uyarınca zorunlu müdafii görevlendirilmesinde esas alınması gereken hapis cezasının hesaplanmasında dikkate alınamayacağı cihetle, yerel mahkemece sanığa zorunlu müdafii görevlendirmeksizin yargılamaya devam edilip hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir..."(UYAP)

23 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2018/16-270, K: 2020/498, T: 03.12.2020: "...Isparta Cumhuriyet Başsavcılığınca 29.07.2016 tarihinde FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olma



konu, silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan yargılanan sanıklar açısından tartışılmış ve 150. maddenin üçüncü fıkrasının kapsamının belirlenmesinde TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca hükmedilecek cezada 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 3 ve 5. maddeleri gereğince yapılacak yarı oranında artırımın dikkate alınamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu kararlar oy çokluğu ile verilmiştir. Aksi yönde kanaat bildiren bazı üyeler ise TCK'nın 314/2 ve 3713 sayılı Kanun'un 5. maddesinin uygulanması sonucunda verilebilecek asgari cezanın 7 yıl 6 ay hapis cezası olması nedeniyle CMK'nın 150/3. maddesinde zorunlu müdafilik için düzenlenen 5 yıllık hapis cezasına dair sınırın aşılması nedeniyle zorunlu olarak müdafii atanması gerektiğini savunmaktadırlar.

suçundan gözaltına alınmasına karar verilen sanık M.G.'in, Isparta Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü ve Isparta Cumhuriyet Başsavcılığında müdafisi huzurunda ifadesi alındıktan sonra tutuklanması talebiyle mahkemeye sevk edildiği ve yine müdafisi huzurunda yapılan sorgusu sonucu tutuklanmasına karar verildiği, Isparta Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan soruşturma üzerine FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 5237 sayılı TCK'nın 314/2, 3713 Sayılı Kanun'un 5, TCK'nın 53, 54/1 ve 58/9. maddeleri uyarınca cezalandırılması talebiyle hakkında kamu davası açılması üzerine Isparta 2. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sırasında, sanığa yüklenen suçun anlatıldığı, CMK'nın 147. ve 191. maddeleri uyarınca yasal haklarının hatırlatılması üzerine sanığın "Yasal haklarımı anladım, yüklenen suç hakkında kendi iradem ile ve hiçbir baskı altında olmadan savunmamı yapacağım, mahkemeden ayrıca bir talebim yoktur" diyerek bir müdafinin yardımından faydalanmak istemediğini belirterek savunmasını yaptığı ve 08.03.2017 tarihinde yapılan celsede FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olma suçundan TCK'nın 314/2, 3713 sayılı Kanun'un 5, TCK'nın 53, 58/9 ve 63. maddeleri uyarınca 9 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Silahlı terör örgütüne üye olduğu iddiasıyla hakkında kamu davası açılan sanık M.G.'in cezalandırılması talep edilen TCK'nın 314/2. maddesinde temel hapis cezasının beş yıl olarak belirlenmesi; 3713 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ise temel hapis cezasının artırılmasına dair düzenleme içermesi; CMK'nın 150/3. maddesinde de alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanığa müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğunun hükme bağlanması; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun şüpheli veya sanığa zorunlu müdafii görevlendirilmesinde temel cezanın gözetilmesi gerektiğine dair 06.12.2016 ve 939-465 sayılı kararında da açıkladığı üzere, dava zamanlaşımının düzenlendiği TCK'nın 66/3. maddesinde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin göz önüne alınması gerektiğini açıkça belirten kanun koyucunun, alt sınırı beş yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda zorunlu müdafiliği düzenlerken, cezada belirli bir oranda artırım öngören nitelikli hâllerin de madde kapsamında dikkate alınması gerektiğine dair bilinçli bir tercihte bulunmasına rağmen bu madde kapsamında herhangi bir düzenleme yapmaması ve ayrıca zorunlu müdafilik gerektiren hâller ile talep hâlinde baro tarafından ihtiyari müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin CMK'nın 150/1. maddesindeki düzenleme de dikkate alındığında; müdafii talebinde bulunmayıp savunmasını bizzat yapacağını beyan eden sanığa atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçu için öngörülen ceza miktarına göre CMK'nın 150/3. maddesi uyarınca müdafii atanmasının zorunlu olmadığı kabul edilmelidir..."; Benzer yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2018/16-441, K: 2020/2020/468, T: 19.11.2020 ve E: 2018/16-153, K: 2020/446, T: 05.11.2020 ilamları. (UYAP)

Yargıtay 16. Ceza Dairesi²⁴ ve 13. Ceza Dairesi'nin²⁵ kararları ise

24 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2019/10729, K: 2019/8087, T: 19.12.2019: "...CMK'nın 150/3 maddesine göre; şüpheli veya sanığın talebi olup olmadığına bakılmaksızın, özel avukatı olup olmadığı da ayrıca araştırılmaksızın alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı yapılan soruşturma veya kovuşturmada bir müdafii görevlendirilmek zorundadır. Şüpheli veya sanığın talebi olmasa, hatta kendisine hukuki yardımda bulunması için görevlendirilen avukatı istemese ve reddetse bile, iddia veya yargılamaya konu suçun cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olması halinde zorunlu müdafilik uygulama alanı bulacak ve bu durumda şüpheli veya sanığın yanında avukat bulunmaksızın yapılan tasarruflar hukuka aykırı kabul edilecektir.

Acaba CMK'nın 150/3 maddesinde düzenlenen ve zorunlu müdafinin atanması için gerekli olan beş yıllık hapis cezasının tespitinde sadece suçun temel şekline mi bakılacak yoksa suçun nitelikli halleri ve ağırlaştırıcı nedenleri de beş yıllık cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak mıdır?

Suç genel teorisinde suça etki eden nedenler, suçun temel şeklini düzenleyen suç tipindeki kanuni unsurların dışında kalan ve ona eklenen özel fiili nedenler veya şahsi nedenlerdir. Bu bağlamda suça etki eden nedenler, doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır: Ağırlatıcı-hafifletici nedenler, genel-özel nedenler, kanuni-takdiri nedenler, fiili-şahsi nedenler gibi. Suça etki eden nedenlerden cezanın artırılmasını gerektiren nedenler ağırlatıcı nedenler iken; indirilmesini gerektirenler hafifletici nedenlerdir.

Ceza adalet sistemimizde 'bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı' ilkesini benimsemiştir (TCK md. 43/1, 3. cümle). Bu itibarla, aynı suç sayılan bir suçun nitelikli halinin ve benzer şekilde fiilin ağırlaştırıcı neden altında işlenen şeklinin CMK'nın 150/3 maddesinde belirlenen ve zorunlu müdafii atanması için gerekli olan beş yıllık sürenin belirlenmesinde esas alınması gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim Dairemiz; 16/01/2018 tarihli ve 2017/3415 E. - 2018/495 K. sayılı kararında, özellikle bölge adliye mahkemelerinin hangi kararlarının temyize tabi olduğu veya kesin olduğunu gösteren 5271 sayılı CMK'nın 286. maddesinin 2/a-b bentleri kapsamında "temyiz edilebilirlik sınırını" belirlerken, suçun sadece temel şeklini esas almanış nitelikli hal ve ağırlaştırıcı nedenleri de göz önünde bulundurmıştır.

5271 sayılı CMK'nın zorunlu müdafilik sistemini, istisna olmaktan çıkararak adeta kural haline getirecek şekilde zorunlu müdafilik sisteminin uygulama alanını genişletmesi, özellikle Dairemizin 16.01.2018 tarih ve 2017/3415 E. - 2018/495 K. sayılı ilamında "temyiz edilebilirlik sınırı belirlenirken suçun temel şeklinde belirlenen cezanın değil nitelik hal ve ağırlaştırıcı nedenler de gözönünde bulundurulurken istenilen sonuç cezanın esas alınması" gerektiğine yönelik gerekçesi, gerçekten de pratik olarak bakıldığında, suç isnadı altında olan bir birey için önemli olan hususun; hakkında istenen hapis cezasının alt veya üst sınırının uzunluğu olması olup bu alt ve üst sınırın uzunluğunun ister cezanın temel şekilden kaynaklansın isterse suçun nitelikli hali veya ağırlaştırıcı nedeninden kaynaklansın belirtilen sonucun değişmeyeceği, aksi durumun kabulü yani, CMK'nın 150/3 maddesinde düzenlenen "beş yıllık sınırının" belirlenmesinde ağırlaştırıcı neden veya nitelikli hal uygulanması sebebiyle üst sınırın beş yılın üstüne çıkması durumunda zorunlu müdafii atanmasının gerekmediğini kabul etmenin sanıkların "savunma haklarının kısıtlanması ve bunun sonucunda adil yargılanma" hakkından mahrum edeceği, bunun da adalete erişim hakkını sınırlayacağı apaçık ortadadır.

Bu nedenlerle, silahlı terör örgütü üyesi olmak suçlarının 3713 sayılı TMK'nın 3. maddesinde düzenlenen mutlak terör suçlarından olması, aynı Kanununun 5. maddesi kapsamında mutlak terör suçlarında her halükarda 3713 sayılı TMK'nın 5. maddesinin herhangi bir takdir hakkı olmaksızın uygulanmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda "silahlı terör örgütü üyesi olmak suçlarında cezanın alt sınırın beş yıldan fazla olduğu" nazara alındığında, sanık hakkında, "silahlı terör örgütü üyesi olmak" suçundan yapılan yargılama sırasında, CMK'nın 150/3 maddesi gereğince isteğine bağlı olmaksızın hatta açıkça müdafii istemediğini beyan etse bile müdafii görevlendirme zorunluluğu bulunmaktadır..."(UYAP)

25 Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E: 2020/5826, K: 2020/6444, T: 29.06.2020: "...28.06.2014 tarihli



zorunlu müdafiliğe dair beş yıllık sürenin belirlenmesinde temel suç tipine dair cezada orana göre artırım gerektiren nitelikli hallerin de dikkate alınması gerektiği yönündedir. Öğretide de, CMK'nın 150/3. maddesinde suçun temel şeklinin esas alınması gerektiğine dair bir şarta yer verilmediği, Yargıtay'ın suçun temel şekline dair alt sınırı gözeterek silahlı terör örgütüne üye olma suçunu zorunlu müdafilik kapsamından çıkarmasının, Kanun hükmünün lafzıyla aksi yönde ve aleyhe yorum niteliğinde olduğu, CMK'nın 150/3. maddesindeki ceza sınırının tespitinde suçun temel cezasının değil, nitelikli hali ile birlikte belirlenecek cezanın alt sınırının dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır²⁶.

2. Uzlaştırma (CMK m. 253/1-c)

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaştırmaya dair 253. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde *“Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükümdeki *üst sınırı üç yılı geçmeyen suçlar* ibaresinin tespiti, Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.01.2018 tarihli ve E: 2015/6-1 K: 2018/5 sayılı ilamında suça sürüklenen çocuklar açısından uzlaştırmaya tabi suçların tespitinde, bağımsız ceza öngörülenler ile cezanın belirli bir oran dâhilinde artırımının tercih edildiği nitelikli haller arasında ayırım yapılmaması, tüm nitelikli hâllerin dikkate alınmasıyla uygulama yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır²⁷.

6545 sayılı Yasa ile değişik 5237 sayılı TCK'nın 142/2-h ve 143. maddelerinde öngörülen suçun gerektirdiği cezanın alt sınırı dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK'nın 150/3 ve 196/2. maddeleri uyarınca sanık H. E.'na zorunlu müdafii atanması gerektiği gözetilmeden, sanık müdafinin hazır bulunmadığı duruşmada sanığın savunması alınarak aynı Kanunun 188/1 ve 289/1-e maddesine aykırı davranılması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiş...”(UYAP)

26 ŞEN Ersan, **Zorunlu Müdafiliğin Sınırı**, 2018, <https://www.hukukihaber.net/zorunlu-mudafiligin-siniri-makale,5900.html> (Erişim tarihi: 21.04.2021)

27 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2015/6-1, K: 2018/5, T: 16.01.2018: *“...Kanunda, suçun nitelikli hâlleri için bazı maddelerde bağımsız bir ceza öngörülmesi, bazılarında ise cezanın belirli bir oranda artırılması esasının kabulü, sistematik olmayıp uygulamada bir takım zorluklara neden olsa da, bu tercih bütünüyle kanun koyucunun takdirindedir. Ancak, kanun koyucunun bu tercihi, benzer konularda farklı bir uygulamaya yol açmamalıdır. Bağımsız yaptırım öngören nitelikli hâller yönünden, uzlaşma açısından, nitelikli halin cezasının alt sınırı dikkate alınıp, artırım veya indirim öngören maddelerde ise bu artırım veya indirim nazara alınmaksızın, suçun temel şeklinin cezasının nazara alınması eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açabilecektir. Bu nedenle, nitelikli hâller açısından Kanun koyucunun tercih ettiği yaptırım sistemi nazara alınmaksızın, ister bağımsız bir yaptırım öngörülmüş olsun, isterse belirli bir oran dâhilinde*

Yargıtay 4²⁸ ve 18²⁹. Ceza Dairelerinin kararlarında da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun anılan kararı benimsenerek, suçta sürüklenen çocuklar hakkındaki suçun, uzlaştırma kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesinde, tüm nitelikli hâllerin dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir.

artırım yöntemi tercih edilmiş olsun, uzlaşma hükümlerinin uygulanmasında tüm nitelikli hâller dikkate alınarak uygulama yapılmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; ...sanığın eylemine uyan bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında hırsızlık suçunun suç tarihi itibarıyla TCK'nun 142. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak yaptırım altına alındığı, suçun gece vakti işlenmiş olması nedeniyle aynı Kanunun 143. maddesi uygulandığında temel ceza üçte birine kadar artırılacağından yaptırımın asgari iki yıl bir gün hapis cezası olarak belirlenebileceği göz önüne alındığında, geceleyin nitelikli hırsızlık suçu için öngörülen cezanın alt sınırının iki yılı aşması nedeniyle sanık hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmadığından ..."(UYAP)

- 28 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E: 2020/5576, K: 2020/21658, T: 24/12/2020: "...Kanunda suçun uzlaşma kapsamında kalıp kalmadığı hususunda nitelikli hâller yönünden ayırım yapan ayrı bir düzenleme bulunmadığından, bağımsız ceza içeren nitelikli hâllerde bu cezanın miktarı dikkate alınıp, artırım öngören maddelerde ise artırım dikkate alınmaksızın suçun temel şekli için öngörülen cezanın esas alınması eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açabileceğinden, ister bağımsız bir yaptırım öngörülmüş olsun, isterse belirli bir oran dâhilinde artırım yöntemi tercih edilmiş olsun, suçta sürüklenen çocuklar hakkında suçun uzlaştırma kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesinde, tüm nitelikli hâllerin dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında, somut olay kapsamında, suçta sürüklenen çocuğa atılı TCK'nun 265. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan görevi yaptırmamak için direnme suçunda altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olup suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi nedeniyle aynı Kanun'un 265. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yapılacak üçte biri oranında artırım sonucu cezanın üst sınırı dört yıl olacağından, suçta sürüklenen çocuk hakkında uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağına gözetilmemesi..."(UYAP)

- 29 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E: 2018/7743, K: 2019/6138, T: 28/03/2019: "...Suçun uzlaşma kapsamında kalıp kalmadığı hususunda suçta sürüklenen çocuklar hakkında uygulanması istenen ve suçun nitelikli halinin düzenlendiği maddenin 3 ve 4. fıkralarında öngörülen hapis cezasının üst sınırı 3 yıl hapis cezasından fazladır. "TCK'nun 265/1-3" bu ceza miktarı suçta sürüklenen çocuklar yönünden suçun uzlaşma kapsamından çıkarmaktadır. Aksi durum bazı kurumların ve kuralların suçun nitelikli hallerinin müstakil ceza öngörülmesi yönünden uygulanması, cezanın artırılmasının esasının benimsendiği haller için ise takrib edilmemesi sonucunu yaratır. Mahiyeti ve niteliği açısından fark bulunmayan suçun nitelikli halleri yönünden ayırım yapılması, yasal düzenlemeye aykırıdır ve suçu nitelikli halleri açısından eşitsizlik yaratacak niteliktedir.

Yasa koyucunun tercihi benzer konularda farklı uygulamaya yol açmamalıdır. Bağımsız yaptırım öngörülen nitelikli haller yönünden, uzlaşma açısından nitelikli halin cezanın üst sınırı dikkate alınıp, artırım öngören maddelerde de bu artırımın nazara alınmaması, suçun temel şeklinin cezasının nazara alınması eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açabilecektir. Bu nedenle nitelikli haller açısından yasa koyucunun tercih ettiği yaptırım sistemi nazara alınmaksızın ister bağımsız bir yaptırım öngörümüş olsun, isterse belirli bir oran dâhilinde artırım yöntemi tercih edilmiş olsun, uzlaşma hükümlerinin uygulanmasında tüm nitelikli haller dikkate alınarak uygulama yapılmalıdır...

Bu durumda suçta sürüklenen çocuklar hakkında uygulaması yapılan nitelikli halin üst sınırı 3 yıl x 1/3 oranında artışla 4 yıla baliğ olmaktadır. "TCK'nun 265/1-3" maddesinin üst sınırı suçta sürüklenen çocuklar yönünden suçun uzlaşma kapsamında olmadığı açıkça görülmektedir..." (UYAP)



3. Temyiz Kanun Yoluna Başvuru (CMK m. 286/2-g)

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temyiz kanun yoluna dair 286/2-g maddesinde, on yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararların temyiz edilemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hükümdeki soyut ceza miktarının tespitinde, temel suça dair cezanın belirli oranlar dâhilinde artırılmasını öngören nitelikli hallerin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda Yargıtay ceza dairelerinin kararları arasında farklılık söz konusudur. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.07.2020 tarihli kararında³⁰ cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli halin temyiz sınırında gözetilmemesine karar verilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi ise aksi görüştedir. Daire, aksi kabulün sanıkları, mahkeme kararlarına karşı etkin hukuki denetim mekanizmalarının sağlanması hakkında mahrum edeceğini vurgulamaktadır³¹.

30 Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E: 2020/4780, K: 2020/3260, T: 14.07.2020: "...Sanık hakkında cinsel saldırı suçundan gerçekleştirilen yargılama sonucunda atılı suçtan beraatine dair ilk derece mahkemesince verilen kararla ilgili yapılan başvuru üzerine istinaf incelemesini yapan Bölge Adliye Mahkemesince anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hüküm temyiz edilmiş ise de, müsnet suçu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 102/1-c.1 maddesinde yer alan hapis cezasının ağırlaştırıcı haller nazara alınmaksızın üst sınırının on yıl olması ve 5271 sayılı CMK'nın 286/2-g. maddesine göre üst sınırı on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili ilk derece mahkemesince verilen beraat kararlarına ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hükümlerin kesin olup temyiz edilememesi karşısında, vaki temyiz isteminin CMK'nın 298. maddesi gereğince reddine... (UYAP)

31 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2017/3415, K: 2018/495, T: 16.01.2018: "...temyiz edilebilirlik sınırının belirlenmesinde ağırlaştırıcı neden veya nitelikli hal uygulanması sebebiyle üst sınırın on yılın üstüne çıkması durumunda hükmün temyiz edilemeyeceğinin kabul etmenin sanıkların "mahkeme kararlarına karşı etkin hukuki denetim mekanizmalarının sağlanması" hakkından mahrum edeceği, bunun da adalete erişim hakkını sınırlayacağı açık ortadadır. Bu nedenlerle, silahlı terör örgütü üyesi olmak suçlarının 3713 sayılı TMK'nın 3. maddesinde düzenlenen mutlak terör suçlarından olması, aynı yasanın 5. maddesi kapsamında mutlak terör suçlarında her halükarda 3713 sayılı TMK'nın 5. maddesinin herhangi bir takdir hakkı olmaksızın uygulanmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda "silahlı terör örgütü üyesi olmak suçlarında cezanın üst haddinin 10 yıldan fazla olduğu" nazara alındığında, sanık hakkında, "silahlı terör örgütü üyesi olmak suçundan ilk derece mahkemesince verilen beraat kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararına" karşı temyiz kanun yolunun açık olduğu kabul edilerek "verilen kararın kesin olup temyiz isteminin reddine ilişkin ek kararın onanması" gerektiği yönündeki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamedeki görüşüne iştirak edilmemiştir..." Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2018/3777, K: 2020/2915, T: 15.06.2020 kararı da aynı yöndedir. (UYAP)

III. BASİT YARGILAMA USULÜ AÇISINDAN SORUNUN ÇÖZÜMÜ

Ceza uyuşmazlıklarının klasik muhakeme kuralları dışındaki usullerle çözülmesine dair yaklaşımın bir örneği olan basit yargılama usulü, CMK'nın 251 ve 252. maddelerinde düzenlenmiştir. Soruşturma aşamasına dair ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmeyen bu usul, kovuşturma aşamasına alternatif, duruşmasız, istisnai bir özel ceza yargılaması mahiyetindedir. Bu özel usulle nispeten önemsiz görülen bazı suçlara dair ceza muhakemesinin sadeleştirilerek daha kısa sürede neticelendirilmesi amaçlanmıştır.

Basit yargılama usulünün karakteristik özelliği, ceza muhakemesinin en önemli faaliyeti olarak görülen duruşmayı içermemesidir. CMK'nın 251 ve 252. maddesindeki düzenlemeler, başta duruşmalı yargılamaya ait olanlar olmak üzere adil yargılanma hakkının ceza muhakemesine dair pek çok ilkesinin işlerlik kazanamaması veya farklı şekillerde kullanılabilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle ceza muhakemesinin genel hükümlere nazaran daha az güvenceli olan basit yargılama usulüyle neticelendirilebilmesi için sanığın itiraz etmemek şeklinde gerçekleşen zımni rızası aranmıştır. Zira sanığın CMK m. 252 uyarınca itirazda bulunması üzerine duruşma açılarak yargılamaya devam edilmesi gerekmektedir.

Basit yargılama usulünün sanığın bazı haklarını daraltan anılan yönlerinin yanında mahkûmiyet halinde sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılacak olması nedeniyle sanık lehine bir yönü de bulunmaktadır. Doktrinde bu indirimin sanığın savunma hakkının sınırlandırılmasına, soru sorma, çelişmeli ve aleni yargılanma haklarından vazgeçmesine gösterdiği rızanın bir ödülü olarak öngörüldüğüne dair izlenim olduğu belirtilmektedir³².

Zikredilen hak ve menfaat dengesine haiz basit yargılama usulünün hangi suçlarda uygulanabileceği CMK m. 251/1'de düzenlenmiştir. Buna göre basit yargılama usulü, adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlı olarak uygulanabilecektir. Düzenlemede, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer verilen sulh ceza hâkiminin ceza kararına³³

32 CENTEL/ZAFER, s. 1029.

33 Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun hususi muhakeme usulleri başlıklı yedinci kitabının sulh hâkimlerinin ceza kararına başlıklı birinci faslında, 386 ila 391 inci maddelerinde ceza kararına dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu



dair hükümlerin aksine, mahkûmiyete konu netice ceza değil, suç tipine dair normda belirtilen soyut yaptırım esas alınmıştır. Yine benzer amaçlarla kabul edilen seri muhakeme usulüne dair CMK m. 250/1'in aksine katalog suç belirlemesi yapılmamıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251. maddesindeki mezkûr düzenlemede basit yargılama usulünün uygulanabilirliği açısından temel cezada artırım veya indirim gerektiren nitelikli hallerde dair hükümlerin gözetilip gözetilmeyeceği hususunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde farklı görüşlere yol açan bu eksiklik uygulamada da sorunlara neden olabilecek niteliktedir. Bu başlık altında konuya dair öğretilerdeki farklı görüşler ile Yargıtay'ın güncel kararlarına yer vererek kanaatimizi bildireceğiz.

Değirmenci'ye göre, sürelerin hesabında nitelikli hallerin dikkate alınacağı yönünde, TCK m. 66/3'de olduğu gibi bir düzenleme yapılmadığından suçun temel şekli esas alınmalıdır. Ancak suçun nitelikli halinin cezasına dair alt ve üst sınırların bağımsız şekilde belirlendiği hallerde bu cezanın üst sınırı dikkate alınacaktır³⁴. Karakehya/İnce Tuncer, İçer, Babayiğit/Karacan ve Aldemir de aynı görüştedir³⁵. Aldemir, hapis cezasına dair iki yıllık üst sınırın hesabında artırım veya indirime ilişkin hükümlerin dikkate alınmaması nedeniyle örneğin hakaret suçunun alenen işlenmesine dair nitelikli halinin basit yargılama usulü kapsamında kaldığını belirtmektedir³⁶.

Koca da, basit yargılama usulünün kapsamının belirlenmesinde ceza miktarının alt ve üst sınırlarının soyut olarak belirlendiği nitelikli haller dışında orana göre artırım veya indirim öngörülen nitelikli

düzenlemeler pek çok yönüyle basit yargılama usulüyle benzerlik içermektedir. (Sulh ceza hâkiminin ceza kararnameyi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: ÖNDER Ayhan, **Sulh Ceza Hâkiminin Ceza Kararnamesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966; KARAGÜLMEZ Ali, **Açıklamalı Uygulamalı ve İçtihatlı Ceza Kararnamesi ve Önödeme**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002; YAVUZ A. Hakan, **Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020)

34 DEĞİRMENCİ Olgun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251-252)", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 161, 2020, s.43. (36-51).

35 KARAKEHYA Hakan/İNCE TUNÇER Asuman, **Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, 1. Baskı, s. 118; İÇER Zafer, "Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251, 252)", **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 125, 2020, s. 9 (6-15); BABAYİĞİT Beşir/KARACAN Abdullah Enes, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 16, 2020, s. 885 (851-907); ALDEMİR Hüsnü, **Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, 2. Baskı, s. 303.

36 ALDEMİR, s. 303.

hallerin dikkate alınmaması, suçun temel şekline göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Zira belirli oranda artırım veya indirim öngörülen nitelikli hallerin uygulanmasıyla iki yıllık üst sınırın aşıldığı veya aşağısında kalındığının tespiti, yargılama neticesinde belirlenecek somut cezaya bağlıdır. Ancak basit yargılama usulünün kapsamının belirlenmesinde, somut değil soyut cezanın esas alınması gerekmektedir³⁷.

Yılmaz/Apiş ise suçun alt ve üst sınırlarına dair cezaların açıkça belirlendiği veya ceza miktarında belirli oranda artırım öngörüldüğü nitelikli haller arasında ayırım yapılmaması, orana göre artırım ve indirim öngörülen nitelikli hallerin de dikkate alınmasıyla cezanın üst sınırının iki yılı geçmesi durumunda basit yargılama usulünün uygulanmaması gerektiği kanaatindedir. Yazarlar daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren hallere bağımsız bir suç vasfı kazandırılmasının uygun olmadığına, ayrıca 251. maddede dava zamanlaşımına dair TCK m. 66/3'de olduğu gibi bir belirlemenin de yapılmadığına işaret etmektedir³⁸. Kaşka da aynı yönde görüş belirterek cezanın bağımsız olarak belirlendiği haller ile artırımın oran olarak belirlendiği hallerin ayırım yapılmayarak istisnai nitelikte olan basit yargılama açısından dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır³⁹.

Yargıtay 4⁴⁰ ve 8⁴¹. Ceza Daireleri, kararlarında suçun nitelikli hallerini nazara alarak, alenen hakaret suçunun basit yargılama usulü kapsamında olmadığını değerlendirmektedir. TCK'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında hakaret suçunun üç aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise hakaretin alenen işlenmesi halinde

37 KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2020, s. 10-11. (173-196).

38 YILMAZ Zahit/APIŞ Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2020, s. 88, 89. (62-106)

39 KAŞKA Hasan, "(Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 32, S. 153, 2021, s. 142. (107-167)

40 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E: 2016/15360, K: 2020/11759, T: 14.10.2020: "...Sanık M...'in gerçekleştirdiği iddia edilen hakaret eyleminden dolayı mahkûmiyet hükmü kurulması halinde, eylemin alenen hakaret kapsamında kalacağı düşünülerek basit yargılama usulü uygulaması dışında olduğu kabul edilerek dosya görüşüldü..."; aynı Dairenin E: 2017/20861, K: 2020/20229 T: 16.12.2020. (UYAP)

41 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 2020/2563, K: 2021/12683, T: 26.04.2021: "...Sanığın üzerine atılı alenen hakaret suçundan belirlenecek cezanın üst haddinin 2 yılı aşması nedeniyle basit yargılama usulü uygulanmayarak dosyanın esastan yapılan incelemesinde..."(UYAP)



cezanın altında biri oranında artırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay'ın dördüncü fıkradaki bu nitelikli hali gözeterek, cezanın üst haddinin iki yılın üzerine çıkması nedeniyle, basit yargılama usulünün uygulanamayacağı yönünde karar verdiği anlaşılmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi de cinsel taciz suçunun nitelikli haline dair TCK m. 105/2'nin uygulandığı dosyada verdiği güncel tarihli bozma kararında basit yargılama usulünün değerlendirilmesi gerekliliğinden bahsetmemektedir⁴².

Zikredilen görüşlerden farklı olarak, Tulay/Doğan, 5235 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesindeki düzenlemenin basit yargılama usulü açısından da kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Yazarlar bu düzenleme uyarınca sadece temel cezanın gözetilmesini, cezanın bağımsız olarak belirlendiği veya orana göre artırım öngörülmediği nitelikli hallerin dikkate alınmaması gerektiğini belirtmektedir. Böylece örneğin TCK m. 86/1'de cezaya dair üst sınır üç yıl olması nedeniyle daha az ceza öngören TCK m. 86/2'nin basit yargılama usulü kapsamına alınmayacağı; TCK m. 125/1'in basit yargılama usulü kapsamında kalması nedeniyle ise suçun alenen işlenmesine dair dördüncü fıkradaki nitelikli halinin ceza üst sınırı iki yılı geçmesine rağmen basit yargılama usulüne tabi olduğu ifade edilmektedir⁴³.

Görüldüğü üzere, basit yargılama usulü açısından suçun nitelikli hallerine ilişkin artırım veya indirimlerin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay'ın az sayıdaki güncel kararlarında ise basit yargılama usulünün uygulanabilirliğinin tespitinde suçun nitelikli hallerine dair artırımların gözetildiği anlaşılmaktadır. Esasen, CMK m. 251' de düzenlenen üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçların tespitinde cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren nitelikli hallerin dikkate alınıp alınmayacağı hususunun yapılacak bir kanun değişikliği ile sarıh bir şekilde belirlenmesi, tereddütlerin giderilmesi açısından önemli bir gerekliliktir. Bu gereklilik geçmiş başlıklarda zikredilen benzer düzenlemeler açısından da geçerlidir. Zira örneğin zorunlu müdafî görevlendirilmesinde nitelikli hallerin gözetilip gözetilmeyeceği hususunda yargı kararlarında halen görüş birliği bulunmamaktadır.

42 Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E: 2016/10189, K: 2020/5863, T: 15.12.2020. (UYAP)

43 TULAY M. Emre/DOĞAN Yamaç, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2020, s. 355, 356. (349-376)

Mevcut durumda basit yargılama usulü açısından sorunun çözümü için maddenin lafzı, CMK sistematığındeki yeri, düzenleniş amacı gibi hususlar çerçevesinde yapılacak yorumla neticeye ulaşılmalıdır. Bu faaliyette her iki görüşün kabulünün doğuracağı farklı neticeler de nazara alınmalıdır.

Kanun koyucu, basit yargılama usulünün kapsamını belirlerken soyut cezadan hareket ederek suçun adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl ya da daha az süreli hapis cezasıyla cezalandırılması şartını aramıştır. Bu sürenin tespitinde suçun nitelikli hallerinin dikkate alınması gerektiğine dair TCK m. 15 veya 66/3'de olduğu gibi bir düzenleme yapılmamış ise de dikkate alınmayacağına dair 5235 sayılı Kanun'un 14. maddesindeki gibi aksi yönde bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Görüldüğü üzere, soruna dair CMK'nın 251. maddesinde açık bir hüküm olmadığı gibi benzer müesseseler arasında da zıt yönlü düzenlemeler söz konusudur. Hem farklı yöndeki bu düzenlemeler hem de basit yargılama usulüne dair hükmün istisnai nitelikte olduğunu gözettiğimizde 5235 sayılı Kanun'un 14. maddesinin kıyasen uygulanamayacağını değerlendirmekteyiz.

Kanaatimizce basit yargılama usulü açısından sorunun çözümünde CMK m. 251'in düzenlenme gerekçesi önem kazanmaktadır. 7188 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile mezkûr maddenin gerekçesinde bu usulün amacı; basit suçlarla ağır suçlar arasında bir ayırım yapılması, belirli bir yaptırım ağırlığına kadar olan suçlar bakımından kovuşturma evresinde duruşma açmaksızın dosya üzerinden yargılamanın tamamlanabilmesine olanak tanınması, bu şekilde ağır suçların yargılanmasına daha fazla vakit ve emek ayrılmasına imkân sağlanması ve yargılamanın hızlandırılması ile yargının iş yükünün azaltılması şeklinde ifade edilmiştir. Yine madde gerekçesinde mukayeseli hukukta, suçların önem derecesi, olayların karmaşık olup olmaması, çözümünde hukuki ve olgusal herhangi bir sorunla karşılaşılması, tanık dinlemenin zorunlu olup olmaması gibi hususların nazara alınarak farklı yargılama usullerine ilişkin düzenlemelere yer verildiği belirtilmektedir.

Kanun koyucunun basit yargılama usulü kapsamına aldığı suçları, diğerlerine nazaran daha hafif nitelikte gördüğü anlaşılmaktadır. Bu basitlikleri nedeniyle daha hızlı bir yargılamaya tabi kılınmalarının yanında bu suçların faillerinin ceza indirimi almaları da uygun görülmüştür⁴⁴. Münhasıran adli para cezasıyla cezalandırılan suçlar gibi

44 AYGÖRMEZ Gülsün A./KORKMAZ Mehmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri*



üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasıyla tecziyesi öngörülen suçlar için CMK'nın sair maddelerinde de farklı istisnai düzenlemeler mevcuttur. Örneğin; CMK m. 75/5, 81/1, 100/4, 286/2-d ve 231/5 ile TCK m. 50, 51 ve 71/2'de üst sınırı iki yıl veya daha az süreli olan hapis cezalarına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerle üst sınırı iki yıl veya daha az hapis cezası gerektiren suçların daha fazla cezayı gerektirenlere nispeten basit nitelikte olduğu kabulünden hareket edilmiştir.

Basit yargılama usulünün daha hafif nitelikte, karmaşık olmayan suçlara hasredilmiş olması nazara alındığında, kanaatimizce cezanın orana göre artırılması veya indirilmesi öngörülenler ile cezanın alt ve üst sınırının bağımsız olarak belirlendiği suçun nitelikli halleri, aralarında ayırım yapılmaksızın iki yıllık üst haddin tespitinde dikkate alınmalıdır. Kanun koyucunun iradesine uygun olan bu tercihle, basit yargılama usulünün sanık lehine mi aleyhine mi olduğuna dair tartışmalardan⁴⁵ ari olarak, normun gerçek kapsamı tespit edilmiş olacaktır⁴⁶. Böylece nitelikli hal nedeniyle haksızlık içeriği ağırlaşan, çözümü zorlaşan suçlar basit yargılama usulü kapsamında kabul edilmeyecektir.

Mezkûr uygulama sayesinde bağımsız ceza düzenlenen nitelikli haller ile cezanın belirli bir oranda artırılmasını veya azaltılmasını düzenleyen nitelikli haller arasında haklı bir izahı bulunmayan bir eşitsizliğe de yol açılmayacaktır. Hakkaniyete uygun olan bu yorum TCK m. 43/1,3. cümlede yer verilen, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı ilkesi ile de uyumludur.

Mevcut durumda basit yargılama usulüne dair zikredilen Yargıtay kararları görüşümüzle aynı doğrultudadır. Ayrıca söz konusu kararlar benzer bir müessese olan uzlaştırmaya dair Yargıtay kararları ile isnat edilen suçun ağırlığı nedeniyle sanık için kabul edilen zorunlu müdafiliğe dair CMK m. 150/3'ün ve yine suçun ağırlığı nazara alınarak kanun yoluna başvuru hakkının tanındığı CMK m. 286/2-g'nin uygulanmasında cezanın belirli bir oranda artırılmasına dair nitelikli

Muhakame ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 66.

45 KOCA, s. 193; KAŞKA, s. 133; TULAY/DOĞAN, s. 360; BABAYİĞİT/KARACAN, 902; Anayasa Mahkemesi, E: 2020/16, K: 2020/33, T: 25.06.2020 ve E: 2020/81, K: 2021/4, T: 14.01.2021. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim tarihi: 24.04.2021)

46 CENTEL/ZAFER, s. 45; YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 101.

hallerin gözetilmesini kabul eden bazı Yargıtay kararları ile uyum içerisindedir. Bu kararlarda normun ihdas amacına uygun yorumda bulunulduğu kanaatindeyiz.

Aksi görüşün kabulü halinde TCK sistematüğinde çelişkili ve adil olmayan bir uygulama ortaya çıkacak, haksızlık dereceleri benzer olan eylemlerin farklı hukuki statülere tabi olmasına yol açılacaktır. Örneğın konut dokunulmazlığının ihlali suçundan TCK m. 116/1 uyarınca üst haddeden belirlenen iki yıl hapis cezası, TCK m. 119'da düzenlenen nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda bir kat oranında artırılması ile dört yıla çıkacak olmasına rağmen basit yargılama usulüne tabi olacakken; TCK m. 116/4'de düzenlenen suçun gece vakti işlenmesine dair nitelikli halde üst sınır 3 yıl olmasına rağmen basit yargılama usulü uygulanamayacaktır. Bu karmaşa kanun koyucunun sistematik olmayan tercihlerinden kaynaklanmaktadır. Örneğın, suçun gece vakti işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edildiğı düzenlemelerden TCK m. 143'de cezada yarı oranında artırım öngörölmüşken, TCK m. 116/3 ve 149/1-h'de ise daha ağır nitelikteki bağımsız cezalar belirlenmiştir. Suçun silahla işlenmesine dair nitelikli hal açısından da benzer bir uyumsuzluk söz konusudur. Bu nedenle bağımsız ceza belirlenen nitelikli haller ile cezanın belirli oranlar dâhilinde artırılması veya indirilmesinin düzenlendiğı nitelikli haller arasında ayırım yapılmamalıdır.

Benzer bir durum TCK m. 23'de düzenlenen suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri açısından da söz konusudur. Suçun nitelikli unsurları ile neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri, TCK'daki düzenleniş biçimleri açısından benzerlik içerse de mahiyetleri açısından farklı müesseselerdir. Ancak her iki müessese de suçun objektif tipine aittir. Nitelikli haller fiilin haksızlık içeriğini artıran veya azaltan unsurlarken, neticesi sebebiyle ağırlaşan haller suçun netice unsuruna ilişkindir⁴⁷. Sonuç olarak suçun nitelikli halleri gibi haksızlığın objektif unsuru kapsamında kalan neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerine dair cezayı artıran hükümlerin de süreye dair sınırların tespitinde dikkate alınması gerektiğı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nda pek çok suçun nitelikli haline yer verilmiştir. Ancak bu hallerin suçun temel tipinin cezasına etkisi bakımından sistematik bir düzenleme olmadığı göze çarpmaktadır. Kanunun bazı maddelerinde suçun temel şekline dair ceza üzerinden belirli oranlarda

47 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 145.



artırım veya indirim belirlenmişken bazılarında ise cezanın alt ve üst sınırlarının bağımsız şekilde belirlenmesi tercih edilmiştir. Kanun koyucunun düzenleme takdirine dayalı anılan farklılık, bilhassa cezanın belirli oranlara göre artırılması veya indirilmesini gerektiren nitelikli hallerinin ceza mevzuatımızdaki bazı düzenlemelerin uygulanmasına ne yönde etki edeceği hususunda tereddütlere yol açmıştır.

Kanun koyucu, TCK'nın 15, 66/3 ve 5235 sayılı Kanun'un 14. maddesindeki düzenlemelerde tercihini aşikâr ederek bazı normların uygulanmasına dair sürelerin tespitinde, nitelikli hallerine dair artırım veya indirimlerin değerlendirilmesini, bazıları açısından ise değerlendirilmemesini belirtirken, CMK'nın 47/3, 75/5, 81/1, 100/4, 125/3, 150/3, 171/2, 196/2, 234/1-a-3, 239/1, 251/1, 253/1-c, 272/3-b, 286/2-d ve 286/2-g; TCK'nın 71/2, 75/1; ÇKK'nın 19/2, 21 ve TKK'nın 3/1-a,b maddeleri açısından sükût etmiştir. Bu belirsizlik, anılan maddelerden bazılarının uygulanmasında farklı kararlara neden olmuştur. Örneğin, CMK m. 150/3'ün uygulanmasında, suçun temel şekline dair cezanın belirli oranlarda artırılmasını öngören nitelikli hallerinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay'ın farklı ceza daireleri arasında görüş birliği bulunmadığı, içtihadı birleştirme yoluna da gidilmediği görülmektedir.

Son olarak 7188 sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251 ve 252. maddelerinin yeniden düzenlenmesiyle kabul edilen basit yargılama usulünün uygulanabilirliği açısından aranan suçun *adli para cezasını vel veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmesine* dair ölçüt açısından da benzer bir tereddüt ortaya çıkmıştır. Bu tereddüdün giderilmesinde maddenin lafzı, CMK sistematikindeki yeri, düzenleniş amacı gibi hususların yanında her iki görüşün kabulünün doğuracağı farklı neticeler nazara alınmalıdır.

Kanaatimizce, cezada belirli oranlarda artırım veya indirim gerektirenler ile cezanın alt ve üst sınırının açıkça belirlendiği nitelikli haller, aralarında ayırım yapılmaksızın iki yıllık üst sınırın tespitinde dikkate alınmalıdır. Böylece bağımsız ceza düzenlenenler ile cezanın belirli bir oranda artırılmasını veya indirilmesini düzenleyen haller arasında bir eşitsizliğe de yol açılmamış olacaktır. Bu tercih, basit yargılama usulünün duruşmasız neticelendirilmesi mümkün görülen daha basit nitelikteki suçlara hasredilmesine dair irade ile de uyumlu olacaktır. Aksi görüş düzenlemenin kabulü amacıyla bağdaşmayacağı gibi adalete aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin konut



dokunulmazlığını ihlal suçunda TCK m. 116/4'da düzenlenen nitelikli haller üç yıllık üst sınır içerdiği için basit yargılama usulüne tabi değilken, TCK m. 116/1 ve 119 uyarınca dört yıl hapis cezasına hükmedilebilecek nitelikli hallerde basit yargılama usulünün uygulanabileceği sonucu ortaya çıkacaktır.



KAYNAKLAR

ALDEMİR Hüsni, **Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

AYGÖRMEZ Gülsün A./KORKMAZ Mehmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

BABAYİĞİT Beşir/ KARACAN Abdullah Enes, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 16, 2020, ss. 851-907.

CENDEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.

DEĞİRMENCİ Olgun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü(CMK m. 251-252)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 161, 2020, ss. 36-51.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(Cilt II)**, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2019.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(Cilt III)**, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2020.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(Cilt IV)**, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2021.

HAKERİ Hakan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

İÇER Zafer, “Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251, 252)”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 125, 2020, ss. 6-15.

KARAGÜLMEZ Ali, **Açıklamalı Uygulamalı ve İçtihatlı Ceza Kararnamesi ve Önödeme**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002.

KARAKEHYA Hakan/İNCE TUNÇER Asuman, **Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

KAŞKA Hasan, “(Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 32, S. 153, 2021, ss. 107-167.

KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, 2020, ss. 173-196.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

ÖNDER Ayhan, **Sulh Ceza Hâkiminin Ceza Kararnamesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncıları, 2018.

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

ŞEN Ersan, **Zorunlu Müdafiliğin Sınırı**, 2018, <https://www.hukukihaber.net/zorunlu-mudafiligin-siniri-makale,5900.html> (s.e.t. 21.04.2021)

TULAY M. Emre/DOĞAN Yamaç, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, 2020, ss. 349-376.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

YAVUZ A. Hakan, **Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

YILMAZ Zahit/APIŞ Özge, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, 2020, ss. 62-106.



CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASI

(*Transfer of Criminal Proceedings*)

Dr. Öğr. Üyesi Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ¹

ÖZ

Ceza kovuşturmalarının aktarılması, suçluların iadesi, yabancı kararların tanınması ve hükümlülerin nakli ile birlikte uluslararası işbirliğini öngören adli yardımlaşma kurumlarından birisidir. Tüm dünyada gittikçe artan insan ve mal trafiği sınır aşan suçların da işlenmesini artırmış, bir devlette suç işleyen failin başka bir ülkeye kaçması sık rastlanan bir durum olmuştur. Ceza hukukunda birden fazla devletin yargılama yetkisi olması halinde yargı makamları arasındaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü özel hukuka göre daha zordur. Ceza kovuşturmalarının aktarılması ile devletler arasındaki yargı yetkisi uyuşmazlıkları önlenmeye çalışılmakta, adli işlemlerin daha etkin, usul ekonomisine uygun ve adil biçimde yürütülebilmesi amaçlanmaktadır. Bu kurumun önemi soruşturmadan cezanın infazına kadar tüm ceza muhakemesi sürecinin aktarılmasına imkân sağlamasıdır. Kurum ile aktarılma olmasaydı cezasız kalabilecek suçluların yargılanması mümkün hale getirilmektedir. Çalışmanın konusunu oluşturan Türkiye'nin taraf olduğu 1972 tarihli Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ceza alanında kovuşturmanın aktarılmasına dair araçlara, ceza kovuşturmalarının çokluğuna, ilgili kişilerin birçok kez kovuşturulma ve mahkûm olma riskine karşı korunmasına ilişkin hükümler içeren çok önemli uluslararası bir metindir. Çalışmada öncelikle kovuşturmanın aktarılma nedenleri sonrasında ise Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeler 6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun ilgili hükümleri de dikkate alınarak incelenmeye çalışılmıştır.

1 Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, bilgehan.savasci@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5567-2646



Anahtar Kelimeler: Kovuşturmaların aktarılması, kovuşturmaların çokluğu, yetki paylaşımı, uluslararası adli yardımlaşma, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.

ABSTRACT

It is one of the legal aid institutions that envisage international cooperation with the transfer of criminal proceedings, extradition of criminals, recognition of foreign decisions and transfer of convicts. The increasing traffic of people and goods all over the world has also increased the commitment of cross-border crimes, and it has become a common situation for the perpetrator who commits a crime in one state to flee to another country. In criminal law, if more than one state has jurisdiction, the resolution of jurisdictional disputes between judicial authorities is more difficult than in private law. With the transfer of criminal proceedings, it is tried to prevent disputes on judicial power between states, and it is aimed to conduct judicial proceedings more effectively, in accordance with the procedural economy and in a fair manner. The importance of this institution is that it enables the transfer of the entire criminal procedure process, from investigation to execution of the sentence. It is made possible to try criminals who would have gone unpunished if they were not transferred with the institution. The subject of the study is 1972 European Convention on Transfer of Proceedings in Criminal Matters to which Turkey is a party . Convention is a very important international legal instrument includes provisions on the means of transferring prosecutions in the criminal area, the multiplicity of criminal proceedings, and the protection of the persons concerned against the risk of multiple prosecution and convictions. In the study, it was tried to be examined the reasons for transfer of criminal proceedings firstly, and then the relevant provisions of the European Convention on Transfer of Proceedings in Criminal Matters were tried to be examined by taking into account the relevant provisions of the Law no. 6706 on International Judicial Cooperation in Criminal Matters.

Keywords: Transfer of criminal proceedings, multiplicity of criminal proceedings, authority division, European Convention On Transfer Of Proceedings In Criminal Matters.



I. CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASI

A. Genel Olarak

Kovuşturulmanın aktarılması bir devlette başlamış veya başlamak üzere olan bir kovuşturmanın, başka bir devlete aktarılması ve o devletin de sanığı kendi kanunlarına göre yargılamasıdır. Kovuşturmanın aktarılacağı devlet ceza adaletinin sağlanması açısından kovuşturmayı daha iyi yapabilecek olan devlettir.² Ceza kovuşturulmalarının aktarılması aslında yargı yetkisinin devredilmesidir. Cezai yargı yetkisinin devri; aktarma talep edilen devlette talep eden devlete nazaran davanın daha etkili yürütülebileceği hallerde, devletlerin karşılıklı anlaşmasıyla mümkün olmaktadır. Kovuşturmaların aktarılmasında; aktaran devlette başlayan ceza yargılaması süreci aktarılan devlette sona ermektedir.³

Kovuşturma başka bir devlete aktarıldığında daha adil bir yargılama yapılacağı kabulü; şüpheli ya da sanığın talep edilen devlette olması, suçun kısmen ya da tamamen talep edilen ülkede işlenmesi, talep eden devlette delil elde edilmesinin güçlüğü, şüpheli ya da sanığın talep edilen devlette zaten özgürlüğü bağlayıcı çekiyor olması gibi çeşitli nedenlere dayanmaktadır.⁴

B. Kovuşturmaların Aktarılmasının Kökeni

Her hukuk sisteminde kovuşturmaların aktarılmasına ilişkin bir sistem bulunmaktadır. Devletler kendi usul hukuklarında hem medeni hem de ceza yargılamalarına ilişkin yargı yeri değişikliklerine gitmekte, yetki uyuşmazlıklarını kendi mahkemeleri arasında somut olayın özelliğini ve tarafların haklarını dikkate alarak çözmektedir. Anglo Sakson Hukuk sisteminde bu duruma “yetki değişikliği” denilmektedir. Uygun olmayan yargı yeri (forum non conveniens) doktrini çoğunlukla tarafların ve tanıkların uygun bir şekilde aktarılmasıyla ilgilidir. Aktarmanın amacı tarafların adalet beklentilerini yükseltmektir. Ceza

2 TEZCAN, Dursun/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ocak 2019, s. 250.

3 SCHUTTE, Julian, “**The European System**”, International Criminal Law Volume II: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms Second Edition, s.643-644, BASSIOUNI, Cheriff M., “**Introduction To Transfer Of Criminal Proceedings**”, International Criminal Law Volume II: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms Third Edition, Brill, 2008, s. 515.

4 VOYNOVA, Ralitz, “**Comparison Of The Transfer Of Criminal Proceeding With Other Forms Of International Legal Cooperation In Criminal Matters**” **International Conference KNOWLEGE BASE ORGANIZATION**, Vol XXI, No 2, 2015, s. 533.



davalarında yargı yeri değişikliğine izin vermek, özellikle sanığın doğal hâkimi önünde, yani suç işlediği yerde yargılanma hakkı olduğu için özel hukuk davalarından daha zordur.⁵ Sanığın suçun işlendiği yerde yargılanmasının nedeni soruşturmanın, kanıtların ve tanıkların burada olduğunun kabul edilmesidir. Bu durum Roma Hukukundaki “suçun işlendiği yer”(lex loci delicti) kuralının bir yansımasıdır.⁶

Kovuşturmaların aktarılmasının sınır aşan suçlarla mücadele etmede başvurulacak yeni sayılabilecek bir uluslararası adli yardımlaşma biçimi olduğu ancak kökeninin Hugo Grotius tarafından ileri sürülen “aut dedere aut judicare aut punire” ilkesi olduğu vurgulanmaktadır.⁷ İlkeye göre özellikle uluslararası niteliğe sahip suçlar en iyi şekilde suçun işlendiği yerde kovuşturulabileceği için öncelikli olarak suçun işlendiği devlete iadesi denenmelidir. İadenin mümkün olmadığı hallerde ise bu suçların cezasız kalmaması için suçlunun bulunduğu devlet faili yargılamalı ve cezalandırmalıdır.⁸ Günümüzde Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme, aut dedere/aut judicare (iade et ya da yargıla), aut dedere/aut punire (iade et ya da cezalandır) kuralı gereği sözleşmeye konu suçların işlenmesi halinde failin uyuşuna bakılmaksızın suçun işlendiği ülkeye iadesini öngörmüş, iadenin mümkün olamaması halinde ise taraf devletlere yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü getirmiştir.⁹ 1963 tarihli Uçaklara Karşı İşlenen Suçlara veya Diğer Fiillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi , 1970 tarihli Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkındaki La Haye Sözleşmesi , 23 Eylül 1971 tarihli Sivil Havaacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal Sözleşmesi , 14 Aralık 1973 tarihli Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair New York Sözleşmesi , 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair TEK Sözleşmesi , 21.12.1971 tarihli Psikotrop Sözleşmesi , 27.01.1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi aut dedere/aut judicare, aut dedere/aut

5 MC CLEAN, David, **International Co-operation In Civil And Criminal Matters**, Oxford University Press, 2012, s. 344.

6 BASSİOUNİ, s. 515, SCHUTTE, s. 644.

7 YENİSEY, Feridun, **Milletlerarası Ceza Hukuku Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1988, s. 65.

8 ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 16. Baskı, ,s. 1045.

9 ÖZGENÇ, s. 1045.



punire kuralına yer veren sözleşmelere örnektir.¹⁰ İlke kovuşturmanın aktarılmasının eski bir adli yardımlaşma türü olduğunu vurgulamak bakımından önemli olsa da kabul edilen uluslararası sözleşmeler sayesinde ilgili kurum günümüzde pozitif metinlere dayanmaktadır.¹¹

Ceza kovuşturmasının aktarılması devletler arasındaki yargı yetkisi uyuşmazlıklarını önlemeye ve adli işlemlerin daha etkin, usul ekonomisine uygun ve adil biçimde yürütülebilmesini sağlamaya çalışan uluslararası işbirliği kurumlarından birisidir. Bu kurumun önemi soruşturmadan cezanın infazına kadar tüm ceza muhakemesi sürecinin talep edilen devlete aktarılmasına imkân sağlamasıdır.¹² Bu şekilde maddi gerçeğe ulaşılması için uygun koşulları sağlamayı ve ceza adaletinin amaçlarına ulaşılmasını garanti altına almaktadır.¹³ Ceza kovuşturulmalarının aktarılması ile aktarılmaması cezazsız kalabilecek suçluların yargılanması kolaylaşmaktadır.¹⁴ Kurum ile ceza adaletini en etkin şekilde sağlayabilecek devlete soruşturma veya kovuşturmanın aktarılması mümkün hale gelmektedir.¹⁵

C. Kovuşturmaların Aktarılmasının Nedenleri

Ceza kovuşturmaları çeşitli nedenlerle başka devlete aktarılabilir. Sanık, mağdur ya da tanıklar yabancı ise ve yargılamanın sanığın vatandaşı olduğu ya da ikamet etmekte olduğu devlette yapılması daha faydalı ise kovuşturma aktarılabilir. Bu tip durumlar özellikle uluslararası seyahatlerde işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilir. Yine suçlunun kendi ülkesine kaçması durumunda, vatandaş iade edilmez kuralı gereği iade mümkün olmayabilir. Bu durumda kovuşturmanın aktarılarak suçun işlendiği devletin kovuşturma evrakını

10 ÖZGENÇ, s. 1046.

11 YENİSEY, s. 65, MC CLEAN, s. 344.

12 KUNTER, Nurullah, "Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi", **Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını**, Yıl:8,S.1974, s. 219, AYDIN, s. 16. Suçluların iadesi, istinabe mektupları, usule ilişkin belgelerin tebliği, ceza davalarının devri gibi uluslararası adli yardımlaşma biçimlerinin genellikle kovuşturma öncesi gerçekleştiği ve buna ilişkin oluşturulan savcılık sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GİRGİNOV, Anton, "The Centralized Prosecutorial Model In International Judicial Cooperation In Criminal Matters" https://www.academia.edu/33372133/Centralized_Prosecutorial_Model_in_International_Judicial_Cooperation_in_Criminal_Matters, erişim tarihi: 12 Ocak 2021.

13 VOYNOVA, s. 539.

14 ULUTAŞ, Ahmet/ATABEY, Ömer Serdar, "Avrupa Ceza Hukukunda Kovuşturmaların Aktarılması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak Şubat 2013, S. 104, s. 123.

15 SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, 2016, 7. Baskı, s. 170, ERTUĞRUL, Hüseyin, **Türk Ceza Hukukunda Hükümlülerin Nakli**, Adalet Yayınevi, s. 108.



ve suç delillerini göndermesi ve suçlunun kendi devletinde yargılanması yerinde olur. Yine suç için öngörülen cezanın suçlunun geri verilmesini sağlayacak ağırlıkta olmaması ya da iade masraflarının çok fazla olması durumunda da suçlunun kendi ülkesinde yargılanması için kovuşturma aktarılabilir.¹⁶

Yabancı suçluluğu çok uzun süredir ceza adaletinin sağlanması bakımından sorunlara yol açmaktadır.¹⁷ Yabancı ülkede suç işleyen kişilerin nerede ve nasıl yargılanacağı bu konuda karşılaşılan iki önemli sorun olmuştur. Yargılamanın yapılacağı yerin belirlenmesi mülklik ve şahsılık ilkeleri arasında bir seçim yapmayı gerektirmektedir. Ancak her iki ilkenin de vazgeçilemez taraflarının olması bu seçimi oldukça zorlaştırmaktadır. Bu suçlara ilişkin yargı yetkisinin devletler arasında bölüşülmesine ilişkin girişimler de genellikle başarısızlıkla sonuçlanmaktadır. Bu konuda oluşturulan yargılama teorilerinin temeli devletlerin suçları sınıflandırmaya çalışmasına ve somut olayın koşullarına göre belirli bir devlete yargılama yetkisinin verilmesine dayanmaktadır. Yargılamanın soruşturmanın başlangıcından hükmün kesinleşmesine kadar bir bütün olarak yapılması gerektiği ileri sürülmekte, sonrasında ise suça ilişkin infaz yetkisinin iki devlet arasında bölüşülmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁸ Ceza davalarının ve mahkûmların aktarılmasına ilişkin oluşturulan uluslararası usullere dayanak olan bu yaklaşım cezanın ıslah amacı ile kişilerin yabancı ülkede suç işlemesinin ortaya çıkardığı sorunlar arasında uzlaşma sağlamaya çalışmaktadır.¹⁹

Küreselleşme süreci ülkeler arasında yoğun bir insan ve mal hareketliliğini de beraberinde getirmiş, böylece sınır aşan suçların işlenmesi arttığı gibi, bir devlette suç işleyen failerin diğer devletlere kaçma olanağı da artmıştır. Sınır aşan suçların dünya genelinde artış göstermesi bu tür suçları kontrol edebilmek için devletler arasında daha fazla işbirliğini de gerekli hale getirmiştir.²⁰ Uluslararası işbirliği zorunluluğu devletlerin yer yönünden yetki kurallarının tekrar

16 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 251.

17 PLACHTA, Michael, "Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners: New Instruments of Cooperation in Criminal Matters among the Socialist Countries of Eastern Europe" *Connecticut Journal of International Law*, Issue 2, Spring 1988, s. 312.

18 PLACHTA, s. 312.

19 PLACHTA, s. 312.

20 BASSIOUNI, s. 517.



incelemesi gereğini de beraberinde getirmektedir.²¹ Ceza Kanunlarının yer bakımından uygulanması temel olarak ceza kanunlarının hangi coğrafi sınırlar içerisinde uygulanabileceğine ilişkin olup; hangi ceza kanununun, nerede ve kim tarafından işlenen suçlar bakımından uygulanabileceğine ilişkin kuralları içermektedir.²² Her bir devlet; işlendiği yer önemli olmaksızın suçun kendi ülkesinde yargılanacağına ilişkin kurallar koyabilir.²³ Ancak ceza yargılaması yapılmasına ilişkin devletin menfaatinin olmaması ve yargılamanın bir masraf gerektirmesi nedeniyle devletler çoğunlukla yer bakımından uygulanmaya ilişkin kuralları getirmektedir. Bu nedenle ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasını devlet kendi menfaati gereği sınırlandırmaktadır.²⁴

Devlet kendi ülkesinde kamu düzenini ve kamu barışını korumakla yükümlüdür, bu nedenle ülkesinde işlenen suçların yargılanması bakımından devletin menfaatinin olduğu açıktır. Ülke dışında işlenen suçlar bakımından ise devlet menfaati olduğu hallerde bu suçların ülkesinde yargılanmasını sağlayabilir. Kendi ülkesinde ya da başka ülkede işlenen suçlar bakımından devletin yargılama yapabilmesine ilişkin kuralları ceza kanunlarında belirlenir ve bunlar ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin kuralları oluşturur.²⁵ Bu kuralları bir uluslararası ceza hukuku kuralı değil ulusal ceza hukuku kuralıdır. Çünkü her ne kadar kuralların işlerliği uluslararası sözleşmelerle artırılmaya çalışılsa da bu kuralları iç hukuka aittir. ²⁶ Yer yönünden uygulamaya ilişkin kuralları hukuka uygun ve makul bağlantı noktalarına dayanılarak oluşturulmakta, bu şekilde yargı yetkisine ilişkin çatışmalar engellenmeye çalışılmaktadır.²⁷

Ülkesinde suç işlenen devlet ilgili suç yargılama yetkisine sahiptir. Ancak fiilen yargılama yapılabilmesi için failin ülkede olması gereklidir, fail hakkında gıyapta yapılabilecek olan işlemler oldukça sınırlıdır. Böyle bir durumda ulusal yargı yetkisine sahip devlet üç şekilde

21 ULUTAŞ/ATABEY, s. 119.

22 ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, Beta Yayın, 4. Bası, s. 597, KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.757.

23 KOCA/ÜZÜLMEZ, s.757.

24 ZAFER, s. 597-598, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 757.

25 ZAFER, S. 598.

26 ZAFER, S. 598.

27 TURHAN, Faruk, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)", **Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD)**, Sayı: 4, s. 198, ŞAHİN, İlyas, "Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1, 2015, s. 111.

hareket edebilmektedir. Devlet failin bulunduğu devletten adli yardım talep edebilir, iade sözleşmelerine göre ilgili devletten failin iadesini isteyebilir ya da ceza soruşturması ya da kovuşturmasının aktarılmasını talep edebilir.²⁸ Ceza soruşturması ya da kovuşturulmasının aktarılması halinde yetki paylaşımı ilkesi gereğince ilgili sözleşme hükümlerine göre yetki paylaşımı yapılmaktadır.²⁹ Bu bağlamda Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi taraf devletler arasında ulusal mevzuat dolayısıyla kaynaklanabilecek yetki sorunlarını çözmeye çalışan ve yetki paylaşımına ilişkin kurallar getiren bir sözleşmedir.³⁰

Ceza kanununun yer bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların ulusal hukuk bakımından iki işlevi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi devletin yargı yetkisinin hangi durumlarda var olduğunun belirlenmesi, diğeri ise ulusal yargı yetkisinin hangi şartlarda kısıtlanabileceğine ilişkin ölçütlerin konulmasıdır.³¹ Ceza hukukunda yabancı mahkemeler ile Türk mahkemeleri arasında çıkan yetki ve mevzuat ihtilaflarının çözümü diğer hukuk dallarına göre çok daha zordur. Farklı hukuk dallarında sorun yabancı kanunun Türk mahkemesi tarafından uygulanması ya da ilgili mevzuatın uyumlaştırılması yoluyla çözülebilir. Ancak ceza hukukunda durum böyle değildir. Ceza hukukuna hâkim olan ilke mülkîlik ilkesidir, mülkîlik ilkesi devletin mutlak egemenlik hakkının bir gereğidir.³² Devlet ülkesinde işlenen suçlar bakımından yargılama yapmaya yetkilidir. İlkeye göre; devlet kendi ülkesinde işlenen suçlar bakımından, failin ve mağdurun vatandaşlığı önem taşımaksızın, kendi ceza kanununu uygular.³³ Yani ilke fail ya da mağdurun vatandaşlığını değil suçun işlendiği yeri esas almaktadır.³⁴ Bir anlamda devlet ceza kanununun uygulanma alanını kendi ülkesiyle sınırlandırmakta, kendi ülkesinde işlenen suçlar bakımından kendi ceza kanununu uygulamaktadır.³⁵ Bu nedenle Türk ceza mahkemelerinde görülen davalarda mutlak bir biçimde Türk ceza kanunları uygulanır.³⁶

28 ZAFER, s. 599.

29 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, S. 142.

30 AYDIN, Uğur, "Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Türk Hukukunda Uygulanması" *Terazi Hukuk Dergisi*, Mayıs 2014, S. 93, Girginov, s. 201.

31 ULUTAŞ/ATABEY, s. 119.

32 ZAFER, s. 608, ÖZBEK, Veli Özer /DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2019, 10. Baskı, s. 133, KÜLÇÜR, Erdem İzzet, *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 141.

33 ZAFER, s. 608, KOCA/ÜZÜLMEZ, s.758.

34 ZAFER, S.608.

35 KOCA/ÜZÜLMEZ, s.758, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.133.

36 ULUTAŞ/ATABEY, s. 118-119.



Yer yönünden yetki³⁷ bakımından devletler arasında olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı ortaya çıkabilir. Olumlu yetki uyuşmazlığının çözümü bakımından yer bakımından yetki kurallarının sınırlandırılması gerekirken, olumsuz yetki uyuşmazlığı için yetkinin genişletilmesi gerekmektedir. Kimi durumlarda yargı yetkisine sahip devlet failin yargı yetkisine sahip olmayan devlet tarafından yargılanmasının daha etkin olacağına karar verebilir. Ülkede suç işlemiş olan yabancı bir fail kendi ülkesine kaçarsa ve ilgili devlet geri verme talebini reddeder ise sanığın gıyabında bir kovuşturma yapılamayacaktır. Bu durumda kovuşturulmasının aktarılmasını haklı kılan nedenler söz konusu olduğu için birinci devlet ikinci devlete kovuşturmayı aktarmaya karar verebilir. İkinci devletin talebi olması halinde birinci devlet tarafından kovuşturulmanın aktarıldığına dair uluslararası bir belge hazırlanır ve kovuşturmayı devralan devlete verilir.³⁸ **Ceza kovuşturulmalarının aktarılmasında genellikle kovuşturmanın devrini talep eden devlet suçun işlendiği devlet, kovuşturmanın aktarılması talep edilen devlet ise sanığın ikametinin olduğu devlettir.** Kovuşturmanın aktarılması bakımından; aktaran devletin aktarılan devlete uluslararası bir belge vermesi vazgeçilmez bir şart olmamakla birlikte uygun bir usul ve hukuki bir zemin oluşturmak bakımından daha yerindedir. Bununla birlikte bir uluslararası sözleşme olmasa dahi aktarılan devletin ceza kanunu suçun faili için uygulanabilir olduğu müddetçe ceza kovuşturmaları aktarılabilir.³⁹ Özellikle Avrupa Hukuk Sistemi içerisinde son dönemde uluslararası bir sözleşme ya da ulusal düzenlemelere dayanmaksızın da karşılıklı anlaşmayla kovuşturulmaların aktarılmasına sıklıkla rastlanmaktadır.⁴⁰ Ancak uluslararası bir sözleşme, adli yardımlaşmanın daha düzenli ve etkin yapılmasını sağlaması ve *ne bis in idem* ilkesine ilişkin standart kurallar getirmesi bakımından önemlidir.⁴¹

II. CEZA KOVUŞTURULMALARININ AKTARILMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Ceza hukuku alanında uluslararası adli yardımlaşma genellikle suçluların iadesi ve bilgi ve deliller konusunda yardımlaşmadır. Ceza

37 Yer yönünden yetki kurallarıyla kastedilen Ceza Muhakemesi Kanunundaki yer yönünden yetki kuralları değil, Türk Mahkemelerinin yargı yetkisidir.

38 ULUTAŞ/ATABEY, s. 119.

39 ULUTAŞ/ATABEY,, s. 121.

40 ABBELL, Michael, "International Transfer of Proceedings In Criminal Matters: United States Perspective" in: **Extradition to and from the United States**, Volume I, 2010, s. 403.

41 ULUTAŞ/ATABEY,, s. 121.

Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi bu anlamda ceza hukuku alanında ceza kovuşturmalarının aktarılmasına ilişkin olduğu için önemli bir gelişmedir. 1972 tarihli Sözleşme 'den önce Avrupa Konseyi üye devletler arasında ceza kovuşturulmalarının aktarılması ilk kez trafik suçları bakımından olmuştur. 1964 tarihli Karayolu Trafik Suçlarının Cezalandırılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁴² taraf bir devlette işlenen trafik suçunun diğer bir devlette kovuşturulmasını ya da bir ülkede hükmedilen trafik suçuna ilişkin cezanın diğer bir devlette infaz edilmesini düzenlemektedir. 1964 tarihli Koşullu Salıverilen veya Mahkûm Edilen Kişilerin Gözlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁴³ ise koşullu salıverilen ya da mahkûm edilen kişilerin diğer bir devlette gözlenmesini hüküm altına almaktadır. ⁴⁴

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 15.5.1972 tarihinde imzaya açılmış ve 30.3.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Suçlunun ceza adaletini en iyi sağlayabilecek devlette cezalandırılması, birden fazla devletin kendini yetkili sayması durumunda uyuşmazlığın çözümü, bir kişinin birden fazla devlette aynı fiilden dolayı yargılanması halinde ne bis idem ilkesinin uygulanmasının sağlanması Sözleşme'nin gerçekleştirmeyi hedeflediği temel amaçlardır.⁴⁵

Sözleşme ceza adaletini en iyi sağlayacak devletin suçluyu cezalandırmasını, birden fazla devletin kovuşturmaya ilişkin kendini yetkili saymasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü ve bir kişiyi birden fazla devletin yargılaması durumunda ne bis in idem ilkesinin uygulanmasını sağlamaya yöneliktir.⁴⁶ Cezai konularda uluslararası işbirliğini sağlamaya yönelik bir anlaşma olmasına rağmen özellikle ne bis in idem ilkesini düzenleyen hükümleri dikkate alındığında Sözleşme'nin bu çerçevenin dışında da işlevi bulunduğu görülmektedir.⁴⁷

42 Karayolu Trafik Suçlarının Cezalandırılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi'ni Türkiye 13 Eylül 1965 tarihinde imzalamış ancak onaylamamıştır. European Convention on the Punishment of Road Traffic Offences <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/052/signatures>, erişim tarihi 21.11.2018.

43 Koşullu Salıverilen veya Mahkûm Edilen Kişilerin Gözlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ni Türkiye 13 Eylül 1965 tarihinde imzalamış ancak onaylamamıştır. European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/051/signatures>, erişim tarihi 21.11.2018

44 KUNTER, s.79-81, YENİSEY, s. 65.

45 ULUTAŞ/ATABEY, s. 122.

46 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 255.

47 VAN DEN WYNGAERT, Christine /STESSENS, Guy, The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some Of The Unanswered Questions, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, No. 4 (Oct.1999),British Institute of International and Comparative Law, s. 786.



Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi altı kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım suç ve yaptırım kavramlarının tanımlanmasına, ikinci kısım Sözleşmede öngörülen iş birliğini sağlamak için Devletlere gerekli yetkinin verilmesine, üçüncü kısım kovuşturulmaların aktarılması yöntemlerine, dördüncü kısım kovuşturmaların çokluğunun düzenlenmesine, beşinci kısım ne bis in idem ilkesinin uygulanmasına, altıncı kısım ise Sözleşmenin imzalanmasına, onaylanmasına ve çekincelere dair kurallara ilişkindir.

B. Sözleşme'nin Temel Özellikleri

Suçlulukla mücadele edilirken suçlunun cezasız kalmaması ve aynı suç için birden fazla cezaya çarptırılmaması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunun için de ulusal düzenlemelerin yanında bir takım uluslararası düzenlemeler de gerekmektedir.⁴⁸ Aktarma talep edilen devlet; konu egemenlik haklarıyla da ilgili olduğu için bir anlaşma ve anlaşmanın uygulanmasını sağlayan ulusal bir düzenlemenin olmaması halinde aktarmayı kabul etmek zorunda değildir. Talep edilen devletin aktarmayı kabul etmesi için yasal dayanakları olmalıdır. Aktarılan devletteki yargılama ceza kovuşturmalarının aktarılması anlaşması mekanizmasıyla oluşturulamaz. Sözleşme ve ona uygun mevzuat uygulayıcı devletteki olaylar ve kişiler arasında bulunması gerekli yargısal bağı belirleyecektir. Yargısal bu bağ aktarılan devletin kanunları gereği olması gerekenden daha az olabileceğinden, anlaşmanın uygulayıcı yasalarının ulusal mevzuatı değiştirmesi veya tamamlaması gerekecektir.⁴⁹

Devletler kendi iç hukuklarında ceza kovuşturmasının aktarılmasını düzenleyebilirler. Türk Hukukunda 6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş birliği Kanunu'nun Dördüncü Bölümünde 23 ila 25. Maddeler arasında soruşturma veya kovuşturmanın devri düzenlenmiştir.⁵⁰ 6706 sayılı Kanun'da soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesi ve soruşturma veya kovuşturmaların yabancı devletten devralınması 24. ve 25. Maddelerinde ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır. Kanunun adli iş birliğine ilişkin hükümleri Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi de dâhil olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi sözleşmeleri ile

48 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 251.

49 BASSİOUNİ, s. 516.

50 YAŞAR, Yusuf/İÇER, Zafer, "Tutuklu ve Hükümlülerin Takası ve İadesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1510-1511.

uyumludur.⁵¹ Anayasa'nın 90. Maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Kanunun 1/3. Maddesinde de Türkiye'nin taraf olduğu adli iş birliğine ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile diğer kanun hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Her ne kadar Kanunda Sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde Kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da, m.1/3 de dolaylı olarak Kanun hükümlerinin ikincil olarak uygulanacağı kabul edilmiştir.⁵² Yani Sözleşme hükümleri kanun hükümlerine göre önceliklidir, Sözleşmede aksi hüküm bulunmayan hallerde 6706 Sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.⁵³

Cezai konularda uluslararası adli iş birliğinin usul ve esaslarını düzenleyen 6706 Sayılı Kanun 23.4.2016 tarihinde kabul edilmiş, 5.5.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun'da tüm adli yardımlaşma türleri için geçerli olacak genel ilkeler, adli yardımlaşma, iade, muhakemenin devri, infazın devri ve hükümlünün nakli konuları düzenlenmiş, bu şekilde öncesinde ilgili sözleşmelerde düzenlenen adli işbirliği konuları ilk kez bir Kanunda düzenlenerek Türk Hukukunda uluslararası adli işbirliğine ilişkin önemli bir yenilik getirilmiştir.⁵⁴ Kanunun 23. maddesinde taraflar arasında milletlerarası sözleşme bulunmaması hâlinde, mütekabiliyet ilkesi esas alınarak Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu çerçevesinde soruşturma veya kovuşturmaların devredilebileceği veya devralınabileceği hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasında milletlerarası sözleşme olması halinde ise aynı maddenin birinci fıkrası gereği ilgili anlaşma ve 6706 Sayılı Kanun hükümlerine göre soruşturma veya kovuşturma devredilip devralınabilecektir.⁵⁵ Bu bağlamda Türk hukukunda ceza soruşturma ve kovuşturmalarının aktarılması bakımından taraf olan devletler arasında Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve 6706 Sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanacakken, Sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından eğer ilgili Devlet ile Türkiye arasında konuya ilişkin bir anlaşma varsa bu anlaşma ve Kanun hükümleri uygulanacak, yoksa mütekabiliyet ilkesi esas alınarak Kanun hükümlerine göre

51 TURHAN, FARUK, "6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S. 2019, s. 3081.

52 TURHAN, s.3081.

53 TURHAN, s. 3081.

54 TURHAN, s. 3081, BAŞARAN, Ahmet: "Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", Uluslararası Hukuk Bülteni, S. 8, s.9.

55 YAŞAR/İÇER, s.1510-1511.



soruşturma veya kovuşturmalar aktarılacaktır. Müttekabiliyet ilkesi esas alınarak soruşturma ve kovuşturmaların devrinin Türkiye ile aralarında ilgili bir sözleşme bulunmayan devletlerle de mümkün kılınması 6706 Sayılı Kanun ile gelen önemli bir yeniliktir.⁵⁶

Türkiye 26 Haziran 1974 tarihinde Sözleşmeyi onaylamış, 1 Mart 1977 tarih ve 2080 Sayılı Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanun 13 Mart 1977 de yayınlanmış, 27.10.1978 tarihinde Türkiye Sözleşme'ye taraf olmuştur. Bu çok taraflı sözleşmeye taraf olmanın yanı sıra Türkiye'nin yapmış olduğu adli işbirliğine ilişkin ikili anlaşmalarda da konuya ilişkin hükümler bulunabilmektedir.⁵⁷ Sözleşme'nin devletler arasında yetki paylaşımına ilişkin kurallar getirdiğini ve ulusal mevzuattan kaynaklanan yetki uyuşmazlıklarını çözmeye çalıştığı dikkate alındığında, Türkiye'nin sözleşmeyi kabul ederek yer yönünden uygulama bakımından yetki paylaşımını kabul ettiği söylenebilir.⁵⁸ Yetki paylaşımı ilkesinin dayanağını benzer hukuk sistemlerine sahip devletler arasında yapılan uluslararası sözleşmeler oluşturmaktadır.⁵⁹ Yer yönünden uygulamaya ilişkin diğer ilkelerden farklı olarak yetki paylaşımında devletler tek taraflı iradeleriyle bir bağlantı noktası belirlememekte, ikili veya çok taraflı sözleşmelerde öngörülen kurallara göre yetkiyi paylaşmaktadır.⁶⁰ Uluslararası sözleşmelerin öngördüğü bu ilkeyle yetki paylaşımına ilişkin kurallar getirilerek; devletler arasında çıkabilecek yetki uyuşmazlıkları engellenmek, yabancı mahkeme kararlarının başka bir ülkede infazı sağlanmak veya failerin aynı fiilden dolayı iki kez cezalandırılmalarının önüne geçilmek istenmektedir.⁶¹

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ile oluşturulan ceza yargılamalarının aktarılması rejimi bu tür bir anlaşmanın aktarılan devlette yargı yetkisini nasıl tesis ettiğini göstermektedir. Avrupa Sözleşmesi iki şekilde yargı yetkisi yaratır. Birincisi 6. Madde dolayısıyla aktarma talep eden devletin kovuşturmanın aktarılması

56 TURHAN, s.3075, BAŞARAN, s. 9.

57 ERTUĞRUL, s. 109.

58 TURHAN, Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13), s. 202, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 142, ŞAHİN, s. 115, ERGÜN, Ergin, "Avrupa Konseyi Çerçevesinde Terörle Hukuki Ve Kurumsal Mücadele", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 760.

59 TURHAN, s. 202, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 142, ŞAHİN, s. 115, ERGÜL, s. 760.

60 TURHAN, Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13), s. 202, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 142, ŞAHİN, s. 115, ERGÜL, s. 760.

61 TURHAN, s. 202



yönünde resmi bir talepte bulunmasıdır. Bu taleple talep eden devlet talep edilen devlete sınır ötesi bir yetki vermektedir.⁶² İkinci durumda ise m. 7/1 “İstenilen Devlette kovuşturma yapılabilmesi için hem kovuşturma isteğine yol açan eylemin bu Devlette işlenmesi halinde suç sayılması hem de failin yine bu Devlet kanunlarına göre hakkında müeyyide uygulanabilen bir kişi olması şarttır.” hükmü gereği aktarılan devletin suçu kendi topraklarında işlenmiş gibi ele almasına izin veren bir kurgu oluşturulmaktadır.⁶³ Sözleşme bir eylemin her iki devlette de suç oluşturması gereğini ve ne bis in idem ilkesini de düzenlemiştir. Bu gereklilikler var olduğunda, Sözleşmede düzenlenen ret nedenleri olmadığı sürece talep edilen devlet talep eden devletin isteğini kabul etmek zorundadır.⁶⁴ Aktarılan devletin yargı yetkisi aktaran devletin talebine bağlı olduğu için, aktarılan devlet aktaran devlete uygun olmayan bir şekilde yargılama yapamaz. Bu nedenle örneğin zamanaşımı her iki devlette de dolmamış olmalıdır. Yine talep eden devlet aktarma talebiyle kendi yargı yetkisinden vazgeçtiği için, talep edilen devletin kabul ya da red kararına kadar kovuşturmaya devam edemez, aktarma talebi kabul edildikten sonra ise aktaran devletin yargı yetkisi sona etmektedir.⁶⁵

Sözleşme yetki çatışmalarını çözen zorunlu bir sistem getirmemiştir. Sadece ceza adaletini sağlamak bakımından kovuşturmanın en etkili sonuç vereceği devlette, tek bir kovuşturma yapılmasını sağlamaya yönelik kurallar koymuştur. Yani Sözleşme’nin düzenlemeleri, yargı yetkisine sahip olduğunu ileri süren devletler içerisindeki en uygun devletin kovuşturmanın yapılması için seçilmesine ilişkindir. Sözleşme taraf devletler arasında çıkabilecek yetki uyuşmazlıkları bakımından adil ve etkili bir çözümün sağlanmasını amaçlamaktadır.⁶⁶

Devletler ceza kanunlarında yer bakımından uygulanma kurallarını düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitap ikinci bölümü kanunun uygulanma alanına ilişkindir ve yabancı ülkede işlenen suçların Türkiye’de yargılanma koşulları bu bölümde belirtilmiştir. **Sözleşme bu yetkiyi asli yetki kabul etmekte ve bu yetkiye dokunmamaktadır. Ancak kendi kanununa göre yargı yetkisine sahip olmayan bir devlete Sözleşme ek yargı yetkisi vermektedir. Bir devletin yargılama yapabilmesi için yargı yetkisine sahip olması gereklidir, Sözleşme**

62 BASSIOUNİ, s. 516.

63 BASSIOUNİ, s. 516.

64 BASSIOUNİ, s. 516.

65 BASSIOUNİ, s. 516-517.

66 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256.



kendi kanununa göre yargı yetkisine sahip olmayan devlete yargı yetkisi vererek bu sorunu çözmektedir.⁶⁷ Ancak ikincil niteliğe sahip olan bu yargılama yetkisi, zamanaşımı dışında af çıkması ya da fiilin artık suç olarak kabul edilmemesi gibi bir nedenle kovuşturmayı devreden devletin yetkisinin sona ermesi durumunda ortadan kalkacaktır.⁶⁸

Sözleşme ceza adaletini daha iyi sağlama amacını gerçekleştirebilmek için kovuşturmanın yargılama yetkisine sahip bir devletten yetkisi olmayan bir devlete naklini mümkün kılmaktadır. Bu şekilde aslında yargılama yetkisi olmayan bir devlet Sözleşme dolayısıyla yetkilendirilmektedir.⁶⁹ Türk Ceza Kanunu'nun 8 ila 13. Maddelerinde yer bakımından uygulanma kuralları ve hangi hallerde Türkiye'nin ceza yargılaması yapmaya yetkili olduğu haller düzenlenmiştir. Bu maddelere göre Türkiye'nin yargılama yetkisinin olmadığı hallerde de Türkiye aktarma talebinin olması halinde Sözleşme hükümlerine göre yetkili olabilecektir. Örneğin yabancı ülkede suç işleyen bir vatandaşın üçüncü bir ülkeye kaçması ya da 13. Madde kapsamına girmeyen adli para cezasını gerektiren bir suçu vatandaşın yabancı ülkede işlemesi veya alt sınırı 1 yıldan az olmayan bir suçu vatandaşın yabancı ülkede işlemesi ve zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyeti olmaması ya da şikâyet sürelerini kaçırmış olmaları durumunda Türkiye'nin yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumlarda eğer suç Sözleşme'ye taraf bir devlette işlenmişse ve aktarma talebi varsa Türkiye yargılama yetkisi olmadığı halde kovuşturma yapılabilecektir. Yani sözleşme aslında her devletin kendi kanununda düzenlenen yer bakımından uygulanma kurallarının bir istisnasını oluşturmaktadır.⁷⁰ Sözleşmeden kaynaklanan ve yargılama yetkisine sahip devletin aktarma talebinin olduğu durumlarda ortaya çıkan bu yetki devletin kendi kanunundan kaynaklanmadığı için ikincil, tali bir yargılama yetkisidir, eğer devlet kendi kanununa göre zaten yargılama yetkisine sahip ise ikincil bu yetki de söz konusu olmamaktadır.⁷¹

Yargılama yetkisine sahip olmayan devlet mutlaka Sözleşme tarafından yetkili kılınmalıdır. Bu zorunlu bir şarttır. **Kaynağını sözleşmeden alan bu ek yetkinin kullanılması ise diğer devletin kovuşturmanın aktarılmasını talep etmesi şartına bağlıdır.** Aktarma

67 ULUTAŞ/ATABEY, s. 123.

68 AYDIN, s. 18.

69 AYDIN, s. 17.

70 AYDIN, s. 17.

71 AYDIN, s. 17.



talep edilen devlet, talebi kabul ettiğinde kovuşturmayı kendi muhakeme kanunlarına göre yapacaktır.⁷²

Sözleşmenin 3. Maddesine göre kendi kanununa göre bir suç kovuşturmakla yetkili her taraf Devlet, Sözleşmenin uygulanması bakımından, aynı eylem yüzünden diğer bir taraf Devlet tarafından kovuşturulan yahut kovuşturulacak olan sanık hakkında, kovuşturma yapmaktan vazgeçebilir veya başlamış olduğu kovuşturmaya son verebilir. Hüküm kovuşturmanın aktarılmasına ilişkin olmayıp yargılama yetkisi olan bir devletin yürüttüğü kovuşturmaya son vermesini veya kovuşturma açmamasını düzenlemektedir. Hükümle asli yetkiye sahip iki devletten birisi çifte cezalandırmanın önüne geçebilmek için sanık lehine kovuşturma yetkisinden vazgeçmektedir. Ancak bu zorunlu bir hüküm değildir, uygulanması devletlerin takdirine bağlıdır.⁷³ Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 12. Maddesine göre bir yabancı 13. Madde kapsamı dışında Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç yabancı ülkede bir Türk vatandaşının zararına işlemiş ise, kendisi Türkiye'de bulunuyorsa ve bu suç dolayısıyla hakkında yabancı ülkede hüküm verilmemişse, zarar görenin şikâyeti üzerine fail Türkiye'de yargılanır. Hükümün lafzı dikkate alındığında bu durumda failin Türkiye'de yargılanması zorunludur. Böyle bir halde de failin çifte cezalandırılabilme ihtimali söz konusu olacaktır. Sözleşme bunu engelleyebilmek için 3. Madde hükmünü getirmiştir. Türkiye böyle bir durumda Sözleşme'ye göre kovuşturma yetkisinden vazgeçebilir veya yürüttüğü kovuşturmaya son verebilir.⁷⁴ Sözleşme'nin 3. Maddesine göre kovuşturmadan vazgeçme veya kovuşturmaya son verme kararı, diğer Devlette kesin bir karar verinceye kadar geçicidir.

C. Kovuşturmaların Aktarılmasının Koşulları

1. Aktarılma Şartları

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde ceza kovuşturmalarının aktarılması koşulları düzenlenmiştir. Sözleşme sadece ceza kovuşturulmasının aktarılmasına ilişkin değil hakkındaki kovuşturma aktarılan failin haklarını dikkate alan düzenlemelere de sahiptir.⁷⁵ Ceza kovuşturmasının aktarılması

⁷² ULUTAŞ/ATABEY, s. 123.

⁷³ AYDIN, s. 17.

⁷⁴ AYDIN, s. 17.

⁷⁵ ULUTAŞ/ATABEY, s. 123.



için gerekli ön koşullar suçun işlendiği anda değil, talep edilen devletin aktarma talebini kabul ettiği anda var olmalıdır. Kovuşturmanın aktarılması sürecinde ceza yargılamasının esasına girilmez, usuli bir inceleme yapılır. Ceza kovuşturması ancak gerekli koşullar var olduğunda aktarılabilir. İlk koşul ilgili devletler arasında konuya ilişkin ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmanın varlığıdır.⁷⁶ Konuya ilişkin temel anlaşma Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi'dir. Sözleşme taraf devletler bakımından ceza kovuşturmalarının aktarılması konusunda birincil düzenlemedir.⁷⁷ Bu husus Sözleşmenin 43/2. Maddesinde açıkça belirtilmiştir.⁷⁸ Maddeye göre taraf devletler sözleşme ile düzenlenen meselelerle ilgili olarak ancak sözleşmenin hükümlerini tamamlamak veya sözleşmenin prensiplerinin uygulanmasını kolaylaştırmak için ikili veya çok taraflı sözleşmeler yapabilir.

Her taraf devlet kendi kanunlarına göre suç sayılan bir fiilden dolayı diğer bir taraf devlette kovuşturma yapılmasını talep edebilir. Bu talep Sözleşmede gösterilen haller ve belirtilen şartlarla sınırlıdır. Talep edilen devlette kovuşturma yapılabilmesi için ilgili fiilin bu devletin kanunları uyarınca da suç sayılması ve failin bu devletin kanunlarına göre cezalandırılabilir olması gereklidir. Sözleşme'nin 8. Maddesinde bir devletin diğer bir devletten kovuşturulmanın aktarılmasını talep edebilme şartları düzenlenmiştir. Bu şartlardan biri ya da birkaçı bulunduğu bir devlet diğer devletten kovuşturmanın aktarılmasını talep edebilir.

Sözleşme'ye göre ceza kovuşturulmasının aktarılabilmesi için **öncelikle talep eden devlette en azından bir ceza soruşturması bulunmalıdır.**⁷⁹ 6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş birliği Kanununa göre gerek soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilebilmesi gerekse de yabancı devletten devralınması için ilgili suçun üst sınırı bir yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olması şart koşulmuştur. Buna göre adli para cezasını gerektiren veya üst sınırı bir yıldan az olan hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından soruşturma veya kovuşturmanın aktarılması mümkün olmayacaktır.

76 VOYNOVA, s. 534.

77 VOYNOVA, s. 534.

78 GİRĞİNOV, Anton, "Applicable Rules On Extradition And International Legal Assistance (Problems of their Hierarchy in Bosnia and Herzegovina)", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.8, Ocak 2016, s. 200.

79 ULUTAŞ/ATABEY, s. 123.



Aranan koşul sadece Türk hukuku bakımındandır, yabancı devlet bakımından ise böyle bir sınırlama aranmamaktadır, ancak aktarılmanın gerçekleştirilebilmesi için ilgili fiilin her iki devlet bakımından da suç olması şarttır.⁸⁰ Sözleşme sadece ceza soruşturmasının bulunmasını aktarılma için ararken Kanun asgari bir ceza koşulunu şart koşmuştur. Bunun nedeni uluslararası adli işbirliği taleplerinin ciddi oranda masraf ve iş yükü gerektirmesi ve belli ağırlıkta olmayan suçlar için bu yola gidilmesine Kanun Koyucu tarafından gerek görülmemesidir.⁸¹ Bununla birlikte doktrinde sadece adli para cezasını gerektiren veya üst sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturmanın üst sınırı bir yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla birlikte yabancı devletten devralınabileceği kabul edilmektedir.⁸²

Sözleşme'nin 8. Maddesine göre maddede sayılan şartlardan biri ya da daha fazlasının bulunması halinde taraf bir devlet diğer bir taraf devletten kovuşturma yapmasını talep edebilir. Bunun için aranan şartlar şu şekildedir:

- Sanık aktarma talep edilen Devlette mutad olarak oturuyorsa,
- Sanık aktarma talep edilen Devletin vatandaşı ise veya aktarma talep edilen Devlet sanığın asıl Devleti ise,
- Sanık hakkında aktarma talep edilen Devlette hürriyeti bağlayıcı bir müeyyide uygulanmakta ise veya uygulanacaksa,
- Sanık aktarma talep edilen Devlette aynı veya başka suçlardan ötürü kovuşturulmakta ise,
- Kovuşturmanın aktarılmasının hakikatin meydana çıkması bakımından faydalı olduğu ve özellikle en önemli delillerin aktarma talep edilen Devlette bulunduğu görüşünde ise,
- Muhtemel bir mahkûmiyetin aktarma talep edilen Devlette yerine getirilmesinin hükümlünün toplumdaki yerini tekrar alabilmesi imkânlarını artıracığı görüşünde ise,
- Kendi ülkesinde yapılacak duruşmada sanığın hazır bulunmasının sağlanamayacağı, buna karşılık, aktarma talep edilen Devletteki duruşmada bunun sağlanabileceği görüşünde ise,

80 MERT, Harun, "6706 Sayılı Kanun'a Göre Yabancı Devlette Yürütülen Soruşturma veya Kovuşturmaların Devralınması", *Adalet Dergisi*, 2020/2, S.65, s. 213.

81 MERT, s. 212.

82 MERT, s. 212.



- Muhtemel bir mahkûmiyeti, suçluların geri verilmesi yoluna başvursa dahi yerine getiremeyeceği, buna karşılık aktarma talep edilen Devletin bu imkâna sahip olduğu görüşünde ise.

6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş birliği Kanunu m.24/1 e göre hem yabancı hem de Türk vatandaşı bakımından gerekli şartların bulunması halinde soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devrini mümkün kılmıştır.⁸³ Madde 24/1-a ya göre şüpheli veya sanığın yabancı devletin vatandaşı olması nedeniyle Türkiye’de hazır bulundurulamaması veya adli yardımlaşma yoluyla savunmasının alınamaması durumunda soruşturma veya kovuşturma devredilebilir. Türk vatandaşı olan şüpheli veya sanığın ise yabancı devlette mutad olarak bulunması veya delillerin bu devlette olması nedeniyle devrin, gerçeğin ortaya çıkarılmasına imkân vermesi hâllerinde soruşturma veya kovuşturma yabancı devlete devredilebilir. Bu bağlamda Kanununun 24. Maddesinde soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete aktarılması için aranan koşullar ile Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesinde aktarıma için aranan şartların uyumlu olduğu görülmektedir.⁸⁴

Kovuşturmanın aktarılabilmesi için ceza davasının konusu ile talep edilen devlet arasında hukuki ya da fiili bir bağlantının olması gerekmektedir. Sözleşmesi’nin 8/1 maddesinin b bendine göre sanık talep edilen devletin vatandaşı ya da talep edilen devlet sanığın asıl devleti ise vardır. Aynı maddenin a bendinde ise sanığın talep edilen devlette mutad olarak oturması kovuşturmanın aktarılmasını talep edebilmek için diğer bir seçenek olarak kabul edilmiştir. Yani sanık talep edilen devletin vatandaşı değilse de en azından orada kalıcı olarak ikamet ediyor olmalıdır, aksi takdirde kovuşturmanın aktarılması anlamsız olacaktır. Bu iki koşuldun birinin olması aktarmayı talep etmek için yeterlidir.⁸⁵ Hakkındaki kovuşturma aktarılan kişinin menfaatlerinin gözetilmesi bakımından aranan şart ise bu kişinin talep edilen devlette cezasının infaz edilmesi durumunda hükümlünün sosyal iyileştirilme olanağının daha iyi olmasıdır. Maddenin ilk dört paragrafında belirtilen şartlar objektif niteliğe sahip olup, ilgilinin daha

83 TURHAN, 6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Kanunu’nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme, s. 3075.

84 MERT, Harun, “Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu Çerçevesinde Soruşturma veya Kovuşturmanın Yabancı Devlete Devredilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, C. 46, 2020, S. 4, s. 1107-1110.

85 VOYNOVA, s. 537.



iyi bir şekilde rehabilitasyonunu amaçlamaktadır.⁸⁶ Kişinin aktarma talep edilen devletin vatandaşı olması ya da bu devlette mukim olması halinde bu şartın genellikle gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁸⁷ Devlette mukim olması şartı ile talep edilen devlette ziyaretçi olarak bulunan kişiler kapsam dışında kalmaktadır. Bazı durumlarda sanığın uyuşuğu olduğu devlet ile asıl devleti aynı olmayabilir. Asıl devlet kişinin hayatının büyük bölümünü geçirdiği ve yaşam şekline/koşullarına alışkın olduğu devlet olabilir. Özellikle vatandaşlığın yakın zamanda değiştirilmesi durumunda kişinin uyuşuğunda bulunduğu devletten ziyade asıl devletiyle köklü bağları söz konusu olabilir. Talep edilen devlette sanığın hapis cezasını çekiyor ya da çekecek olması durumunda uygun adalet ilkesi gereği tek bir devlette işlemin dikkatle planlanarak uygulanması, iki devlette koordinesiz olarak uygulanacak işlemlerden daha etkili olacak ve daha olumlu sonuçlar doğuracaktır. Yine talep edilen devlette sanığın aynı ya da başka suçlardan kovuşturuluyor olması şartı ile aynı suç için birden fazla kovuşturma yapılması engellenmek ve çok sayıda suç için kovuşturulmaların birleştirilmesi sağlanmak istenmiştir.⁸⁸ İlgilinin bulunduğu yer ya da meskeni tespit edilemiyorsa ve ilgili talep edilen devlette de değilse ilgilinin talep edilen devletin vatandaşı olması ya da talep edilen devlette mutad olarak oturması ön şart olduğu için kovuşturmanın aktarılması işlemleri sona erdirilmelidir. Yine Sözleşme'nin 8/1-g maddesine göre kendi ülkesinde yapılacak duruşmada sanığın hazır bulunmasının sağlanması kovuşturmanın aktarılmasını kabul etme koşullarından bir diğeridir. Sanığın yokluğu ceza kovuşturmasını zorlaştıracığı gibi muhtemel bir mahkûmiyet hükmünün talep edilen devlette infaz edilmesini de engelleyecektir. Ancak talepte bulunan devlet şüphelinin bulunduğu devletten iadesini isterse kovuşturmanın aktarılması işlemlerine devam edilebilir.⁸⁹

8. madde belirtilen son dört koşul subjektif olup talep eden devletin değerlendirmelerine dayanmaktadır. Talep eden devlet, talep edilen devlette bulunan delilleri, tanıkları, ilgili belgelere erişim kolaylığı gibi hususları dikkate alarak kovuşturmanın aktarılmasının daha adil olacağı kanaatine ulaşabilir. Yine olası bir mahkûmiyet halinde hükümlünün

86 Bkz. CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASI KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN AÇIKLAYICI RAPORU (ETS NO. 73), m. 32, in: Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Ahmet ULUTAŞ, Ömer Serdar ATABEY, Adalet Yayınevi, s. 65-66, m. 8, s. 43.

87 ULUTAŞ/ATABEY, s. 124.

88 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 8, s. 43-44.

89 VOYNOVA, s. 539.



rehabilitasyonu bakımından talep edilen devletin daha fazla olanağa sahip olduğunu düşünebilir. Maddenin g bendi adil yargılanma hakkının güvence altına alınması ile ilgilidir, kendi ülkesinde sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlayamayan devletin sanığın oturduğu devletten soruşturma/kovuşturma yapmasını isteme hakkı savunma hakkını teminat altına alabilmek için vardır. Talep eden devletin muhtemel bir mahkûmiyeti iade yoluyla dahi yerine getiremeyeceği düşüncesinde olması hükmüyle; ilgili hakkında uygulanacak yaptırımın ilgilinin başka bir devlette bulunması nedeniyle uygulanamamasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu sayede kovuşturmanın aktarılması yoluyla infazdan önceki bir aşamada yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır.⁹⁰

8. maddenin ikinci fıkrasına göre eğer sanık taraf devletlerden birinde kesin olarak mahkûm olmuşsa, suçlunun iadesi yoluyla dahi kendisi yaptırımı yerine getirememesi ve diğer devletin de yabancı ceza yargılarının yerine getirilmesi ilkesini kabul etmemesi ya da böyle bir ceza yargısının infazını reddetmesi durumunda bu devlet aktarma talep edebilir. Bu halde de yine maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlardan biri ya da birkaçının olması gerekir. Bu hükümlerle talep eden devletin cezayı infaz edemediği ve başka bir devlette de infaz ettiremediği durumlarda şüphelinin işlemiş olduğu suçun cezasından kaçması engellenmek istenmiştir.⁹¹ 8. Maddenin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için üç koşulun bulunması gerekir:

- Aktarma talep eden devlet suçluların iadesi yoluyla dahi kendisi cezayı infaz edemiyor olmalıdır.
- Diğer devlet yabancı ceza yargılarının infazını kabul etmiyor veya verilmiş olan hükmün infazını reddediyor olmalıdır.
- Birinci fıkrada belirtilen şartlar olmalıdır.

Sözleşme'nin 9. Maddesine göre aktarma talep edilen devletin bu talebi inceleme ve talebe ilişkin karar verme yükümlülüğü bulunmaktadır, Talep edilen devlet talebe ilişkin karar verdikten sonra bu kararı talep eden devlete bildirmelidir.

Sözleşmenin 1. maddesine göre ceza kanunları tarafından suç kabul edilen fiiller suçtur. Ancak Sözleşme; Sözleşme'nin III sayılı ekinde gösterilen Kanunlarda öngörülen ve idari bir makamın yetkisi

90 AÇIKAYICI RAPOR, m. 8, s. 44-45.

91 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 8, s. 45.



içerisine giren fiilleri de yargılama makamı önüne getirilebilmek kaydıyla suç saymaktadır.⁹² Türk hukuku bakımından ise 6706 Sayılı Kanun sadece cezai konularda yapılacak adli iş birliklerini kapsamı içerisine almış kabahatlere ilişkin ise bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla Kanunun uygulama alanı sadece suçların soruşturulması ve kovuşturulması ile mahkûmiyet hükümlerinin infazına ilişkin adli iş birlikleriyle sınırlıdır.⁹³

İkinci maddede, her taraf devletin diğer bir taraf devletin ceza kanununun uygulanabileceği bir suçu kendi ceza kanununa göre kovuşturma yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. **Bu madde ile Sözleşmenin uygulanması bakımından kendi kanununa göre yetkili olmayan bir devlete Sözleşme ile tali yetki verilmektedir.** Kovuşturmanın aktarıldığı devlet uyumsuzluğu kendi ceza kanununa göre çözecektir. 25. Maddeye göre **aktarma talep edilen devletin yetkisi sadece kovuşturmayı aktaracak devletin talebine dayanmakta ise, yani kendisi ilgili suçu yargılama yetkisine sahip değilse**, aktarma talep edilen devlette verilecek ceza, talep eden devletin ilgili suç için öngördüğü cezadan daha fazla olamaz.⁹⁴

Bir suçun talep eden devlette idari yargılamanın, talep edilen devlette ise ceza yargılamasının konusu olması ya da talep eden devlette ceza yargılamasının talep edilen devlette idari yargılamanın konusu olması hallerinde de Sözleşmeye göre aktarma mümkündür. İkinci halde talep eden devlet talep edilen devletin idari makamının vermiş olduğu kararın hukuki sonuçlarını tanımakla yükümlüdür. Ancak Sözleşme'ye taraf olan bir devlet idari yargılamaya konu olacak bir fiile ilişkin talebi reddetmek üzere çekince koyabilir. İlgili fiilin talep edilen devlette idari yargılamanın konusuna girmesi halinde m.9/2 gereği bu durumu talep edilen devlet talep eden devlete derhal bildirmelidir. 3. Fıkra ile taraf devletlere genel bir bildirim yapma olanağı da getirilmiştir. Buna göre taraf devletler Sözleşmeyi imzalarken ya da onay, kabul, katılma belgelerini verirken ya da herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yapacağı bir beyan ile ulusal kanununun belli suçların cezalandırılması yetkisini hangi şartlarla idarî makamlara verdiğini bildirebilir. Bu genel deklarasyon ikinci fıkrada belirtilen bildirinin yerine geçmektedir. Talep eden devlet ikinci fıkra uyarınca

92 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256.

93 TURHAN, 6706 Sayılı Kanun, s. 3073.

94 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256.



ilgili fiilin talep edilen devlette idari bir makamın yetkisi dâhiline girdiği yönünde bilgilendirildiğinde talebini geri çekebilir. Bu durumda talep edilen devlet talep hakkında karar vermeden önce talep edilen devletin kararını makul bir süre beklemelidir.⁹⁵

Sözleşme'nin 10. Maddesinde talep edilen devletin talebi işleme koymayacağı yani işlemi reddedeceği haller düzenlenmiştir. Buna göre talep Sözleşmenin 6. Maddesine ve 7. Maddesinin birinci fıkrasına uygun değilse, kovuşturma yapılması ne bis in idem ilkesine yani Sözleşmenin 35. Maddesine aykırı ise, suç talep eden ya da talep edilen devlette zamanaşımına uğramış ise talep reddedilir. Yine talep edilen devlet 11. Madde de belirtilen hallerden biri ya da birkaçının varlığı halinde talebin bir kısmını ya da tamamını reddedebilir. Onuncu maddede belirtilen şartların birinin ya da birkaçının varlığı halinde işlemin reddi zorunludur. Sözleşme'nin 10. Maddesinde belirtilen haller bakımından talep edilen devletin bir takdir yetkisi bulunmamaktadır, bu haller talep edilen devlet bakımından zorunlu bir red nedenidir.⁹⁶ On birinci madde bakımından ise yapılacak inceleme sonucunda isteğin kabul ya da reddedilmesi devletin takdiridir.⁹⁷

10. maddeye göre aşağıdaki hallerin varlığında aktarma talep edilen devlet talebi reddetmek zorundadır:

- Eğer ilgili fiil aktarma talep edilen devletin kendi kanununa göre suç olarak düzenlenmediyse veya fail cezalandırılabilir değilse,
- Failin yargılanması Sözleşme'nin 35. Maddesinde düzenlenen ne bis in idem ilkesine aykırı ise,
- İstek tarihinde kamu davası aktarma talep eden Devlette ve bu Devletin kanununa göre zamanaşımına uğramışsa.

Talep edilen devlet; talebe konu fiil kendi ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmemiş ise ya da kendi ulusal mevzuatlarına göre kişi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması mümkün değil ise talep hakkında bir işlem yapamaz.⁹⁸ Talep edilen devlet talep eden devletin mevzuatına göre zamanaşımını dikkate alır ve zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle talebi reddeder. Zamanaşımının aktarma talep

95 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 9, s. 47.

96 ULUTAŞ/ATABEY, s. 125.

97 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256-257.

98 ULUTAŞ/ATABEY, s. 125.



eden devletin kanununa göre dolması zorunlu bir ret nedenidir.⁹⁹ Zorunlu ret nedenlerinden birinin talep edilen devletin talebi kabulünden sonra ortaya çıkması halinde talep edilen devlet kabulünü geri alır. (m. 12/1)

6706 Sayılı Kanun'un 25/1. Maddesinde ise soruşturma veya kovuşturmanın devralınması için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Hükme göre yurt dışında işlenen ve Türk hukukuna göre zamanaşımına veya affa uğramamış, üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yabancı bir devlette yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilir. Sözleşme bakımından zamanaşımının aktarma talep eden devletin kanununa göre dolması zorunlu bir red nedeniyken aktarma talep edilen devletin kendi kanununa göre zamanaşımının dolması takdiri bir red nedenidir. 6706 sayılı Kanuna göre ise eğer zamanaşımı Türk hukukuna göre dolmuş ise soruşturma veya kovuşturma devralınmayacaktır. Benzer şekilde Türk hukukuna göre suçun affa uğramış olması halinde de talep reddedilecektir. Sadece adli para cezasını gerektiren veya üst sınırı bir yıldan daha az hapis cezasını gerektiren bir suç söz konusu ise benzer şekilde soruşturma veya kovuşturma devralınmayacaktır.¹⁰⁰Yine hüküm gereği sadece yurt dışında işlenen suçlar bakımından soruşturma veya kovuşturmanın devralınması mümkündür, Türkiye'de işlenen suçlar bakımından zaten mülkilik ilkesi gereği Türkiye'nin yargılama yetkisi bulunmaktadır. Yurt dışında işlenen suçlar TCK m. 8 in kapsamı dışında kalan suçlardır. Türk Ceza Kanunu 8. Maddesinde¹⁰¹ mülkilik ilkesini kabul etmiştir. Maddeye göre Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Maddenin uygulanabilmesi için bir suçun hangi hallerde Türkiye'de işlenmiş sayılacağı belirlenmesi ve Türkiye'nin ülkesinin tespit edilmesi önem taşımaktadır.¹⁰² TCK m. 8/1 e göre fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi

99 ULUTAŞ/ATABEY, s. 125.

100 MERT, Harun, Soruşturma veya Kovuşturmaların Devralınması, s. 212.

101 Türk Ceza Kanunu m.8: *“(1) Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır.*

(2) Suç;

a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,

b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,

c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,

d) Türkiye'nin kut'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır.”

102 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 759, KÜLÇÜR, s. 141.

halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır. Hükümle birlikte hem hareketin yapıldığı, hem de neticenin gerçekleştiği yer suçun işlendiği yer olarak kabul edildiği için Türkiye’nin yargı yetkisinin sınırları genişletilmiştir.¹⁰³ Fiil ile ifade edilmek istenen suç tipinde belirtilen icrai veya ihmali hareketlerdir. Tehdit, hakaret, kişi hürriyetinden yoksun kılma, hırsızlık gibi salt hareket suçlarında ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamakta, icrai ya da ihmali hareketin gerçekleştirildiği an suç işlenmiş sayılmaktadır. Bu tür suçlarda suçun işlendiği yer hareketin yapıldığı yerdir.¹⁰⁴ Suçun icra hareketlerine Türkiye’de başlanmış yabancı ülkede devam edilmiş ise ya da icra hareketleri Türkiye’de gerçekleştirilmiş olmasına karşın netice yabancı ülkede meydana gelmiş ise veya icra hareketlerine yabancı ülkede başlanıp Türkiye’de devam edilmiş ise veya icra hareketleri yabancı ülkede gerçekleştirilip netice Türkiye’de meydana gelmiş ise suç 8. Maddeye göre Türkiye’de işlenmiş sayılır. Yine seçimlik hareketlerden birisinin Türkiye’de, bir diğersinin ise yabancı ülkede gerçekleştiği hallerde suç Türkiye’de işlenmiş kabul edilir.¹⁰⁵ Örneğin uyuşturucu madde ticareti suçunun seçimlik hareketleri uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç etmektir. Bu hareketlerden birisi Türkiye’de gerçekleştirilirse mülk ilkesi gereği suç Türkiye’de yargılanır. Ancak Türkiye bakımından ihraç kabul edilen bir fiil başka bir devlet bakımından ithal olabilir. Bu durumda diğer devletin de yargılama yetkisi olacaktır. Bu gibi hallerde suç Türkiye’de işlenmiş sayıldığı için soruşturma veya kovuşturmanın devralınması mümkün olmayacak, bu da özellikle şüphelilerin, sanıkların, önemli delillerin Türkiye’de bulunması durumlarında sıkıntıya neden olacaktır. Bu nedenle kovuşturmaların aktarılmasının amaçları da dikkate alındığında kısmen yurtdışında işlenen suçlar bakımından Türkiye’nin soruşturma veya kovuşturmayı devralabilmesinin mümkün olması adalete daha iyi hizmet edecektir.¹⁰⁶

Sözleşme’nin 11. Maddesinde belirtilen haller bakımından talebin kabul veya reddedilmesi talep edilen devletin takdirine bağlıdır. Aşağıda sayılan hallerin en az birinde aktarma talep edilen devlet talebin bir parçasını veya bütünü reddedebilir:

103 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 760, ÖZBEK /DOĞAN/BACAĞIZ, s. 141.

104 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 760.

105 ÖZGENÇ, s. 973, KÜLÇÜR, s. 166-167.

106 MERT, s. 208.



- Talep edilen devlet talep eden devletin 8. Madde uyarınca dayandığı sebebin yersiz olduğu görüşünderse,
- Sanık aktarma talep edilen Devlette mutat surette oturmuyorsa,
- Sanık aktarma talep edilen devletin vatandaşı değilse ve suç tarihinde bu Devlet ülkesinde mutat surette oturmuyorsa,
- Talebe konu suç talep edilen devlet tarafından siyasi ya da mali suç olarak değerlendirilir ise,
- Soruşturmanın ırk, din, milliyet ya da siyasi görüşlere dayandığını düşündürecek ciddi sebeplerin bulunduğu görüşünderse,
- Aktarma talep edilen devlet fiile kendi kanununu uygulayabiliyorsa ve talebin alındığı tarihte kendi kanununa göre zamanaşımı dolmuşsa,
- Yetkisi sadece kovuşturmayı aktaracak devletin talebine dayanmakta ise ve kendi kanununa göre zamanaşımı süresi dolmuşsa,
- Suç aktarma talep eden devletin ülkesi dışında işlenmişse,
- Kovuşturma talep edilen devletin uluslararası taahhütlerine aykırı ise,
- Kovuşturma aktarma talep edilen devletin hukuk düzeninin temel prensiplerine aykırı ise,
- Aktarma talep eden devlet Sözleşme’de öngörülen bir usul kuralını çiğnemişse.

6706 Sayılı Kanun’un 25/1 maddesine göre de kişi, Türkiye’de mutat olarak bulunmuyorsa, Türk vatandaşı değilse, suç, talep eden devletin sınırları dışında işlenmişse, devir talebine konu fiil nedeniyle kişi daha önce Türkiye’de yargılanmışsa, devir talebi kabul edilmez. Yine Kanunun 4. Maddesinde tüm adli iş birliği talepleri bakımından Türkiye’nin talebi reddebileceği takdiri nedenler düzenlenmiştir. Hükme göre yabancı devletlerin adli iş birliği talepleri; Türkiye’nin egemenlik hakları, millî güvenliği, kamu düzeni veya diğer temel çıkarlarının ihlal edilmesi, talebe konu fiilin sırf askerî suç, düşünce suçu, siyasî suç veya siyasî suçla bağlantılı bir suç olması, talebe konu 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 inandırıcı nedenlerin bulunması, talepte bulunan devlette savunma hakkına ilişkin temel güvencelerin bulunmaması, hâllerinde reddedilebilir. Sözleşme'nin 11. Maddesinde düzenlenen takdiri red nedenlerinden bazıları mutlak red nedeni olarak 25. Maddede, bazıları ise takdiri red nedeni olarak 4. Maddede Kanun'da düzenlenmiştir. Sözleşme'de takdiri red nedeni olarak düzenlenen hallerin Kanunda mutlak red nedeni olarak düzenlenmesi Kanun ile Sözleşme'nin çeliştiği anlamına gelmemektedir.¹⁰⁷ Ancak Sözleşme ile Kanun arasında soruşturma veya kovuşturmanın devralınması bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Mutat olarak bulunma devamlı olarak oturma veya oturma niyeti, hayatının ağırlık merkezinin Türkiye olmasını ifade etmekte, geçici olarak Türkiye'de bulunma bu kapsamda sayılmamaktadır.¹⁰⁸ Şüpheli ya da sanığın aktarma talep edilen devlette mutat olarak bulunmaması Sözleşme'nin 11/B maddesine göre takdiri bir red nedeni iken, Kanunun 25. Maddesinde göre mutlak bir red nedenidir. Şüpheli ya da sanık Türk vatandaşı değilse Kanuna göre soruşturma veya kovuşturma yabancı devletten devralınamayacaktır. Sözleşme'ye göre ise şüpheli ya da sanığın talep edilen devletin vatandaşı olmaması mutlak bir red nedeni değildir. Kişi Türkiye'de mutat olarak bulursa dahi Türk vatandaşı değilse m. 25/1-b ye göre devir talebi Kanun gereği kabul edilmeyecektir. Şüpheli veya sanığın devir talebine ilişkin kararın verildiği andaki vatandaşlığı esas alınacaktır. Bu anda şüpheli veya sanığın sahip olduğu vatandaşlıklarından birisinin Türk vatandaşlığı olması yeterlidir. 25. Maddeye göre hükümde belirtilen diğer şartların da oluşması halinde sadece yurtdışında işlenen suçlar bakımından, Türkiye'de mutat olarak bulunan Türk vatandaşları hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın devralınması mümkündür. Fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan ve mutat olarak Türkiye'de bulunan kişi devir talebine ilişkin kararın verildiği anda Türk vatandaşlığını kaybetmiş olsa kanun gereği talep reddedilecektir. Ancak böyle bir durumda Türkiye'nin soruşturma veya kovuşturmayı devralabilmesinin kanunen mümkün hale getirilmesi Sözleşme ile daha uyumlu ve adil olacaktır.¹⁰⁹ Suçun talep eden devletin sınırları dışında işlenmesi de Kanuna göre mutlak, Sözleşme'ye göre ise takdiri bir red nedenidir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği Türk hukukuna göre değil, talep

107 MERT, s. 224-225.

108 MERT, s. 214.

109 MERT, s. 214-218.

eden devletin mevzuatına göre belirlenecektir.¹¹⁰ 24. Maddenin ikinci fıkrasına göre soruşturma veya kovuşturma talebini Adalet Bakanlığı'nın uygun görmesi üzerine soruşturmanın veya kovuşturmanın devrine ilişkin talep, yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma veya kovuşturmanın devrine konu olan suça ilişkin soruşturma başlatır ve sonucuna göre işlem yapar. Talepte bulunan yabancı devlet mevzuatına göre yapılmış soruşturma veya kovuşturma işlemleri ve elde edilen deliller Türk hukuku bakımından geçerli sayılır.

Sözleşme'ye göre aktarma talep edilen devletin kendi ülkesinde yapılacak duruşmada sanığın hazır bulunmasının sağlanamayacağı veya muhtemel mahkûmiyetin kendi ülkesinde yerine getirilemeyeceği anlaşılırsa ya da takdiri ret nedenlerinden birisi iş henüz mahkeme önüne gelmeden ortaya çıkarsa kabulünü geri alabilir. Bunların dışındaki durumlarda aktarma talep eden devletin muvafakatinin olması halinde yine kabulünü geri alması mümkündür. (m.12/2)

2. Aktarıma Talebinin Sonuçları

Kovuşturulmanın aktarılmasının talep eden devlet üzerindeki etkileri 21. Maddede düzenlenmiştir. Kovuşturulmasının aktarılması talep edildiği andan itibaren talep eden devlet şüpheli ya da sanığı artık soruşturamaz, kovuşturamaz veya bu suçtan dolayı hükmolünmüş bir cezayı infaz edemez. Ancak talep edilen devletin kararı kendisine bildirilene kadar talep eden devlet dava açma dışındaki tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yapabilir, gerekli tedbirleri alabilir.¹¹¹ 6706 Sayılı Kanun m. 24/2 ye göre de soruşturma veya kovuşturmanın devri talebi soruşturma veya kovuşturmanın yürütülmesine engel değildir. Hükme göre soruşturma veya kovuşturmanın devri mahkeme, hâkimlik ve savcılıklar ile kanunla istisnâ olarak ceza soruşturması yapma yetkisi verilen diğer makamlar veya devletlerin milletlerarası anlaşmalara yaptıkları beyanlarda belirttikleri merciler tarafından talep edilebilir. Adalet Bakanlığının olumlu görüşünden sonra talep ilgili devlete gönderilir. Soruşturma veya kovuşturma dosyasının bir suretiyle yapılan bu devir talebine rağmen soruşturma veya kovuşturma yürütülmeye devam eder. Devir talebine soruşturma veya kovuşturma dosyasının bir sureti ve gerekli olduğunda tercümesi eklenecek, delil

110 MERT, s. 219.

111 ULUTAŞ/ATABEY, s. 125-126.



niteliğindeki eşyalar ise ancak talep kabul edildiğinde ve devri kabul eden devletin bu yönde talebi olduğunda gönderilecektir. Kanununun 24/3. Maddesi soruşturma aşamasında yapılan devir talebinin sonuçlarını düzenlemektedir. Hükme göre soruşturmanın devri talebi kabul edilirse kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Bu karar verilirken CMK m. 171 de aranan şartlar aranmaz. Soruşturmanın devri talebi kabul edildikten sonra şüpheli hakkında yabancı adli merci tarafından şüpheli hakkında dava açılması halinde ise kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. Dava açılmaması halinde ise ilgili kararın gerekçesi değerlendirilerek soruşturmaya devam edilebilir. Kovuşturma aşamasında yapılan devir talebinin sonuçları Kanununun 24. Maddesinin 4. Fıkrasında düzenlenmiştir. Kovuşturmanın devri talebi kabul edildiğinde durma, sanık hakkında yabancı adli merci tarafından mahkûmiyet kararı verilmesi halinde ise düşme kararı verilir. Düşme kararı ancak yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı halinde söz konusudur. Mahkûmiyet kararı dışında bir karar söz konusu ise ilgili kararın gerekçesi değerlendirilerek kovuşturmaya devam edilebilir.¹¹² Ancak sonrasında inceleneceği üzere bu hüküm ne bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından Sözleşme ile çatışmaktadır.

Sözleşmeye göre talep edilen devletin zorunlu ya da takdiri ret nedenleri dolayısıyla talebi kabul etmemesi, kabulünü geri alması, dava açmama ya da açılan davayı düşürme kararı verdiğini bildirmesi veya talep eden devletin talep edilen devlet işleme koymama kararını kendisine bildirmeden önce talebini geri alması hallerinde talep eden devlet soruşturma, kovuşturma ve infaz yetkilerini tekrar elde eder. (m. 21/2) 6706 Sayılı Kanunu m. 24/5 e göre de yabancı devletin soruşturma veya kovuşturmanın devrinin kabulüne ilişkin karardan vazgeçtiğini bildirmesi veya devredilen soruşturma veya kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmediğinin Adalet Bakanlığı tarafından adli mercie bildirilmesi hâlinde soruşturma veya kovuşturmanın yürütülmesine karar verilir.

Her iki devlet bakımından da şikâyete bağlı olarak kovuşturulan bir suçun söz konusu olması halinde aktarma talep eden devlette yapılan şikâyet talep edilen devlette yapılmış sayılır. (m. 24/1) Eğer suç sadece aktarma talep edilen devlette şikâyete bağlı ise bu devletin yetkili makamı şikâyet yetkisi olan kişiye kovuşturmaya muvafakat etmemek hakkı bulunduğunu yazı ile bildirir. Bu kişi bu yazıyı almasından

112 MERT, Kovuşturmaların Devredilmesi, s.1107-1125.



itibaren bir ay içinde kovuşturma yapılmasına muvafakat etmediğini bildirmese, şikâyet olmadan da kovuşturma yapılır. (m. 24/2)

Kovuşturulmasının aktarılması talebi talep eden devletteki dava zamanaşımı süresini altı ay uzatır. (m.22) Eğer talep edilen devletin yetkisi münhasıran Sözleşme'den kaynaklanmakta ise de talep edilen devlette de dava zamanaşımı süresi altı ay uzamaktadır. (m.23)

Talep eden devlette gerçekleştirilmiş olan soruşturma ve kovuşturma işlemleri talep edilen devlette de geçerlidir ve aynı hukuki sonuçları doğurur. Ancak bu durum ilgili işlemlerin talep eden devletteki ispat gücünün arttığı anlamına gelmez. Talep eden devlette güvenilir olarak yapılan ve zamanaşımını kesen işlemler talep edilen devlette de aynı sonuca neden olur. (m. 26) Kanunun 25/3. Maddesi gereğince de talepte bulunan yabancı devlet mevzuatına göre yapılmış soruşturma veya kovuşturma işlemleri ve elde edilen deliller Türk hukuku bakımından geçerli sayılır. Dolayısıyla geçerli sayılan bu deliller Türkiye'de yapılacak yargılamada hükme esas alınır. Devralınan soruşturma ve kovuşturmalarda bir eksiklik olması durumunda da bu eksiklikler CMK ilgili hükümlerine göre tamamlanır.¹¹³

Talep edilen devlet henüz kovuşturma talebini almadan ancak buna ilişkin niyetin açıklandığı halde de talep edecek devletin isteği üzerine tutuklama tedbirine başvurabilir. Talep edilen devletin yetkisinin münhasıran Sözleşmeden kaynaklandığı ve talep eden devletin kovuşturma talebinde bulunacağına ilişkin niyetini açıkladığı durumlarda talep edilen devlet kendi kanunu o suç için tutuklamayı mümkün kılıyor ise ve şüpheli/sanığın kaçması veya delilleri yok etmesine ilişkin şüphe sebepleri varsa şüpheli ya da sanığı geçici olarak tutuklayabilir.¹¹⁴(m.27/1) Bu durumda henüz kovuşturma talebi yapılmadan ancak buna ilişkin niyet açıklandığı takdirde, talep eden devletin isteğiyle tutuklama mümkündür. Ancak tutuklamadan itibaren 18 gün içinde kovuşturma talebini ilgili devlet almazsa tutulan kişi salıverilir. (m. 29/3) Yine kovuşturma talebiyle gönderilmesi gereken belgeler bu isteğin alınmasından itibaren 15 gün içinde gelmediği takdirde tutuklanan kişi serbest bırakılır.(m. 29/3) Tutuklama talebinde; tutuklama müzekkeresinin veya talep eden devletin kanunlarına uygun şekilde ve aynı değerde olmak üzere düzenlenmiş belgenin bulunduğu, hangi suçtan kovuşturma yapılacağı, suçun nerede ve ne zaman işlendiği

113 MERT, s. 231-232.

114 ULUTAŞ/ATABEY, s. 125.



gösterilecek ve şüpheli/sanığın eşkâli mümkün olduğu kadar açık gösterilecektir. Dava konusu olayın kısa bir açıklaması da yapılacaktır. (m. 27/2) Tutuklama talebi üzerine ne işlem yapıldığı derhal talep eden devlete bildirilir. (m. 27/3) Henüz kovuşturma talebinde bulunmadan sadece niyet açıklandığı durumlarda talep eden devletin isteğine bağlı olarak gerçekleştirilen tutuklamalar hiçbir zaman 40 günü geçemez. (m. 29/4)

Aktarıma talebinin alınması üzerine, talep edilen devlet kendi iç hukukuna göre başvurabileceği tüm geçici tedbirleri alabilir.¹¹⁵ Aktarma talep edilen devletin kendi hukukundan kaynaklanan geçici tedbirlerin uygulanmasına Sözleşme'nin herhangi bir müdahalesi bulunmamaktadır. Geçici tedbirlerle Türk hukukunda düzenlenmiş bulunan koruma tedbirleri ifade edilmek istenmektedir.¹¹⁶ Talep edilen devlet kovuşturulması istenen suçun kendi ülkesinde işlenmesi halinde kendi kanununa göre uygulayabileceği tutuklama ve el koyma dâhil bütün geçici tedbirlere başvurma hakkına sahiptir. (m. 28) Uygulanacak geçici tedbirler hakkında talep edilen devletin kendi kanunu ve Sözleşme hükümleri uygulanır. Bu geçici tedbirlere son verilme şartları da talep edilen devletin kendi kanununa veya Sözleşme hükümlerine göre belirlenir. (m. 29) Sözleşmenin 29/2 maddesine göre uygulanacak geçici tedbirler talep edilen devletin zorunlu ya da takdiri ret nedenleri dolayısıyla talebi kabul etmemesi, kabulünü geri alması, dava açmama ya da açılan davayı düşürme kararı verdiğini bildirmesi veya talep eden devletin, talep edilen devlet işleme koymama kararını kendisine bildirmeden önce talebini geri alması hallerinde sona erer. 6706 Sayılı Kanun'un 24/6. Maddesinde de gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde soruşturma veya kovuşturmanın devri talebiyle birlikte veya öncesinde, talep edilen devlet makamlarından elkoyma ve tutuklama dâhil bütün geçici tedbirlerin alınması istenebileceği düzenlenmiştir.

3. Ceza Kovuşturmalarının Birden Çokluğu

Sözleşme'nin 4. Bölümünde ceza kovuşturmalarının çokluğuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Taraf devletlerden her biri siyasi ya da sadece askeri nitelik taşımadığı kanısında olduğu bir suçtan dolayı kamu davası açılmadan önce ya da açılan davanın görülmesi sırasında aynı kişi hakkında aynı eylemden dolayı başka bir taraf devlette

115 ULUTAŞ/ATABEY, s. 125.

116 KUNTER, s. 227, AYDIN, s. 21.



dava açılmış olduğunu ve görülmekte bulunduğunu öğrenince kendi kovuşturmasından vazgeçmek veya dava açılmışsa durdurmak veya diğer devlete aktarmanın mümkün olup olmadığını araştıracaktır. (m. 30/1) Taraf devletlerden birisi bir olayda dava açılmamışsa kovuşturmadan vazgeçmemenin, dava açılmışsa davayı durdurmamanın daha uygun olduğunu görürse, diğer Devlete uygun bir zamanda ve en geç esas hakkındaki son karardan önce bilgi verir. (m. 30/2) Buna göre bir taraf devlet kovuşturmadan önce ya da kovuşturma sırasında, başka bir taraf devlette aynı suça ilişkin kovuşturma yürütüldüğünü öğrenirse, kovuşturmadan vazgeçebilir, kovuşturmayı askıya alabilir ya da diğer taraf devlete kovuşturmayı aktarabilir. Bir taraf devlet kovuşturmadan vazgeçmek ya da kovuşturmayı askıya almayı istemediği takdirde bu durumu diğer devlete bildirir. Bu durumda iki devlet Sözleşmenin 8. Maddesinde belirtilen kovuşturulmanın aktarılmasının şartlarını dikkate alarak hangi devletin kovuşturmaya devam edeceğinin belirlenmesine ilişkin müzakerelerde bulunacak ve sorunun çözümü için çaba göstereceklerdir. (m. 31) Bir taraf devletin kovuşturmadan vazgeçmek ya da kovuşturmayı askıya almayı istemediğine ilişkin bilgiyi diğer taraf devlete göndermesinden itibaren 30 günlük sürenin sonuna kadar esas hakkında karar verilmesini durduracaklardır. (m. 31/1) Ancak bu hüküm kovuşturmadan vazgeçmek ya da kovuşturmayı askıya almayı istemediğine ilişkin bilgiyi sanık hazır olduğu halde hüküm duruşması açıldıktan sonra gönderen ve sanık hazır olduğu halde hüküm duruşması açıldıktan sonra bu bilgiyi alan devletlere uygulanmaz. (m. 31/2)

İlgili taraf devletler her birinin ceza kanununa göre her biri suç oluşturan maddi bakımından birbirinden farklı birden fazla fiil bir kişiye ya da birlikte hareket eden birden fazla kişiye isnat edilmişse veya her birinin ceza kanununa göre suç teşkil eden bir fiil birlikte hareket eden birden fazla kişiye isnat edilmişse maddi gerçeğin öğrenilmesi ve en elverişli yaptırımın uygulanması amacı ile tek kovuşturmanın içlerinden biri tarafından yapılmasının uygun olup olmadığı ve uygunsu kovuşturmayı içlerinden hangisinin yapacağını tayin için gayret göstereceklerdir. (m. 32)

Hükmün uygulanabilmesi için ilgili fiil ya da fiillerin taraf devletlerin ceza hukuklarına göre suç oluşturması gerekir. Ayrıca bu devletlerin bu suçları yargılama yetkisine sahip olmasına ise 2. Madde hükmü dolayısıyla gerekli değildir.¹¹⁷ Hüküm bir kişinin birden fazla farklı suç işlemesi, iştirak halinde birden fazla kişinin bir veya birden fazla farklı

117 MC CLEAN, s. 345.



suç işlemesi halinde taraf devletler arasında iş birliği ihtiyacının arttığı gerçeğinden hareketle bir düzenleme getirmiştir. Bu durumda failin ilgili tüm devletlerde hazır bulunmasını sağlamak mümkün olmayacağı gibi aynı kişinin birden fazla devlette yargılanmasının deliller bakımından da zorluk çıkaracağı Açıklayıcı Rapor'da belirtilmiştir.¹¹⁸ Yine fail ya da şerikler hakkında yaptırım uygulanabilmesi için işlenen tüm suçların dikkate alınması gerekir. Suçlardan birisinin bir devlette diğerinin başka bir devlette yargılanması halinde ise fail hakkında uygulanacak toplam yaptırım miktarının tek bir devlette yapılacak yargılama sonunda verilecek miktardan daha fazla olması mümkündür. Yine birden fazla kişinin suça katılması halinde de benzer şekilde farklı devletlerde yapılacak yargılamaların adil olmayan sonuçlara yol açabilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle bu kişi ya da kişilerin tek bir devlet tarafından yargılanması hem maddi gerçeğe ulaşmada hem de fail/failler/şerikler hakkında en uygun yaptırımın belirlenmesi bakımından faydalı olacaktır. Ancak çoğunlukla tek bir yargılama yapılmasının olanaksızlığı karşısında bu hüküm bakımından taraf devletlere 30. Maddedeki gibi bildirimde bulunma veya 31. Maddedeki gibi bir görüşmenin sonucunu bekleme yükümlülüğü getirilmemiştir. Dolayısıyla bu hüküm bakımından devletlerin işbirliği yapıp yapmama hususunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹¹⁹

31/1 ve 32. Madde uygulanarak verilmiş olan her karar, ilgili Devletler bakımından, bu sözleşmenin öngördüğü kovuşturmanın aktarılmasının bütün sonuçlarını doğurur. Kendi kovuşturmasından vazgeçen Devlet, onu diğerine aktarmış sayılır. (m. 33)

Sözleşme ilgili kişilerin birçok kez soruşturulmalarına, kovuşturulmalarına veya mahkûm olma riskine karşı korunmasına ilişkin de hüküm içermektedir. Buna göre bir ülkede hakkında kesin hüküm verilmiş olan bir kişi aynı fiilden dolayı başka devletlerde soruşturulamayacak veya mahkûm edilemeyecektir. Bu kişi güvenliği ile ilgili önemli bir ilke olan ne bis in idem ilkesinin Sözleşme tarafından da kabul edildiğini göstermektedir.¹²⁰

4.Uygulanacak Hukuk

Talebi kabul eden devlet yargılamayı kendi maddi ceza hukukuna göre yapacaktır. 25. Maddeye göre suça uygulanacak yaptırım,

118 AÇIKLAYICI RAPOR, s. 65-66.

119 AÇIKLAYICI RAPOR, s. 65-66.

120 ULUTAŞ/ATABEY, s. 127.



kanunda başka Devlet kanunundaki müeyyidenin uygulanacağı kabul edilmedikçe, bu Devletin kanununda öngörülen yaptırımdır. Yine aynı maddeye göre eğer istenilen devletin yetkisinin kaynağı Sözleşme'nin ikinci maddesi ise istenilen devlette talep edilen ceza isteyen devlet kanununun öngördüğü yaptırımdan daha ağır olamaz. Talep edilen devletin yargı yetkisi kendi ulusal hukukundan kaynaklanmakta ise yaptırım bakımından bir sınırlama yoktur, talep edilen devlet kendi hukukuna göre yaptırımı belirler. Ancak talep edilen devletin yargı yetkisi Sözleşme 'den kaynaklanan ikincil bir yetki ise talep edilen devlet talep eden devletin daha az cezayı gerektiren düzenlemesini dikkate almak zorundadır. Yani talep edilen devlet, ikincil yargı yetkisini kullandığı durumlarda, ilgili kişi hakkında, talep eden devletin hukukunda öngörülen cezadan daha fazlasına hükmedemez. Bu hükmün uygulanabilmesi için de talep edilen devletin talep eden devletin mevzuatı hakkında bilgi sahibi olması gereklidir. Bu da Ek Protokol hükümleri yerine getirilerek sağlanır.¹²¹

İstek kabul edildiğinde, artık ilgili devlet yargılamayı kendi muhakeme kurallarına göre yapacaktır. Ancak talep eden devlette kovuşturma amacına ve kanun ve tüzüklere uygun olarak yapılmış işlemler talep edilen devlette bu devletin makamları tarafından yapılmış gibi kabul edilirler. Ancak bu durum talep eden devletteki ispat gücünün artırılması sonucunu doğurmaz.¹²²

5. Ne bis in idem İlkesi

Ne bis in idem ilkesi aynı fail hakkında aynı fiil için birden fazla dava açılmaması veya hüküm verilememesidir. Kişi güvenliğini teminat altına alan ve adil yargılanma hakkının bir sonucu olan ilke hem ulusal hem de uluslararası hukukta düzenlenmiş olup fiilin aynılığı ve failin aynılığı olmak üzere iki unsura sahiptir.¹²³ Kişinin yargılanıp hakkında kesin hüküm verildiği durumlarda aynı fiilden dolayı tekrar yargılanması hem adaleti zedelemekte hem de failin iki kez cezalandırılmasına neden olarak orantısız cezaya neden olmaktadır.¹²⁴

Sözleşme'nin 35. Maddesinde ne bis in idem ilkesi düzenlenmiş ve aktarılan kovuşturma sonucunda verilen hükmün tüm taraf devletleri

121 ULUTAŞ/ATABEY, s. 129.

122 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 256.

123 ÖZEN, MUSTAFA, "Non Bis İn İdem(Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIV, Y. 2010, S.1, s. 391.

124 ÖZEN, s. 391, CİHAN, EROL/YENİSEY, FERİDUN, "Non Bis İn İdem İlkesi" *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004, s. 220.



bağlaması ilkesi kabul edilmiştir. 35. Madde tüm taraf devletleri bağlayan zorunlu bir hükümdür.¹²⁵ Ne bis in idem ilkesi ile Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Hakkında Avrupa Sözleşmesi ve diğer Avrupa sözleşmelerinde olduğu gibi bir ceza dosyasında hakkında nihai karar verilen kişinin aynı vakiyaya dayanarak yeniden kovuşturulamaması kastedilmektedir.¹²⁶ Açıklayıcı raporda ilkenin ulusal ve uluslararası alandaki farkına değinilmiş, taraf devletlerin iç hukuklarında ilke kabul edilmiş olsa da, egemenlik hakkı dolayısıyla uluslararası bakımdan hiçbir devletin başka bir devlette kovuşturulan bir suçu kovuşturmadan engellenmediği ve ilkenin uluslararası olarak kabul edilmediği belirtilmiştir. Faile makul bir korunma sağlayabilmek için ceza alanında devletlerarası iş birliğini düzenleyen bir sözleşmeye hüküm eklenmesi tercih edilmiştir.¹²⁷

35. Maddeye göre kesin ve yerine getirilebilir bir yargı ile yargılanmış olan kişi şu hallerde başka bir taraf devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez ya da hakkındaki yaptırım yerine getirilemez:

- Beraat etmişse,
- Hakkında yaptırım kararı verilmiş ve bu karar tamamen yerine getirilmiş ya da yerine getirilmekte ise,
- Hakkında yaptırım kararı verilmiş ve bu kararın tamamı ya da yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa
- Hakkında verilen yaptırım zamanaşımı nedeniyle yerine getirilemiyorsa,
- Mahkeme suçluluğu tespit etmiş ancak yaptırım tayin etmemişse.

Bir karar hakkında ne bis in idem ilkesinin uygulanabilmesi için o kararın kesinleşmiş olması şarttır. İlgili kararın bir ceza davasında verilmesi gerekmektedir, idari makamlar ve idare mahkemeleri tarafından karar verilen yaptırımlar aynı suçla ilgili kovuşturmayı engelleyemez.¹²⁸ Bir devletin, diğer bir devlette ilk kararın açıklanması ile temyiz süresinin dolması arasında geçen sürede veya belirli hukuk sistemlerine göre bir kararın hiçbir zaman kesinleşmediği hallerde diğer bir devletin aynı olay hakkında soruşturma başlatması mümkündür.¹²⁹

125 VAN DEN WYNGAERT/STESSENS, s. 786.

126 MC CLEAN, s. 346.

127 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 35, s. 67-68.

128 VAN DEN WYNGAERT / STESSENS, s. 798.

129 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 35, s. 70.

Şayet diğer bir devlette beraat kararı suçun sanık tarafından işlendiğini gösteren yeterli delillerin olmaması dolayısıyla değil ilgili fiilin ceza kanunundan kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri, şahsi cezasızlık sebepleri, objektif cezalandırma şartları vb. nedenlerle cezalandırılabilir olmamasından dolayı verilmiş ise çifte cezai sorumluluk koşullarını karşılamadığından dolayı diğer bir devlet aynı fiil hakkında soruşturma/kovuşturma başlatabilir.¹³⁰

M. 1/b uyarınca ceza kanunlarına veya EK 3 te sayılan kanunlara aykırılık dolayısıyla öngörölmüş veya hükmedilmiş her türlü ceza veya tedbir yaptırımdır. Bir taraf devlette fail hakkında aynı fiilden dolayı yaptırım kararı verilmesi, bu kararın tamamen yerine getirilmesi veya yerine getirilmekte olması, kararın tamamının ya da bir kısmının genel ya da özel affa uğraması, kararın zamanaşımı nedeniyle yerine getirilememesi kesin hüküm teşkil etmektedir. Ertelenmiş olan cezada fail hakkında uygulanabilecek olan özel koşullar da yaptırım kavramının içinde değerlendirilmelidir. Yaptırımın küçük bir parçasının veya karar dolayısıyla uygulanabilecek bir önlemin yerine getirilememesi halinde diğer bir devletin yeni bir kovuşturma başlatabilmesi mümkün olmakla birlikte böyle bir durumun hükümlünün durumunu haksızca ağırlaştırabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. 35. maddenin birinci fıkrasında sayılan haller bakımından non bis in idem ilkesi mutlak olarak kabul edilmiştir.¹³¹ Beraat kararları bakımından ilke doğrudan uygulanırken, mahkûmiyet kararları bakımından ek şartlar aranmaktadır.¹³² Bunun nedeni bir devlette ceza kovuşturması yapılırken diğer devlette suçun kovuşturulamaz hale getirilmesinin engellenmek istenmesidir.¹³³ Verilen mahkûmiyet hükmünün tamamen yerine getirilmiş veya halen yerine getirilmekte olmasını aradığı için düzenleme ilkenin uygulanmasını daraltan bir niteliğe sahiptir. Ancak af ve zamanaşımı halinde de non bis in idem ilkesinin kabul edilmesi ilkenin uygulanma alanını genişletmektedir.¹³⁴

35. maddenin ikinci fıkrasına göre taraf devletler, yargının konusu olan eylem bu devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya konu olan kişi bu devletlerde

130 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 35, s. 70.

131 ÖZEN, s. 404.

132 MERT, s. 223, CEBECİ, Şeyma, **Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s. 60.

133 CEBECİ, s. 60.

134 ÖZEN, s. 404.

kamusal nitelik taşımakta ise kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, ne bis in idem sonucunu kabulle mecbur değildirler. Ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden Devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça, ne bis in idem sonucunu kabule zorunlu değildir. İkinci fıkra ilk fıkraya göre daha dar kapsamlıdır ve ilk fıkradan farklı olarak ilkenin uygulanması bakımından ihtiyari bir düzenleme içermektedir.¹³⁵ İkinci fıkrada sayılan haller istisnaidir ve bu hallerde taraf devletler ne bis in idem ilkesini kabul etmek zorunda değildir. Her ne kadar Sözleşmede açıkça ifade edilmese de hükmün düzenleniş biçimden Devlete karşı suçlar söz konusu olduğunda da devletlerin ne bis idem sonucunu kabule mecbur olmadığı evleviyetle çıkarılabilir.¹³⁶

Sözleşmede ne bis in idem ilkesi düzenleyen hükümler yabancı devlette verilen ceza yargılarının ne bis in idem sonucunu daha geniş ölçüde kabul eden ulusal kanunların uygulanmasına engel olmayacaktır. (m. 37) Sözleşme'nin ne bis in idem ilkesini düzenleyen 35 ila 37. Maddeleri asgari kuralları düzenlemektedir. Her bir devlet kendi iç hukuklarında yabancı ceza yargılarına daha geniş etki tanımak konusunda serbesttir.¹³⁷ Bu anlamda 6706 Sayılı Kanunun 25/1-ç maddesi Sözleşme'nin 35/1 maddesinden daha geniş bir düzenlemedir. Sözleşme'de mahkûmiyet kararının ne bis in idem sonucunu doğurması için mahkûmiyet kararı bakımından ek şartlar aranmış iken Kanunda başka bir şart aranmaksızın sadece kişinin daha önce Türkiye'de yargılanmış olması yeterli sayılmış, hükümler arasında bir ayırım yapılmamıştır.¹³⁸

6706 sayılı Kanunun 24/4. Maddesinde soruşturmanın veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesi bakımından devir talebi yabancı devlet tarafından kabul edildiğinde ancak yabancı mahkeme tarafından sanık hakkında mahkûmiyet kararı dışında bir karar verilmesi durumunda buna ilişkin kararın gerekçesi değerlendirilmek suretiyle kovuşturmaya devam edilebileceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin 35. maddesinde ise kesin hükümle beraat eden kişinin başka bir taraf devlette kovuşturulamayacağı, mahkûm edilemeyeceği ya da hakkındaki yaptırım yerine getirilemeyeceği kabul edilmiştir. Yani Kanunun 24/4. maddesi ile Sözleşmenin 35. Maddesi çatışmaktadır. Sözleşmenin

135 ÖZEN, s. 404.

136 CEBECİ, s. 62.

137 AÇIKLAYICI RAPOR, m. 35, s. 69.

138 MERT, s. 223-224.

kişi hürriyetine ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle uyuşmazlık çıkması durumunda Anayasa'nın 90/son hükmü gereği kanaatimizce Sözleşme'nin 35. Maddenin uygulanması gerekmektedir.¹³⁹

Kanunun 8/1-f ve 25/1-ç maddelerinde ne bis in idem ilkesi düzenlenmiştir. 25/1-ç de soruşturma veya kovuşturmanın Türkiye tarafından devralınması bakımından aranan bir şart devir talebine konu fiil nedeniyle kişinin daha önce Türkiye'de yargılanmamış olmasıdır. Türkiye'de yargılanmamış ifadesiyle kastedilen kişi hakkında devir talebine konu fiil nedeniyle Türkiye'de kesin hüküm verilmemiş olmasıdır. Bu anlamda her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının niteliğine ilişkin doktrinde tartışmalar olsa da bu karar da yargılama sonucunda verildiği ve dolayısıyla kişi yargılanmış olduğu için böyle bir durumda da 25/1-ç gereği Türkiye soruşturma veya kovuşturmayı devralamayacak yani ne bis in idem ilkesinin uygulanması söz konusu olacaktır. Sözleşme'nin 35/1-c maddesinde yer alan mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse ifadesi dikkate alındığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ne bis in idem kapsamında kabul edilmesinin Sözleşme ile de uyumlu olduğu görülmektedir.¹⁴⁰

Ne bis in idem ilkesinin uygulanmadığı durumlar için Sözleşmede 36. Madde de tamamlayıcı bir kural getirilmiştir.¹⁴¹ Hükme göre, taraf bir devlette yargılanan kişi aleyhinde diğer bir taraf Devlette aynı eylemden dolayı yeni bir soruşturma yapıldığında, yargının yerine getirilmesi dolayısıyla özgürlükten yoksun kılınma süresi yeniden hükmolunacak cezadan mahsup edilecektir.

EK 1 e göre sözleşmeyi kabul eden devletlerin ne bis in idem ilkesini düzenleyen kesime çekince koymaları mümkündür.

SONUÇ

Ceza kovuşturmalarının aktarılması kendine has kuralları olan ancak diğer uluslararası adli yardımlaşma biçimleriyle de benzerlik gösteren bir kurumdur. Ceza kovuşturulmalarının aktarılmasında aktarma talep edilen devlette talep eden devlete göre davanın daha etkili yürütülebileceği hallerde, devletlerin karşılıklı anlaşmasıyla yargı yetkisi devredilmekte, bu şekilde aktaran devlette başlayan ceza yargılaması

139 CEBECİ, s. 63.

140 MERT, s. 221-222.

141 CEBECİ, s. 62.



süreci aktarılan devlette sona ermektedir. Kovuşturmaların aktarılması aslında yargı yetkisinin diğer bir devlete devredilmesinden ibarettir.

Taraf devletler arasında ulusal hükümler dolayısıyla kaynaklanabilecek yetki sorunlarını çözmeye çalışan ve yetki paylaşımına ilişkin kurallar getiren bir sözleşme olan Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi aktarılma şartlarını ve usulünü ayrıntılı olarak düzenlemekte, ancak devletlerin egemenlik haklarından kaynaklanan yetkilerine bir kısıtlama getirmemektedir. Sözleşme ile yargı yetkisine sahip olmayan bir devlet dahi diğer bir devletin kovuşturmayı aktarmayı talep etmesiyle yetkili hale gelmekte, bu şekilde Sözleşme devletleri yargılama hususunda yetkilendirebilmektedir. Ancak Sözleşme hükümlerinden yetki paylaşımına ilişkin taraf devletlere zorunluluk getirilmediği ve geniş bir takdir yetkisi tanındığı çıkarılmaktadır. Ceza kovuşturmalarının aktarılmasına ilişkin taraf devletler arasında uygulanacak birincil düzenleme olan Sözleşme sanığı bir süje olarak kabul etmekte ve ne bis in idem ilkesini kabul ederek sanığın hak ve yetkilerini de korumayı amaçlamaktadır. Çifte cezalandırabilmeyi engelleyebilmek için asli yargı yetkisine sahip iki devletten birisinin sanık lehine kovuşturma yetkisinden vazgeçmesine ilişkin hüküm içeren Sözleşme, devletlerin egemenlik yetkisine zarar gelmemesi için hükmün uygulanmasını devletlerin takdirine bırakmış, zorunlu bir hüküm olarak düzenlememiştir.

KAYNAKLAR

ABBELL, Michael, "International Transfer of Proceedings In Criminal Matters: United Stated Perspective" in: **Extradition to and from the United States**, Volume I, 2010.

AYDIN, Uğur, "Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Türk Hukukunda Uygulaması" **Terazi Hukuk Dergisi**, Mayıs 2014, Sayı:93, ss. 14-23.

BASSİOUNİ, Cheriff M., "Introduction To Transfer Of Criminal Proceedings", **International Criminal Law Volume II: Muliteral and Bilateral Enforcement Mechanisms**, Third Edition, Brill, 2008.

BAŞARAN, Ahmet: "Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İşbirliği Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", **Uluslararası Hukuk Bülteni**, S. 8, ss. 7-9.

CEBECİ, Şeyma, **Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018

CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASI KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN AÇIKLAYICI RAPORU (ETS NO. 73), Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Ahmet ULUTAŞ, Ömer Serdar ATABEY, Adalet Yayınevi.

ERGÜN, Ergin, "Avrupa Konseyi Çerçevesinde Terörle Hukuki Ve Kurumsal Mücadele", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, ss. 737-770.

ERTUĞRUL, Hüseyin, **Türk Ceza Hukukunda Hükümlülerin Nakli**, Adalet Yayınevi.

GİRGİNOV, Anton, "Applicable Rules On Extradition And International Legal Assistance (Problems of their Hierarchy in Bosnia and Herzegovina)", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 8, Ocak 2016, ss. 189-217.

GİRGİNOV, Anton, "The Centralized Prosecutorial Model In International Judicial Cooperation In Criminal Matters", ss. 1-19.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

KUNTER, Nurullah, "Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi", **Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını**, Yıl:8,S.1974, ss. 79-92.

KÜLÇÜR, Erdem İzzet, **Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.



MC CLEAN, David, **International Co-operation In Civil And Criminal Matters**, Oxford University Press, 2012.

MERT, Harun, “6706 Sayılı Kanun’a Göre Yabancı Devlette Yürütülen Soruşturma veya Kovuşturmaların Devralınması”, **Adalet Dergisi**, 2020/2, S. 65, ss.201-236.

MERT, Harun, “Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu Çerçevesinde Soruşturma veya Kovuşturmanın Yabancı Devlete Devredilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 46, 2020, S. 4, ss.1087-1182.

ÖZBEK Veli Özer /DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2019, 10. Baskı.

ÖZEN, MUSTAFA, “Non Bis İn İdem(Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, S. 1, ss.389-417.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 16. Baskı.

PLACHTA, Michael, “Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners: New Instruments of Cooperation in Criminal Matters among the Socialist Countries of Eastern Europe” **Connecticut Journal of International Law**, Issue 2, Spring, ss. 311-343.

SCHUTTE, Julian, “**The European System**”, International Criminal Law Volume II: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms Second Edition.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, 2016, 7. Baskı.

ŞAHİN, İlyas, “Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1, 2015, ss. 107-144.

TEZCAN, Dursun/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ocak 2019.

TURHAN, Faruk, “6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Kanunu’nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S. 2019, ss. 3067-3109.

TURHAN, Faruk, “Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)”, **Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD)**, S. 4, ss. 197-211.



ULUTAŞ, Ahmet/ATABEY, Ömer Serdar, “Avrupa Ceza Hukukunda Kovuşturmaların Aktarılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak Şubat 2013, S. 104, ss. 117-136.

VAN DEN WYNGAERT, Christine /STESSENS, Guy, “The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some Of The Unanswered Questions”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, No. 4 (Oct.1999),British Institute of International and Comparative Law, ss. 779-804.

VOYNOVA, Ralitz, “Comparison Of The Transfer Of Criminal Proceeding With Other Forms Of International Legal Cooperation In Criminal Matters” **International Conference KNOWLEDEGE BASE ORGANIZATION**, Vol XXI, No 2, 2015, ss. 532-540.

YAŞAR, Yusuf/İÇER, Zafer, “Tutuklu ve Hükümlülerin Takası ve İadesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 1486-1519.

YENİSEY, Feridun, **Milletlerarası Ceza Hukuku Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1988.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, Beta Yayın, 4. Bası.



ANAYASA YARGISINDA OYLARIN EŞİTLİĞİ

(*Tie Votes in Constitutional Justice*)

Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL¹

ÖZ

Anayasa yargısının yargılama usulleri, genellikle, heyetler halinde çalışmaya ve görüşme, oylama ve oyçokluğuyla karar alma esaslarına dayalıdır. Oylama sonucunda oyların eşitliği durumunun ortaya çıkması, halledilmesi gerekli bir meseleye yol açmaktadır: Karşıt yöndeki oylar eşit sayıda olduğunda, mahkemeler nasıl bir yol izleyecektir; veyahut, nasıl bir karara varıldığı kabul edilecektir?

Bu yazıda, ilkin karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla anayasa yargısında oyların eşitliği üzerinde durularak bu meseleye yönelik olarak getirilen farklı yaklaşımlar ele alınmaktadır. Ardından, Türkiye örneğine bakılarak, Anayasa, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ve 6216 sayılı Kanunla belirlenen çerçeve içinde oyların eşitliğine yönelik olarak getirilen çözüm incelenmekte ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadı ile uygulamasından örnekler ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa yargısı, Anayasa Mahkemesi, oyçokluğu, oyların eşitliği, ağırlıklı oy.

ABSTRACT

A majority vote is the usual minimum requirement for the courts to reach at a decision in most cases in constitutional justice procedure. For those instances where exists not a majority vote but an equally divided court, a.k.a. a *tie vote*, or simply a *tie*, procedural laws of constitutional justice have devised various rules and methods.

This article deals with the issue of tie votes in constitutional justice, with a particular focus on the ways in which the possibility of a tie vote is addressed – the structural or procedural measures taken to prevent

¹ Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, vural@politics.ankara.edu.tr. ORCID: 0000-0002-5160-7414.

tie votes from occurring or to break them when occurred. A number of contemporary national cases of constitutional justice are examined in comparative perspective, in order to grasp the variety of approaches to the issue, whereas the Turkish case is examined in closer detail with reference to the relevant legal framework provided by the Constitution, Internal Regulations of the Constitutional Court, Law no. 6216 on the Constitutional Court and the relevant case-law of as well as the implementation by the Constitutional Court.

Keywords: Tie vote, constitutional justice, Turkish Constitutional Court, majority vote, casting vote.

GİRİŞ

Bir davayı görüşen yargı heyeti karşıt yöndeki oylar eşit sayıda olduğunda nasıl bir karara varmış olur? *Oyların eşitliği*² bir konuda karar verme görevinin bir çokluk tarafından eşit oya dayalı oylama sonucunda en az oyçokluğuyla karar verilerek yerine getirildiği farklı düzeneklerde karşılaşılabilen ortak bir meseledir. Yasama, yürütme ya da düzenleyici kurul gibi farklı kurumsal bağlamlarda farklı çözümler getirilmiş olduğu görülen bu sorunun bazı görünüşleri anayasa yargısında karşımıza çıkmaktadır.³ Oyların eşitliği halinde nasıl karar verilecektir; ya da neye karar verilecektir; ya da neye karar verilemeyecektir; ve bu tür kararların hukuki etkisi diğerlerinden bir farklılık taşıyacak mıdır? Bu ortak sorular ışığında anayasa yargısının öne çıkan çağdaş örneklerine bakıldığında, bazı ortak noktalara sahip farklı çözümler geliştirildiği görülmektedir.

Bu yazıda, anayasa yargısında oyların eşitliği durumlarına ilişkin olarak getirilen farklı hukuki çözümler ele alınarak Türk ve dünya örnekleri incelenecektir. Bu amaçla ilkin karşılaştırmalı bakış açısıyla anayasa yargısında oyların eşitliği meselesine yönelik farklı çözümler ele alınacaktır. İkinci olarak, Türkiye örneğine bakılarak, Anayasa, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ve 6216 sayılı Kanunla belirlenen çerçeve içinde oyların eşitliğine yönelik olarak getirilen çözüm incelenecek ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadı ile uygulamasından örnekler ortaya konulacaktır.

2 Terimin İngilizce karşılığı *tie vote*, Fransızca karşılığı *partage*, Almanca karşılığı *Stimmengleichheit*.

3 Yargı başta olmak üzere farklı kurumsal bağlamlarda oyların eşitliği durumlarına ilişkin bir tipoloji çalışması için bkz. SCHMIDT Thorsten Ingo "Die Entscheidung Trotz Stimmengleichheit", *JuristenZeitung* 58/3, 2003, s.133-38.



I. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA OYLARIN EŞİTLİĞİ

Anayasa yargısı görevini yerine getiren mahkemeler (*anayasa mahkemeleri*), görevleri kapsamındaki temel fonksiyonlarını icra ederken genellikle heyetler biçiminde çalışmaktadır. Heyetlerin karar verme usulü, *eşit oy, görüşme, oylama* ve *çoğunluk* ilkeleri doğrultusunda belirlenmiştir: Görüşmenin sonunda bir karara varmak üzere oylamaya gidilmektedir. Oylamada genel kural olarak heyet üyelerinin her birinin bir oyu vardır ve bu oyların ağırlığı eşittir. Oylar, hüküm bakımından, eldeki davanın kabulü ya da reddi gibi iki karşıt yönden birine kullanılmaktadır. Kararların alınmasında, oybirliği oldukça değerli olmakla birlikte zorunlu olmayıp, belirli düzeylerde oyçokluğu yeterli sayılmaktadır. Günümüz anayasa yargısında, oyçokluğuyla karar alınabilmesi için aranan karar yetersayısı, görüşülmekte olan dava konusunun ağırlığına göre değişecek şekilde, çoğunluk, salt çoğunluk veya nitelikli çoğunluk düzeyinde oyçokluğu gerektirmektedir. Karşıt yönlerdeki oylar eşit sayıda olduğunda ise mahkeme heyeti en azından basit çoğunluğa dahi ulaşmış değildir. Bu durumlarda nasıl ya da ne yönde ve hangi hukuki etkide karar verilebileceği; veya ne yönde karar verilemeyeceği sorularına temelde iki farklı yaklaşım etrafında çözümler getirildiği görülmektedir.

Öncelikle, bu konuda en yaygın ortak önlem, mahkeme heyetlerinin daima tek sayıda üyeye toplanmasını sağlayacak şekilde düzenleme getirmek suretiyle, oyların eşitliği ihtimaline en baştan meydan vermemektir. Gerçekten de anayasa mahkemelerinin üye tam sayısı ve toplantı yetersayısı, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi gibi bazı ender örnekler dışında, tek sayıdır. Ayrıca, birçok örnekte görülen yedek üyelik kurumu tek sayıyla toplanmak bakımından ek bir güvencedir. Buna rağmen yine birçok örnekte, mahkemelerin genel kurul ya da bölümler veya komisyonlar düzeylerindeki heyet halindeki çalışmalarında çift sayıda üyeye toplandığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Özellikle yedek üyeliğin olmadığı örneklerde, üyelerden birinin toplantıya katılamaması ya da üyeliklerden birinin bir müddet boş kalması gibi nedenlerle çift sayıda üyeye toplanan mahkeme heyetleri görülebilmektedir. Bu gibi nedenlerle birçok oylamada oyların eşitliği ihtimali söz konusu olmaya devam etmektedir.⁴

4 SCHMIDT, s. 133-35. Ayrıca bkz. LORZ Ralph Alexander, R. A. Lorenz "Die Gefahr Der Stimmengleichheit: Ein Wenig Beachteter Sprengsatz in Der Konstruktion Des BVerfG", *Zeitschrift Für Rechtspolitik* 36/2, 2003, s.36-39.

Oyların eşitliği ihtimalinin mevcudiyeti karşısında geliştirilen çözümlerde, eşit oy ve oyçokluğuyla karar ilkeleri yönünden genellikle iki türlü yaklaşımdan birinin benimsendiğini görmek mümkündür: (I) Bu ilkeleri sıkı biçimde gözetilen yaklaşım, oyların eşitliği meselesine kararın yönünü ve/veya hukuki etkisini baştan belirlemek suretiyle çözüm getirmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin ve Almanya Federal Cumhuriyeti'nin federal anayasa yargısında bu yaklaşımın örnekleri görülmektedir. (II) Eşit oy ilkesinden uzaklaşan ve oyçokluğu ilkesini esnek yorumlayan yaklaşım ise oyların eşitliği durumunda kararın yönünü tayin edici *ağırlıklı oy*⁵ tanımlamaktadır. Başlıca örnekleri Türkiye, İtalya, İspanya, Fransa ve Almanya'da görülen bu tür çözümlerin ortak tercihi başkanların oyuna ağırlık tanımaktır.⁶

A. Denetlenen Kararların Onanması Yönünde Çözüm

Oyların eşitliği durumunda kararın yönünü ve hukuki etkisini belirleyen bu çözümün tanınmış bir örneğini Amerikan anayasa yargısında görmek mümkündür.⁷ Common law geleneği içinde oluşmuş federal yargı düzeninin en üst derece temyiz yeri olarak görev yapan Yüce Mahkemenin⁸ yerleşik içtihadına göre, oyların eşitliği durumunda alt derece mahkemesinin kararı onanmış olur. Bu şekilde verilen kararların hukuki etkisi ise sınırlanmıştır; bu kararlar davanın tarafları için bağlayıcı olmakla birlikte, içtihat hukuku bakımından emsal karar değeri taşımazlar.⁹

B. İptal Talebinin ya da İhlal İddiasının Reddi Yönünde Çözüm

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin¹⁰ yargılama usulünde karşımıza çıkan bu çözümde, hukuka uygunluk karinesi doğrultusunda, oyların eşitliği durumunda Mahkemenin Temel Yasaya ya da bir başka federal yasaya aykırılık bulunduğuna karar veremeyeceği

5 Terimin İngilizce karşılığı *casting vote*, Fransızca karşılığı *voix prépondérante*, Almanca karşılığı *Stichentscheid*.

6 Ağırlıklı oy yetkisi genelde mahkeme başkanlarına verilmekle birlikte heyet başkanlarına da verilebilmektedir.

7 PIDOT Justin "Tie Votes in the Supreme Court", *Minnesota Law Review* 101/1, 2016, s.245-300.

8 ABD hukuk ve yargı düzeninde Yüce Mahkeme'nin konumu ve yetkisi konusunda bkz. EROĞUL Cem, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2016, s. 122-127.

9 Bkz. *Durant v. Essex Co.*, 74 U.S. (7 Wall.) 107, 110 (1868). Ayrıca bkz. *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 216 (1941) ve bkz. *Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland*, 481 U.S. 221, 234 n.7 (1987).

10 Federal Anayasa Mahkemesi konusunda genel olarak bkz. EROĞUL, s. 255 vd.



kuralı uygulanmaktadır.¹¹ Federal Temel Yasa'nın Federal Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu düzenleyen 94. maddesi, Mahkemenin yargılama usulünün düzenlenmesini neredeyse bütünüyle federal kanunkoyucuya bırakmıştır. Bu nedenle oyların eşitliği durumlarını düzenleyen genel kural Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin 15. Maddesinde yer almaktadır. Maddenin dördüncü fıkrası düzenlemesine göre *“oyların eşitliği durumunda Mahkeme Temel Yasaya ya da bir başka federal yasaya aykırılık bulunduğuna karar veremez.”*¹²

Federal Anayasa Mahkemesinin bölümler (*Senate*) halinde çalışmasına ilişkin genel kural bu şekilde olmakla birlikte, Kanun, Mahkemenin başka çalışmalarındaki bazı oyların eşitliği durumlarını üç yerde özel olarak düzenlemiştir. Bunların ikisinde, aşağıda değinileceği gibi ağırlıklı oy çözümü getirilmekteyken, yargılamanın uzaması başvurularını karara bağlayan dört üyeli Komite'de¹³ oyların eşitliği durumlarında ise başvuru reddedilmiş sayılmaktadır.¹⁴

C. Başkanın Oyuna Ağırlık Tanımak Suretiyle Çözüm

Bu çözüm, birçok örnekte genel kural olarak, Almanya gibi örneklerde ise istisnai kural olarak yer almaktadır. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin yargılama sırasında verebileceği bazı ara kararlara ilişkin olarak oyların eşitliği durumunda oturuma başkanlık eden üyenin oyu yönünde karar verilmiş olacağı kuralına yer verilmiştir. Kanunun 14/5 maddesine göre *“davayı görmeye bölümlerden hangisinin yetkili olduğu konusunda belirsizlik olduğunda yetki konusunu karara bağlamakla görevli (altı üyeli) Komitede oyların eşitliği durumunda oturuma başkanlık eden üyenin oyu yönünde karar verilmiş olur.”*¹⁵ Benzer şekilde, reddi hakim talebini karara bağlayan heyette oyların eşitliği durumunda, oturuma başkanlık eden üyenin oyu yönünde eşitlik bozulmuş olur.¹⁶

Eşitlik durumunda kararın yönünü tayin edici nitelikteki ağırlıklı oy yetkisinin Başkana verildiği diğer bir örnek Fransız Anayasa Konseyi'dir.¹⁷ Konunun kanun düzeyinde düzenlendiği Almanya'dan

11 LORZ, s.36-39. Ayrıca bkz. SCHMIDT, s.133-38.

12 Bkz. BVerfGG 15/4.

13 Bkz. BVerfGG 97b.

14 Bkz. BVerfGG 97d/2.

15 Bkz. BVerfGG 14/5.

16 Bkz. BVerfGG 19/1.

17 Fransız Anayasa Konseyi konusunda genel olarak bkz. EROĞUL s. 198-204. Konsey



farklı olarak burada konu doğrudan anayasa düzeyinde düzenlenmiştir. V. Cumhuriyet Anayasasının 56. maddesi Konseyin Başkanının oyuna ağırlık tanımıştır: “Oyların eşitliği durumunda ağırlıklı oy (Konsey Başkanına) aittir.”

Oyların eşitliği durumlarına Başkanın oyuna kararın yönünü tayin edici ağırlık tanımak suretiyle çözüm getirilen başka Avrupalı örnekler arasında, Belçika, İtalya, İspanya ve Finlandiya anılabilir.¹⁸ Bu kuralın yine bu örneklerdeki istisnası ise lehe hüküm ilkesinden kaynaklanmaktadır; ceza veya disiplin yargılamasında oyların eşitliği durumunda yargılanan lehine karar verilmiş sayılmaktadır.¹⁹

D. Farklı Çözümlerin Ortak Noktaları ve Özgül Etkileri

Buraya kadar bakılan örnekler, oyların eşitliği durumunda eşit oy ve oyçokluğuyla karar ilkelerinden ayrılarak Başkanın oyuna ağırlık tanınmasının yaygın olduğunu göstermektedir. Öyle ki, kural olarak oyların eşitliği durumunda anayasaya uygunluk yönünde karar verilen Almanya federal anayasa yargısında da istisna olarak bazı ara kararların alınmasında heyet başkanının oyuna ağırlık tanındığı görülmektedir. Ağırlıklı oy yönteminin sonucu her durumda karar yetersayısına ulaşılacak olmasıdır. Bu kararlar da kabul ya da ret yönünde olabilmekte ve oyçokluğuyla verilmiş olan kararlarla aynı hukuki etkiyi taşımaktadır. Özellikle, karşı oya izin vermeyen Fransız Anayasa Konseyinin usulünde, yayımlanan karar metnine bakarak kararın Başkanın ağırlıklı oyu yönünde mi yoksa oyçokluğuyla ya da oybirliğiyle mi alınmış olduğunu ayırt etmek olanaksızdır. Bu örnekte, ağırlıklı oyla verildiği bilinen karar sayısı çok az olmakla birlikte, ağırlıklı oy yetkisi taşımanın Başkanın kararlarda heyet üzerindeki etkisini artırıcı etkisi olduğu kaydedilmektedir.²⁰

ABD’de ya da Almanya’da olduğu gibi, oyların eşit bölünmüş olduğu mahkeme heyetlerinin verebileceği kararların yönünü kategorik olarak baştan tayin etmek de bir başka yerleşik çözümdür. Hemen görülebileceği gibi bu yöntem eşit sayıda oyla temsil edilen iki görüşten

Başkanının konumu ve rolü hakkında bkz. ETIEN R. "Jurisprudence Constitutionnelle: Le Président du Conseil Constitutionnel", *La Revue Administrative* 46, no. 271, 1993, s.36-41.

18 EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *The Composition of Constitutional Courts*, Science and Technique of Democracy No.20, Council of Europe Publishing,1997, s.12.

19 EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, s.35 vd.

20 ETIEN, s. 40.

birini daha baştan avantajlı hale getirmektedir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi örneğinde, sekiz üyeyle toplanan bölüm heyetinin davada anayasaya aykırılık bulunduğu yönünde karar verebilmesi için üçe karşı beş oyçokluğuna ulaşılması gerekirken aykırılık bulunmadığı yönünde karar verilmiş olması içinse dörde karşı dört oyla eşitlik durumu da yeterlidir. Böylelikle norm denetiminde iptal kararları veya bireysel başvuruda ihlal kararlarının verilebilmesi için kesinkes oyçokluğu gerekmektedir; bunlar eşit bölünmüş bir mahkeme heyetinin verebileceği kararlar değildir.²¹

Anayasa yargısı kararlarının anayasal düzenin işleyişi içindeki işlevi açısından bakıldığında, kamu organlarının belirli işlemlerinin anayasaya aykırılık taşıdığı yönünde yargısal hüküm verilmesinde oyçokluğuyla karar ilkesinin sıkı biçimde uygulandığı Almanya örneğinde, oyların eşitliği durumundaki mahkeme heyetine hukuki statükoyu değiştirecek yönde bir karar verme yetkisi tanınmadığı görülür.²² Bunun tersine, ağırlıklı oy kuralının uygulandığı İtalyan anayasa yargısı gibi örneklerde, heyetler daima her iki yönde de karar verebilir. Bu kural heyet üyeleri arasında eşit oy ilkesinin bir istisnasını oluşturur: oyların sayıca eşit olduğu durumlarda kararın yönünü ağırlıklı oy belirlemekte ve başkanın oyu yönünde karar verilmektedir. Böyle bir kural anayasa yargısı içtihadına başkanların daha güçlü bir biçimde etki etmesine izin verir: Başkanın katıldığı yönde karar verilebilmesi için oyların eşitliği dahi yeterli gelirken, karşı yönde karar verilebilmesi için mutlaka oyçokluğu gerekmektedir. Yetki açısından bakıldığında bu çözümde başkanların oy kullanma yetkisinin oyların eşitliğinde kararın yönünü tayin edici nitelikteki ağırlıklı oy yetkisini de içerecek şekilde genişlemiş olduğu görülmektedir.²³ Bu nedenle bu çözüm, başkanların heyet içindeki ağırlığının artmasıyla daha uyumludur; nitekim Fransız Anayasa Konseyinde başkanların eşitler arasında birinci olarak ifade edilen konumda olmakla birlikte heyet üzerinde önemli ağırlık sahibi oldukları oldukları kabul edilmektedir.²⁴ Öte yandan İtalyan anayasa yargısı gibi örneklerde de genel kural olarak başkanın oyuna ağırlık tanınmakla birlikte,²⁵ ceza veya disiplin yargılaması niteliği taşıyan işler bakımından

21 LORZ, s. 36-37.

22 LORZ, s. 38; SCHMIDT, s.136.

23 SCHMIDT, s.136.

24 ETIEN, s. 38-41.

25 "Oyların eşitliği durumunda Başkanın oyu ağır basar." 11 Mart 1953 tarih ve 1 sayılı Anayasal Yasa, Madde 12/2. (L.cost. 11 marzo 1953, n. 1, Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale, Articolo 12/2.)



istisna getirilerek, oyların eşitliği durumunda lehe hüküm ilkesinin uygulanmasıyla, eşit bölünmüş bir heyetin verebileceği kararın yönü baştan belirlenmiş ve böyle bir heyette Başkanın ağırlıklı oyuyla aleyhe karar verilmesine olanak tanınmamış olmaktadır.²⁶

II. TÜRK ANAYASA YARGISINDA OYLARIN EŞİTLİĞİ

Çağdaş demokratik düzenlerde anayasa yargısı örneklerinin incelenmesinde görüldüğü üzere, oyların eşitliği durumuna getirilen en yaygın çözümler arasında anayasaya aykırılık iddiasının veya hak ihlaline ilişkin iddianın reddedilmiş sayılması ya da eşitliği bozucu istisnai mekanizmalara başvurulması çözümlerinin bulunduğu görülmektedir. Bu mekanizmalar arasında başkanının oyuna ağırlık tanımak esasına dayalı çözümlerin de yaygın olduğu görülmektedir. Bu çözümler kimi örneklerde doğrudan anayasa hükmünden doğmakta, bazı örneklerde ise kanun ile getirilmektedir.

Bu çerçeveden Türkiye örneğine bakıldığında anayasa koyucunun toplantı ve karar yeter sayısına dair hususları ayrıntılı şekilde düzenlemekle birlikte oyların eşitliği konusuna ilişkin herhangi bir hüküm getirmediği, bu konunun kanun ile düzenlendiği görülmektedir.

A. 6216 Sayılı Kanun Öncesi Durum

1. 1961 Anayasası Dönemi

Türkiye’de anayasa yargısı ilk defa 1961 Anayasası ile kurulmuştur²⁷. Mahkemenin görevi, Anayasa’nın 147. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: *“Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.”*

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu düzenleyen 145. maddede Mahkemenin *“onbeş asıl ve beş yedek üyeden”* oluşacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkeme kuruluşunda yedek üye sistemini benimsediği

26 Başkan seçiminde oyların eşitliği durumuna ise daha farklı bir kural getirilmiştir: İtalyan Anayasa Mahkemesi Başkanı seçiminde üyeler en geç ikinci turda iki adaydan birini çoğunluk oyuyla seçmektedir; bu turda oylarda eşitlik durumunda ise sırasıyla Mahkemedeki kıdem ve yaş itibarıyla önde olan seçilecektir. Benzer kurallar İspanya’da da bulunmaktadır.

27 ÖZBUDUN Ergun *“Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri,” Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 131-146. Türkiye’de anayasa yargısının doğuşu için ayrıca bkz. BARIN Taylan, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 154-159.

için, daima tek sayıda üye ile toplanmakta böylelikle de oyların eşitliği ihtimalinin gerçekleşmeyeceği bir usulle karar almaktaydı.

AYM'nin karar nisabı, 1982 Anayasası'nın aksine anayasada düzenlenmemiş; 1961 Anayasası'nın 148. maddesi ile kanuna bırakılmış²⁸ ve 22/4/1962 tarih ve 44 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri hakkında Kanun*'un *Mahkemenin toplanma nisabı* başlıklı 36. maddesinde "*Anayasa Mahkemesi, Başkan ve ondört asıl üyenin huzuru ile toplanır. Başkan, asıl üyelere mazereti olanların yerini kıdem esasına göre, yedek üyelerle tamamlar.*" şeklinde düzenlenmiştir.

2. 1982 Anayasası 2949 Sayılı Kanun Dönemi

1982 Anayasası'nın özgün halinde Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü 149. maddede "*Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir*" şeklinde düzenlenmişti. Aynı husus 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*'un *Mahkemenin Toplanması* başlıklı 41. maddesinde "*Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on asıl üye ile toplanır. Başkan, asıl üyelere mazereti olanların yerini kıdem esasına göre yedek üyelerle tamamlar.*" şeklinde düzenlenmekteydi.

Anayasa'nın özgün hali ile mülga 2949 sayılı kanun birlikte değerlendirildiğinde, mevzuatın Anayasa Mahkemesi genel kurulunun çift sayı ile toplanmasını kesin surette engellediği görülmektedir.

Şu halde Anayasa Mahkemesi çalışma ve yargılama usulleri bağlamında oyların eşitliği ihtimali ilk kez, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan anayasa değişikliği neticesinde²⁹ yedek üyelik statüsünün kaldırılması ile doğmuştur.

B. 2010 Anayasa Değişikliği ve 6216 Sayılı Kanun'la Benimsenen Çözüm

7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesinin üye sayısı, üyelerinin seçimi, kompozisyonu, görev ve yetkilerine dair kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Mezkûr değişiklik

28 1961 Anayasası m. 148/I: "*Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usûlleri kanunla; Mahkemenin çalışma tarzı ve üyeleri arasındaki işbölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir.*"

29 Anılan Anayasa değişikliği 12/9/2010 tarihinde halkoyuna sunulmuş, geçerli oyların % 57.88'i düzeyinde bir çoğunlukla kabul edilmiştir.



Kanunu'nun 19. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına bireysel başvuruların incelenmesi de dâhil edilmiştir. Anayasa Mahkemesine verilen yeni görev, Mahkemenin üye sayısının artırılması ile çalışma ve yargılama usulündeki değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. 5982 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile Mahkemenin üye sayısı onyediye çıkarılmış, yedek üyelik uygulamasına da son verilmiştir. Madde ile aynı zamanda Mahkemenin iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışacağı da hüküm altına alınmıştır.

Yapılan bu değişiklik ile Mahkemenin toplantı yeter sayısı "*Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanır.*" şeklinde belirtilmiştir. Her ne kadar mahkeme üye sayısı tek sayı olarak belirlenmişse de yedek üyeliğin kaldırılması neticesinde çift sayı ile toplanılması olasılığı doğmuştur.

Bu ihtimalden kaynaklı Genel Kurulun çift sayı ile toplanması halinde oyların eşitliği durumu 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *Oylama şekli ve karar nisabı* başlıklı 65. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "*Genel Kurul ve bölümler kararlarını katılanların salt çoğunluğuyla alır. Oyların eşitliği hâlinde başkanın³⁰ bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur.*" hükmüyle oyların eşitliği halinde karar nisabı da düzenlenmiştir.

C. AYM E. 2011/59, K. 2012/34 sayı ve 1/3/2012 Tarihli Kararı

6216 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanmasını müteakip TBMM Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) Grubu Kanun'da yer alan 28 kural için iptal davası açmıştır. İptal davası açılan kurallardan biri de Anayasa Mahkemesinde *oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur* hükmüdür. Anılan hükmün iptali talebinin gerekçesi şu şekildedir:

30 6216 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde "*Başkan: Anayasa Mahkemesi Başkanını*" ifade eder hükmü yer almaktadır. 6216 sayılı Kanun bağlamında "*Başkan*" (büyük harfle) Anayasa Mahkemesi Başkanına referans vermektedir. Nitekim Kanun'un m. 9, m. 14, m. 15, m. 16 gibi maddelerinde cümle içerisindeki "*Başkan*" kullanımları tanımlar başlığındaki tercih ile uyumludur.

Çalışmamıza konu 65. maddedeki "*başkan*" tercihi ise kanaatimizce Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun başkanvekili başkanlığında toplanması halini de kapsayacak şekilde toplantının başkanını işaret etmektedir. Şöyle ki, Başkanın olmadığı fakat başkanvekilinin başkanlık ettiği bir genel kurul toplantısında oyların eşit olması halinde, toplantıya başkanlık eden başkanvekilinin bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olacaktır.

“... oyların eşitliği halinde Başkana, Anayasada öngörülme-
yen bir güç yüklenmiş, iki oy gücü tanınmıştır. (...) Anayasa, karar
çoğunluğu konusunu yasaya bırakmamış, bizzat kendisi düzenlemiştir.
Başkana oyların eşitliği halinde iki oy niteliği taşıyan bir güç verilmesi,
kaynağını Anayasadan almayan bir yetki olduğu gibi, hukuk devletinin
adaletli hukuk düzeni ilkesiyle de uyumsuz. Oy eşitlik ilkesi, demokratik
hukuk devletinin de en temel unsurudur. Oy eşitliği herkesin bir oy
hakkına sahip olması anlamına gelir. Anayasa, Anayasa Mahkemesi
Başkanına oy eşitliğini bozma, üstün oy kullanma yönünde bir güç
vermemiştir. Açıklanan nedenlerle, 6216 Sayılı Yasanın 65 inci
maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci tümcesi Anayasanın 2 nci ve
149 uncu maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.”

Anayasa Mahkemesi iptali istenen düzenlemeyi dörde karşı on bir
oyla aşağıdaki gerekçeyle reddetmiştir:

“Oyların eşitliği halinde Başkanın oyunun bulunduğu tarafa
üstünlük tanınması yönteminin diğer bazı yüksek mahkeme
kanunlarında olduğu gibi, mukayeseli hukuk açısından da uygulanan
ve benimsenen bir usul olduğu görülmektedir. İç hukukta benzer
düzenlemelerin diğer yüksek mahkeme kanunlarında da yer aldığı,
mukayeseli hukukta ise aynı yöntemin İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz,
Çek Cumhuriyeti ve Macaristan gibi ülkeler tarafından da kabul edilmiş
bir uygulama olduğu görülmektedir. (...) Anayasa koyucu, toplantı
yeter sayısını en az onüç olarak belirlemekle birlikte, Genel Kurulun
14 veya 16 üye ile toplanması durumunda, oyların eşitliği halinde
kararın hangi yönde verildiğine ilişkin bir düzenlemeye Anayasa’da
yer vermemiştir. Dolayısıyla, bu konuda kanunla bir düzenleme
yapılmasının gerekliliği açıktır.

Yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu
bu alandaki boşluğu Kanun’un 65. maddesindeki dava konusu kural ile
düzenlemiştir. Anayasa’da düzenlenmemiş bir alanın kanun koyucunun
takdirine bırakıldığı, Anayasa’nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı
hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, bu konudaki tercihin kanun
koyucunun takdiri kapsamında kaldığı kabul edilmelidir.

Anayasa’da düzenlenmediği için uygulamada belirsizliğe yol açacak
bir alanın, öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenlenmesi,
Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereğidir. Bu
nedenle, Anayasa’da yer verilmeyen Mahkeme Genel Kurulunun çift
sayıyla toplanması durumunda oyların eşitliği sonucu ortaya çıkan



belirsizliği kanun koyucunun kanunla düzenlemesi hukuk devletine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 149. maddelerine aykırı değildir."

Kararda öncelikle oyların eşitliği halinde ne yapılacağına ilişkin anayasa koyucunun boşluk bıraktığı, boşluğun da kanun koyucunun takdirine bırakıldığı belirtilmiştir. Karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılarak, iptali istenen kuralda benimsenen yöntemin Türkiye'ye özgü olmadığı vurgulanmış, ardından benzeri düzenlemelere Türkiye'deki diğer yüksek yargı organlarında da rastlanıldığı ifade edilmiştir.

Mahkemenin Anayasa'da oyların eşitliği halinde nasıl karar alınacağı konusunda bir düzenleme yapılmadığına ilişkin tespiti ile Anayasa'da boşluk bırakılan hallerin kanun koyucu tarafından somutlaştırılabileceğine ilişkin değerlendirmesi ikna edicidir. Ancak bu yorum, kanun koyucunun bu yetkisini kullanırken Anayasa'ya aykırı bir hüküm getiremeyeceği ile birlikte değerlendirilmelidir. Ayrıca, ilgili anayasal düzenlemenin ayrıntı düzeyi dikkate alındığında, karar gerekçesinde yer verilen boşluk tespiti de tartışmasız değildir. Her durumda, anayasa koyucunun ihmal ettiği oyların eşitliği ihtimali kanun koyucu tarafından bir boşluk olarak kabul edilip doldurulurken, Anayasa m. 149'daki "... kararlarını salt çoğunlukla alır." hükmüne uygun olarak kanun yapılması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

D. Anayasa Mahkemesi Uygulamasından Örnekler

1. Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesi uygulamasında oyların eşitliği halinde 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre başkanın oyu yönünde hüküm kurulmaktadır. Bu tür kararların sonuç/hüküm fıkralarında durum "... karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA," şeklinde yer almaktadır.

AYM uygulamasında iptal ve red oylarının eşit kaldığı ilk örnek 27/10/2011 tarihli 2011/60 E. ve 2011/147 K. sayılı karardır³¹. Karar

31 Davanın konusu 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun 1. ve 2. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 7., 87. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.



günü Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 14 üye ile toplanmış³², iptali istenen Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (20) numaralı alt bendi ile (b) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden yedi üye iptal isteminin reddi görüşüne katılmamışlardır.

Yedi üyenin iptal yönünde yedi üyenin ise red yönünde oy kullandığı bu davada iptal istemi, dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın iptal isteminin reddi yönünde oy kullanması neticesinde, 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince reddedilmiştir.

Kararın hüküm/sonuç kısmında bu durum "... iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA" şeklinde belirtilmiştir. Uygulama halen aynı şekilde devam etmekte, bu şekilde verilen kararların hüküm kısmında ilgili fıkra gereğince oyçokluğu ile karar verildiği belirtilmektedir.

Kanaatimizce burada bir oy çokluğundan bahsedilemez. Burada anılan kanun hükmü dolayısıyla alınmış bir karar vardır. Hüküm kısmında yalnızca bunun belirtilmesi ile yetinilmeli, ayrıca oyçokluğu vurgulanmamalıdır. Her ne kadar Anayasa'nın 149. maddesinde ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır." hükmü yer alsada oyların eşitliği halini düzenleyen cümlede bunun bir çoğunluk oluşturacağına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Aksine "Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur." şeklinde belirtilmiş, oy çokluğundan bahsedilmemiştir.

Nitekim bu şekilde verilmiş ilk kararda³³ başkanın bulunduğu tarafın görüşüne katılmayan Fulya Kantarcioğlu ve Fettah Oto yazdıkları karşıoy gerekçelerinde bu duruma dikkat çekmişlerdir:

"Öte yandan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin birinci fıkrasında, 'Genel Kurul ve bölümler kararlarını katılanların salt çoğunluğuyla alır. Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu

32 Kararın verildiği tarihte Anayasa Mahkemesi 17 üyeden oluşmaktadır. Üyelerden, Şevket Apalak, Ahmet Akyalçın ve Zehra Leyla Perктаş genel kurula katılmamışlardır.

33 AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011.

tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur' denilmektedir. Buna göre, kararlarda salt çoğunluk sağlanamayarak oyların eşit çıkması durumunda ortada oy çokluğuyla alınmış bir karar bulunmayıp, yasa gereği başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda verilmiş sayılan bir karar söz konusu olduğundan, kısa kararın (A) bölümünde, '6216 sayılı Yasa'nın 65. maddesi uyarınca' karar verildiğinin belirtilmesiyle yetinilmesi 'oy çokluğu' ifadesinin kullanılmaması gerekir. Bu yönden de çoğunluk görüşüne karşıyız."

AYM kararları incelendiğinde oyların eşitliği haline çok sık rastlanmadığı görülmektedir. Mahkemenin işin esasına geçtiği hallerle ilişkin beş karar bulunmaktadır³⁴. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu kanun hükmünün itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine vermiş olduğu bir kararı da vardır³⁵.

Bunlardan farkı olarak hâkimin reddine ilişkin bir taleple de oyların eşitliği gündeme gelmiştir.³⁶ Bu karar iki açıdan önem arz eder. İlk olarak "Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur." hükmündeki başkandan AYM Başkanı mı yoksa oturum başkanı mı kastediliyor sorusunun cevabını barındırmaktadır. 6216 sayılı Kanun bir bütün olarak incelendiğinde biri ilk harfi büyük şekilde "Başkan" diğeri de "başkan" şeklinde iki farklı kullanım olduğu göze çarpmaktadır. Kanun, AYM Başkanını kastedtiği yerlerde "Başkan"³⁷ toplantıya başkanlık eden ve değişmesi muhtemel kişiyi kastedtiğinde ise "başkan"³⁸ ibaresini tercih etmektedir.

Kararın önem arz ettiği diğer bir husus ise "oyların eşitliği halinde" ifadesinden kastedilenin ilk inceleme aşaması veyahut sair ara kararları da kapsayıp kapsamadığı hususudur. Her ne kadar kanun koyucu oyların eşitliğini herhangi bir ayrıma tabi tutmadıysa da burada arzu

34 Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ve oyların eşit olduğu kararlar: AYM, E. 2011/60, K. 2011/147, 27/10/2011; AYM, E.2011/88, K.2012/175, 08/11/2012; AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/05/2015; AYM, E.2014/92, K.2016/6, 28/01/2016; AYM, E.2020/12, K.2020/46, 10/09/2020.

35 AYM, E.2012/118, K.2012/170, 08/11/2012.

36 AYM, E.2011/123 sayılı davada verilen 29.12.2011 günlü karar.

37 6216 sayılı Kanun'un 8, 9, 14, 16, 17, 18, 19, 23, 25, 26 buna örnek olarak gösterilebilir. Örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte bir de AYM başkanları kastedildiği halde küçük harfli kullanım mevcuttur. m. 72/(2) Emekliye ayrılmış olan başkanlar, başkanvekilleri ve üyelere onur belgeleri ve geçmiş hizmetlerinin anısını simgeleyen birer armağan verilir.

38 m. 65 ve m. 66'daki kullanımlar buna örnek olarak gösterilebilir.

edilenin içtihadı değeri bulunan kararların sürüncemede kalmaması olduğu anlaşılacaktır. Oysa örnek olay da göstermektedir ki, usule ilişkin kararlarda da aynı kural caridir.

Hâkimin reddine ilişkin karar incelendiğinde: 118 milletvekili tarafından 652 sayılı *Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin*; tümünün ve ayrı ayrı maddeleri ile eki cetvellerinin iptali istemiyle açılan 2011/123 esas sayılı davada “İlk ve esas incelemelerinde, 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 59. ve 60. maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ’ın reddi” talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 08/12/2011 tarihli toplantısında ilk inceleme aşamasında “dava dilekçesine imza verenler yönünden iptali istenilen düzenlemeler yanında hâkimin reddi istemini de içeren bir yetkilendirme bulunmadığından, hâkimin reddi talebinin OYBİRLİĞİYLE reddine karar verilmiştir.” Aynı tarihli ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine yine oybirliğiyle karar verilmiştir. “İptal başvurusunda bulunanlar, hâkimin reddi talebinin reddine yönelik kararın tebliği üzerine, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından onaylanan imzalarını da içeren 22.12.2011 tarihli dilekçe ile yaptıkları itiraz başvurusunda (...) hâkimin reddi talebinin reddine ilişkin karara itiraz etmişler ve hâkimin reddi konusundaki istemlerinin yeniden görüşülmesini talep etmişlerdir.” 22.12.2011 günlü dilekçedeki taleplerin 08.11.2011 günlü karara itiraz mahiyetinde olduğu ve “yeniden hakimin reddi talebinde bulunulmadığı” tespitinde bulunan Mahkeme, “hakimin reddi konusundaki istemin yeniden görüşülmesi talebinin, itiraz mahiyetinde olduğu, Anayasa (...) uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olması ve kararlara karşı itiraz yolunun bulunmaması nedeniyle reddine” yedi üyenin “başvurunun yeniden hakimin reddi talebi olması nedeniyle esasının görüşülmesi yolundaki” karşı oylarıyla ve 6216 sayılı Kanun’un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince Başkanın oyu doğrultusunda karar vermiştir.

2. Bireysel Başvuru

Anayasa’nın 149. maddesinin ikinci fıkrası “... bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.” demek suretiyle Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna bireysel başvuruların karara bağlanması bağlamında herhangi bir rol tanımlamamıştır. Bununla birlikte, 6216 sayılı Kanunun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün ilgili hükümleri çerçevesinde,



Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca bireysel başvurulara ilişkin inceleme yapılmakta, karar verilmektedir³⁹.

Anayasa Mahkemesinde bölümler altı kişiden oluştuğu ve başkanvekili başkanlığında dört üye ile toplandığı için, Anayasa'nın mülga yedek üyelik müessesini andıran bir uygulamaya sahiptir. Bu nedenle bölümler daima tek sayı ile toplanabilmekte ve oyların eşitliği ihtimali doğmamaktadır.

Genel Kurulun çift sayı ile toplanması ihtimali ise bireysel başvuruların karara bağlanmasında da varlığını sürdürmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu şekilde vermiş olduğu kararları incelendiğinde hüküm fıkrasının norm denetimi kararlarından farklı olduğu göze çarpmaktadır.

Norm denetimindeki kararlarda oyların eşitliği durumu açıkça belirtilmese de kararın hüküm / sonuç kısmında "... 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA" ifadesi yer almaktadır. Bireysel başvurudaki benzer kararlarda ise 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesi hükmüne işaret edilmeksizin kararın oyçokluğu ile alındığı yazmaktadır⁴⁰. Kanaatimizce ortada açık bir oy çokluğu olmadığı için 65. maddeye işaret edilmeksizin bu şekilde ifade edilmesi isabetli değildir.

E. 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Anayasallık Denetimi

1. Karar

30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'unda yer alan 28 adet kuralın

39 6216 sayılı Kanun m. 50/4 "Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir."

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 10/ (1)-ı "Bölümlerin kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun oluştuğu ya da oluşacağı kanaatine varıldığı veya Bölümlerce Genel Kurul tarafından karar alınmasının gerekli görüldüğü hâllerde Genel Kurulu toplantıya çağırarak."

40 *Emrah Yayla* [GK], B. No: 2017/38732, 6/2/2020, kararında 16 üyeden oluşan genel kurul 8 oya karşılık 8 oyla karar vermiş ve durum hüküm kısmına şu şekilde yansımıştır:

"Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,"

Benzer şekilde Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, kararının hüküm kısmı:

"Anayasa'nın 26. Maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA"

iptali talebiyle Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) dava açmış; yapılan yargılama sonucunda yalnızca bir kuralın⁴¹ iptaline karar verilirken diğer maddeler için iptal talebi reddedilmiştir. İptal talebi reddedilen kurallardan biri de çalışmamıza konu olan oyların eşitliği durumuna ilişkin hükümdür. Dava dilekçesinde kuralın iptal talebinin gerekçesi, Anayasa'nın 149. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesi hükmü olan “Bölümler ve Genel Kurul kararlarını salt çoğunlukla alır.” kuralına aykırılık savı temelinde şu şekilde belirtilmiştir:

“65 inci maddenin (1) numaralı fıkrasında, Genel Kurul ve bölümlerin, kararlarını katılanların salt çoğunluğuyla alacağı belirtildikten sonra, ‘oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur’ denilmiştir. Böylece, oyların eşitliği halinde Başkana, Anayasada öngörülmeven bir güç yüklenmiş, iki oy gücü tanınmıştır.

Anayasanın 149 uncu maddesinde, ‘Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır’ denilmiş ve karar çoğunluğu Anayasa ile belirlenmiştir. Anayasanın nitelikli çoğunluk öngördüğü kararlar dışında, Mahkemenin salt çoğunlukla karar vereceği, anayasal kural ve güvencedir. Anayasa ile belirlenen kuralın, yasayla değiştirilmesi, bu kurala farklı anlamlar yükletilmesi olanaklı değildir. Karar yeter sayısını Anayasa belirlediğinden, yasayla yeni bir karar sayısı getirilemez. (...) Bu durumda, oyların eşitliği hali salt çoğunluğun oluşmadığı anlamına gelir. Salt çoğunluk oluşmadıkça da karar yeter sayısı oluşmaz. Oysa dava konusu kuralda, eşitlik halinde Başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verileceği öngörülerek, Başkana iki oy hakkı tanınmış, güç kazandırılmıştır. Bunun, yasa kuralı olarak yazılması, Anayasadaki üstün ‘salt çoğunluk’ kavramı karşısında mümkün değildir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, yasa koyucunun Anayasaya uygun davranmasını gerektirir. Anayasa, karar çoğunluğu konusunu yasaya bırakmamış, bizzat kendisi düzenlemiştir. Başkana oyların eşitliği halinde iki oy niteliği taşıyan bir güç verilmesi, kaynağını Anayasadan almayan bir yetki olduğu gibi, hukuk devletinin adaletli hukuk düzeni ilkesiyle de uyumsuz. Oy eşitlik ilkesi, demokratik hukuk devletinin de en temel unsurudur. Oy eşitliği herkesin bir oy hakkına sahip olması anlamına gelir. Anayasa, Anayasa Mahkemesi Başkanına oy eşitliğini bozma, üstün oy kullanma yönünde bir güç vermemiştir.”

Anayasa Mahkemesi iptal talebini incelerken öncelikle kuralın anlam ve kapsamına yer vermiş ardından iç hukuktaki yüksek

⁴¹ Kanun'un 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “kanun hükmünde kararnamelelerin ise yetki kanununda öngörülen süre içinde çıkarılıp çıkarılmadığı ile Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının bulunup bulunmadığı” bölümünün.

mahkemelerin çalışma düzenlerine ilişkin kanunlarda ve mukayeseli hukukta benzer düzenlemelerin varlığına işaret etmiştir⁴². Sonrasında kuralın Anayasa'da yer verilmeyen bir durumu düzenlediğini şu şekilde ifade etmiştir: *"Anayasa koyucu, toplantı yeter sayısını en az onüç olarak belirlemekle birlikte, Genel Kurulun 14 veya 16 üye ile toplanması durumunda, oyların eşitliği halinde kararın hangi yönde verildiğine ilişkin bir düzenlemeye Anayasa'da yer vermemiştir. Dolayısıyla, bu konuda kanunla bir düzenleme yapılmasının gerekliliği açıktır."*

Anayasa Mahkemesi 1/3/2012 tarihli kararında kuralın Anayasa'daki boşluğun yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkesi gereğince doldurulduğu, Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın kanun koyucunun takdiriyle Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla doldurulabileceğini, kanun koyucunun da Genel Kurulun çift sayıyla toplanması durumunda ortaya çıkabilecek oyların eşitliğine dair belirsizliği doldurduğu gerekçesiyle 4'e karşı 11 oyla kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir⁴³.

2. Karşıoylar

Karara katılmayan üyelerden Fulya Kantarcıoğlu, karşıoyunda, Anayasa 149. madde hükmünün açık olduğunu, salt çoğunluğun toplantıya katılanların yarısından fazlasına tekabül ettiğini bu nedenle eşitlik halinde Başkanın görüşü lehinde karar verilmesinin anılan şartı

42 *"Oyların eşitliği halinde Başkanın oyunun bulunduğu tarafa üstünlük tanınması yönteminin diğer bazı yüksek mahkeme kanunlarında olduğu gibi, mukayeseli hukuk açısından da uygulanan ve benimsenen bir usul olduğu görülmektedir. İç hukukta benzer düzenlemelerin diğer yüksek mahkeme kanunlarında da yer aldığı, mukayeseli hukukta ise aynı yöntemin İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti ve Macaristan gibi ülkeler tarafından da kabul edilmiş bir uygulama olduğu görülmektedir."*

43 *"Anayasa koyucu, toplantı yeter sayısını en az onüç olarak belirlemekle birlikte, Genel Kurulun 14 veya 16 üye ile toplanması durumunda, oyların eşitliği halinde kararın hangi yönde verildiğine ilişkin bir düzenlemeye Anayasa'da yer vermemiştir. Dolayısıyla, bu konuda kanunla bir düzenleme yapılmasının gerekliliği açıktır."*

Yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu bu alandaki boşluğu Kanun'un 65. maddesindeki dava konusu kural ile düzenlemiştir.

Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın kanun koyucunun takdirine bırakıldığı, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, bu konudaki tercihin kanun koyucunun takdiri kapsamında kaldığı kabul edilmelidir. Anayasa'da düzenlenmediği için uygulamada belirsizliğe yol açacak bir alanın, öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenlenmesi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereğidir. Bu nedenle, Anayasa'da yer verilmeyen Mahkeme Genel Kurulunun çift sayıyla toplanması durumunda oyların eşitliği sonucu ortaya çıkan belirsizliği kanun koyucunun kanunla düzenlemesi hukuk devletine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 149. maddelerine aykırı değildir."

gerçekleştirmedini belirtmiştir. Kantarcıoğlu aynı zamanda dava dilekçesinde ve karar gerekçesinde belirtilmeyen adil yargılanma hakkı boyutuyla da kurala yaklaşmış; Yüce Divan'da yapılan yargılamalarda benzer bir durumun oluşması halinde başkanın oyuyla yargılanan kişinin beraatine veya mahkumiyetine karar verilebileceğine işaret ederek *“sanıklar yönünden yargılama güvencelerinden birinin geçerliliğini yitireceğini”* belirtmiştir.

Mehmet Erten, karşıoy gerekçesinde, salt çoğunluğun nasıl anlaşılması gerektiği hususunda duraksama bulunmadığını belirttikten sonra, oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verileceği hükmünün Anayasa'da öngörülmemen bir esas üzerine kurulduğunu ifade etmiştir: *“Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verileceğine ilişkin kural, yarıdan bir fazla oy sayısını saptarken üye sayısının esas alınması gerektiğine ilişkin Anayasadaki hüküm değil Anayasa'nın öngörmediği başkanlık sıfatı esas alınmaktadır. Bu durumun ise Anayasa'nın kabul ettiği salt çoğunluk kavramına, dolayısıyla da Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu açıktır.”* Erten de aynı şekilde adil yargılanma hakkına vurgu yapmıştır.

Osman Alifeyyaz Paksüt, Anayasa'nın 149. maddesinde nitelikli oyla verilebilecek durumların dahi düzenlendiğini, karar nisabına ilişkin düzenlemenin de açıkça yapıldığını, bu iptaili istenen düzenlemenin yasakoyucunun takdir alanı içerisinde mütalaa edilemeyeceğini belirtmiştir. Paksüt karşıoyunu *“oyların eşitliği nedeniyle salt çoğunluğun oluşmadığı hallerde Başkanın oyunun çift sayılması Anayasa'ya aykırıdır.”* şeklinde bitirmiştir.

Karara karşı oy yazan üye Zehra Ayla Perктаş ise inceleme konusu kanun hükmünün Anayasa'nın 149. maddesindeki salt çoğunlukla karar kuralının *“... yasa ile yapılan bir yorumla değiştirilmesi suretiyle karar yeter sayısı belirlenmesine ilişkin düzenleme(nin) Anayasa'nın 149. maddesine aykırı”* olduğundan bahisle iptali gerektiğini belirtmiştir.

3. Kanaatimiz

Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca verilen kararda temel olarak, Anayasa Mahkemesine ilişkin anayasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesince yapılacak oylamalarda ortaya çıkabilecek eşitlik halini içermediği, burada bir boşluk olduğu ve boşluğun da kanun koyucu tarafından doldurulduğu savına dayanılmaktadır. Hukukta boşluk genel olarak özellikle medeni kanun bağlamında ve kanun içi boşluk ile boşluğun türleri ve hâkim tarafından nasıl doldurulacağı şeklinde



tanımlanmaktadır⁴⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre Aktaş boşluğu “pozitif hukukun, bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlememiş olması” tanımlamaktadır⁴⁵.

Öncelikle burada boşluğun olduğu varsayımında hâkim tarafından değil de kanun koyucu tarafından Anayasa’daki bir boşluğun doldurulduğunu ifade etmeliyiz. Anayasa’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesi birinci fıkrasından Anayasa hükümlerinin yasama organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu hüküm altına almış, takip eden ikinci fıkrasında da “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” demek suretiyle kanunların anayasaya uygun olması gerekliliğini vazedmiş, Anayasa Mahkemesine kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi vazifesi verilerek de güvence altına alınmıştır.

Şu durumda öncelikle burada bir boşluk olup olmadığı değerlendirilmelidir. Anayasa’nın 149. maddesinde Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü düzenlenmiş, bölümler ve genel kurulun toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı, nitelikli çoğunluk ile karar alınabilecek haller⁴⁶ oldukça teferruatlı belirtilmiştir. Konuya ilişkin birinci fıkranın dördüncü cümlesi hükmü olan “Bölümler ve Genel Kurul kararlarını salt çoğunlukla alır.” kuralı da duraksamaya gerek olmayacak açıklıkta düzenlenmiştir. Şu halde genel kurulun çift sayı ile toplanması halinin gözardı edildiği düşünülebilirse de bunun bir hukuk boşluğu olarak tanımlanması oldukça güçtür. Anayasa konuyu çerçeve bir şekilde düzenlemekten kaçınmış, toplantı yeter sayılarından nitelikli çoğunluk gereken durumlara ve oranlara varıncaya kadar oldukça detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Bu nedenle Anayasa’nın oyların eşitliği halini hukuki boşluk olarak yorum yoluyla değerlendirmeye çok fazla izin verdiği söylenemez. Netice itibarıyla Anayasa’nın amir hükmü olan *salt çoğunluk* kavramından ayrılmayı gerektirir bir yorumun da aşırı olacağı kuşkusuzdur.

Burada bir hukuki boşluk olduğu ve bunun da kanun koyucu tarafından doldurulması gerektiği düşünülse dahi, bu boşluğun

44 Öğretideki boşluk tanımları için bkz. AKTAŞ Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1-2, ss. 1-28. Ayrıca bkz. KIRCA Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50/1, s.91-119.

45 AKTAŞ, s.10.

46 AY. m. 149/3 : “Anayasa değişikliğinde iptale, siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.”



Anayasa'da konulmuş olan kurala kanun hükmüyle istisna getirme sonucunu verecek surette doldurulmasını haklılaştırmak mümkün değildir. Kanun koyucunun burada gördüğü boşluğu doldurmak için benimsediği kabul edilen çözüm, Anayasa'nın sözüne açık aykırılık içermektedir.

SONUÇ

Oyların eşitliği durumlarına Başkanın oyuna ağırlık tanımak suretiyle çözüm getirilmesi, karar verme yetkisinin bir heyet tarafından kullanıldığı farklı kurumsal bağlamlarda karşılaşılan en yaygın çözümlerdendir. Konunun anayasa yargısı alanındaki görünümü de bundan farklı değildir. Oylarda eşitlik durumunda verilebilecek kararın yönünü ve hukuki etkisini baştan belirlemeye/sınırlamaya yönelik alternatif çözümlerden farklı olarak, Başkanın oyuna ağırlık tanıyan çözümde, verilecek kararın yönü Başkanın oyunun yönü olmaktadır. Kararın hukuki etkisi ise özel bir sınırlılığa tabi değildir.

Oyların eşitliği ihtimali, Türk anayasa yargısında ilk olarak 2010 tarihli 5982 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğinin getirdiği yapısal değişimin dolaylı sonuçlarından biri olarak ortaya çıkmış ve 2011 tarihli 6216 sayılı Kanununun 65. maddesinde ilk defa özel olarak düzenleme getirilerek eşitlik durumunda başkanın oyuna ağırlık tanınması çözümü benimsenmiştir.

Ağırlıklı oy kuralının eşit oy ilkesine ve oyçokluğuyla karar kuralına istisna niteliğinde olduğu açıktır. Eşit oy, demokratik düzenlerin yerleşik bir ortak ilkesi olmakla birlikte, anayasa yargısı bağlamında Anayasada lafzen yer bulmuş değildir. Ancak Anayasada yer verilen oylama ve karar kurallarından eşit oy ilkesinin anayasa yargısı alanında da benimsendiği ve üyelerin oylarının eşit ağırlıkta kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık oyçokluğuyla karar kuralına, Anayasanın 149. maddesinde "*Bölmeler ve Genel Kurul kararlarını salt çoğunlukla alır.*" formülüyle sarahaten yer verilmiştir.

6216 sayılı Kanununun 65. Maddesi hükmünün Anayasanın 2. ve 149. Maddelerine aykırılık taşıdığı iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, kuralda Anayasaya aykırılık bulunmadığı yolunda hüküm kurmuştur.⁴⁷ Bu davada iptal talebinin gerekçesi, eşit oy ve oyçokluğu yönlerinden anayasaya aykırılık savı temelinde kurulmuş; benzer

47 AYM E. 2011/59, K. 2012/34 sayı ve 1/3/2012 tarihli Kararı.



noktalar karara katılmayan dört üyenin karşı oy yazılarında da tekraren ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin kararın gerekçesinde ortaya koyduğu açıklama, iptal başvurusunda veya karşı oylarda ortaya konulan bazı ikincil tezlere doyurucu karşılık verebilmektedir: Ağırlıklı oy yöntemi, çağdaş anayasa yargısı bakımından alışılmadık yahut çağdışı bir uygulama değil, aksine, oyların eşitliği ihtimaline karşı açıklık içeren durumlarda en sık karşılaşılan çözümlerden biridir ve Türk kamu hukukuna ve yargı düzenine yabancı bir kurum olduğu da söylenemez. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesi, özellikle “... kararlarımı salt çoğunlukla alır.” lafzında (AY 149) ifadesini bulmuş olan anayasa kuralı karşısında, “oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş ol(acağı)” yolundaki yasa kuralının anayasaya uygunluğu sonucuna ulaşmasının gerekçesi yönünden, ikna edici değildir.



KAYNAKLAR

AKTAŞ Sururi, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı," **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14/1-2, ss. 1-28.

BARIN Taylan, **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016.

EROĞUL Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2016.

ETIEN R., "Jurisprudence Constitutionnelle: Le Président du Conseil Constitutionnel", **La Revue Administrative** 46, no. 271, 1993, s.36-41.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, **The Composition of Constitutional Courts**, Council of Europe Publishing, 1997.

KIRCA Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 50/1, s.91-119.

LORZ Ralph Alexander, R. A. Lorenz, "Die Gefahr Der Stimmengleichheit: Ein Wenig Beachteter Sprengsatz in Der Konstruktion Des BVerfG", **Zeitschrift Für Rechtspolitik** 36/2, 2003, s.36-39.

PIDOT Justin, "Tie Votes in the Supreme Court", **Minnesota Law Review** 101/1, 2016, s.245-300.

SCHMIDT Thorsten Ingo, "Die Entscheidung Trotz Stimmengleichheit", **JuristenZeitung** 58/3, 2003, s.133-38.

ÖZBUDUN Ergun "Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri," **Türkiye'de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesi 16.06.1970 Tarih E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı karar

Anayasa Mahkemesi 13.04.1971 Tarih E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı karar

Anayasa Mahkemesi 15.04.1975 Tarih E. 1973/19 K. 1975/87 sayılı karar

Anayasa Mahkemesi 23.03.1976 Tarih E. 1975/167 K. 1976/19 sayılı karar

Anayasa Mahkemesi 12.10.1976 Tarih E. 1976/26 K. 1976/47 sayılı karar



Anayasa Mahkemesi 12.10.1976 Tarih E. 1976/38 K. 1976/46 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 27.01.1977 Tarih E. 1976/43 K. 1977/4 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 27.09.1977 Tarih E. 1977/82 K. 1977/117 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 18.06.1987 Tarih E. 1987/9, K. 1987/15 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 Tarih E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 27.11.2007 Tarih E. 2007/99, K. 2007/86 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 05.06.2008 Tarih E. 2008/16, K.2008/116 sayılı karar
Anayasa Mahkemesi 07.07.2010 Tarih E. 2010/49, K.2010/87 sayılı karar

Bireysel Başvuru:

Emrah Yayla [GK], B. No: 2017/38732, 6/2/2020

Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019



DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ İSTİKRAR İLKESİNİN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNA ÖNEMLİ YANSIMALARI

*(Important Reflections of the Administrative Stability Principle on the
Administrative Jurisdiction Law in the Light of the
Decisions of the Council of State)*

Dr. Öğr. Üyesi Harun YILMAZ¹

ÖZ

Hukuka bağlı bir devlette toplumsal ilişkilerin sağlıklı şekilde sürmesine verdikleri katkı ile anlam kazanan hukukun genel ilkeleri, bir arada yaşamanın gereklerini ortaya koyabilme amacına hizmet eden ve toplumsal uzlaşma neticesinde varlıkları kabul gören kurallar bütünüdür. Bir içtihat hukuku olan idare hukukunda da hukukun genel ilkelerinin anlam ve önemi göz ardı edilemez. Zira hukukun genel ilkeleri, idari yargı organlarının uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla kullandıkları başvuru kaynaklarıdır. İdare hukukuna hakim hukukun genel ilkelerinden birisi de idari istikrar ilkesidir. İdari istikrar ilkesi, hem bireyler yararına ortaya çıkan hukuki durumların korunması, hem de kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli biçimde yürütülmesi hususunda dikkate değer etki ve sonuçlar doğurmaktadır. Bunun yanında idari istikrar ilkesi, idari yargılama hukuku için de değerli bir referanstır. Çalışmada idari istikrar ilkesinin idari yargılama hukukuna ait kural ve kurumlar üzerindeki etkileri yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari İstikrar İlkesi, Hukukun Genel İlkeleri, Dava Açma Ehliyeti, Dava Açma Süresi, Yürütmenin Durdurulması.

ABSTRACT

The general principles of law, which gain meaning with their contribution to proper continuation of social relations in a constitutional state, constitute a body of rules that serve the purpose of setting forth the necessities of coexistence and that are recognized as a result of social consensus. In the administrative law, which is a case law, the

¹ Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, harunyilmaz@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0956-9717



meaning and importance of the general principles of law should not be ignored. In fact, the general principles of law are the sources of reference frequently used by administrative jurisdictions for settlement of disputes. The general principles of law governing the administrative law include the principle of administrative stability. The principle of administrative stability has significant effects and consequences both on the protection of legal situations that arise for the benefit of individuals and on the continuous and regular execution of public services. Besides, the principle of administrative stability is a valuable reference for administrative jurisdiction law. This study examines the effects of the principle of administrative stability on the rules and institutions of administrative jurisdiction law in the light of judicial decisions.

Keywords: Principle of Administrative Stability, General Principles of Law, Capacity to Sue, Term of Litigation, Stay of Execution.

GİRİŞ

Hukuka bağlı bir devlette ilişkilerin sağlıklı şekilde sürmesine verdikleri katkı ile öne çıkan hukukun genel ilkeleri², bir arada yaşamın gereklerini ortaya koyabilme amacına hizmet eden ve toplumsal uzlaşma neticesinde varlıkları kabul gören referans normlardır³. Hukuka bağlı bir devlette her hukuk dalını etkilediği gibi, –idare hukukunun içtihadı bir hukuk dalı olduğu ve hayatın akışına uygun olarak yargı kararları ile şekillenen bir yapısının bulunduğu da hatırlandığında–, hukukun genel ilkelerinin referans normlar olma özellikleri ile idare hukukunda da ne denli değerli oldukları tartışmadan uzaktır.

İdare hukuku açısından hukukun genel ilkeleri, hem bireylerin hukuki durumlarını etkileyecek faaliyetleri gerçekleştiren idari birimlere; hem de uyuşmazlıkların çözümünde sağlıklı sonuca ulaşabilmek adına yargı organlarına yol gösterici birer rehber niteliğindedir. Bu noktada idari istikrar ilkesi, Türk İdare Hukuku'na hakim temel ilke ve kurallardan biri olarak ön plana çıkmaktadır. İşlevsel açıdan bakıldığında ilke, bir yandan mevcut hukuki durumların korunarak bireylerin hukuki güvenliklerinin tesis edilmesine; öte yandan da kamu hizmetlerin sürekli ve düzenli biçimde yürütülmesine verdiği katkı ile Türk İdare Hukuku'nda çok önemli bir yer tutmaktadır.

2 BEREKET Zuhâl, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.6 vd.

3 ERKUT Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996, s.17.

Türk İdare Hukuku doktrinde idari istikrar ilkesine en fazla idari işlemlerin sona erdirilmesi hususunda dikkate değer biçimde değinildiği görülmektedir. Özellikle korunması gereken bir hukuki durum ortaya çıkarmış olan idari işlemlerin geri alınmasında idari istikrar ilkesi vazgeçilmez bir başvuru kaynağı olmakta; her zaman ve her durumda sonuçlar doğurmuş olan bir idari işlemin idare tarafından geri alınabilmesinin idari istikrar ilkesine aykırılık teşkil edeceği genel kural olarak kabul görmektedir. Bir diğer ifadeyle, bireylerin başta hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilmiş olan işlemlerden doğan kazanımlarının belli bir sürenin geçmesinin ardından –şartları oluşmuşsa– korunmasının en büyük dayanağı olarak karşımıza idari istikrar ilkesi çıkmaktadır⁴.

İdari işlemin geri alınabilme süresinin tespitinde başvuru kriterlerinden birisi, “*idari istikrarın bozulmaması*” kriteridir. Buna göre idare, hukuka aykırı işlemini geri alırken idari istikrar ilkesini göz önüne almalıdır. Zira idarenin hukuka aykırı işlemini her zaman dilediği gibi geri alabilmesinin mümkün olmadığı; idarenin hukuka aykırı işlemini idari istikrarı bozmayacak bir süre içerisinde geri alabileceği, doktrin ve yargı kararlarında sıklıkla vurgulanmaktadır. Dahası idari istikrar ilkesi, idari işlemlerin geri alınması bahsinin yanında, idarenin işlemlerinden idarenin faaliyetlerine; kamu personel hukukundan kamu malları rejimine kadar geniş ölçekte etkilerini gösteren bir ilke olma özelliğine sahiptir.

Buna karşılık idari istikrar ilkesi, idari yargılama hukukuna yönelik düzenlemelerde genellikle bireylerin mevcut kazanımlarını korumadan ziyade, idarenin işlem ve eylemlerinin devamlılığını sağlayarak idarelerin bireylerin hukuklarını etkileyen işlemlerinin varlığını muhafaza etme amacına hizmet eden bir ilke şeklinde kendini göstermektedir. Şöyle ki, idari yargıda dava açma sürelerinin önceden belirlenmiş olmasının sonucu olarak, bu süreler geçtikten sonra dava açma hakkının ortadan kalktığı tespitinin yapıldığı ya da iptal davalarında dava açma ehliyeti konusunda davacının menfaatinin ihlal edilmiş olması şartının aranması başta olmak üzere, söz konusu şartın da görece “*dar*” kabul edildiği yargı kararlarında idari istikrar ilkesi, ortaya çıkan idari işlemlerin anılan durumlarda denetime tabi tutulmasını engelleyen bir ilke görüntüsü vermektedir.

Yine idare hukukunda bir idari işlemin icrailiğini askıya alan yürütmenin durdurulması kurumunun ancak istisna teşkil edebilecek

4 Bkz. a. I.



şekilde sıkı kurallara bağlanmış olması da, idarenin işlemlerine ayrıcalık sunarak, icrailik ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliklerinden hareketle, bu işlemlerin yürürlük ve devamlılığını sağlama amacına hizmet eden düzenlemelerden biridir. Bunun yanında aksi yönde bizzat yürütmenin durdurulmasının, idari işleyişte istikrarın sağlanmasına hizmet eden bir kurum olduğu da dikkat çeken bir görüş olarak ortaya konulmaktadır. Çalışmada, idari istikrar ilkesinin idari yargılama hukukuna ait bazı kural ve kurumlar üzerindeki etkileri yargı kararları ışığında incelenecektir.

I. GENEL OLARAK İDARİ İSTİKRAR İLKESİ

İdari istikrar ilkesi, idare hukukunda etki gösteren hukukun genel ilkelerinden birisidir. Öncelikle söylenmelidir ki idari istikrar, mevcut idari işleyişin hukuka uygunluk üzerinde, düzenli, belirli ve öngörülebilir şekilde devamının sağlanmasıdır. Bir başka biçimde ise idari istikrar, bir idari sistemin zaman içindeki tasarımında, işleyişinde ve yönünde öngörülemeyen sapmalar yaşanmaması biçiminde tanımlanabilir. Konuya ilişkin bir kararında da Anayasa Mahkemesi, idari istikrarın idari işleyişte beklenen birlik ve düzeni ortaya çıkarma işlevine dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre idari istikrar, kamu idaresinin yürürlükte bulunan kuralları yürürlükte kaldıkları sürece, onların uyduğu her olaya gereğince ve aynı biçimde uygulamasıdır. Aksi durum olarak belli bir kuralın benzer olaylarda ve değişik zamanlarda değişik biçimde uygulanması idari işlemlerde istikrar ile idarenin ciddiyetini bozar, ilgililerin idareye karşı güvenlerini sarsar⁵.

Türk İdare Hukuku'na hakim ilkelerden biri olarak idari istikrar ilkesinin, özellikle iki hususta önemli etki ve sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle idari istikrar ilkesi, idarenin yerleşik uygulamalarının devamlılığı temin edilerek idare tarafından gerçekleştirilen işlem ya da eylemler neticesinde ortaya çıkan maddi ve hukuki durumların korunmasına dayanak oluşturmaktadır. Zira idarenin gerçekleştirdiği işlem ya da eylemler neticesinde bazı sonuçlar ortaya çıkar ve bu sonuçların korunması gerekliliği hasıl olur. İşte idarenin gerçekleştirdiği faaliyetler neticesinde ortaya çıkan sonuçların tanınarak korunmasını sağlayan ilkelerden biri olarak karşımıza idari istikrar ilkesi çıkmaktadır.

Bir diğer husus olarak idari istikrar ilkesi, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli şekilde yürütülmesi noktasında da kendini göstermektedir.

5 AYM., T.10.03.1977, E.1976/51, K.1977/16, RG. T.25.06.1977, S.15977.

Ancak sürekli ve düzenli şekilde yürütülen kamu hizmetleri sayesinde toplumsal ihtiyaçların tam, zamanında ve gereği gibi karşılanacağı gerçeği karşısında; idari istikrar ilkesi gereği kamu hizmetleri, süreklilik ve düzen üzerinde istikrarlı biçimde yürütülmelidir. Görüldüğü üzere idari istikrar ilkesi, mevcut maddi ve hukuki durumların korunmasının yanında, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli şekilde yürütülmesi açısından da dikkate değer bir işlev yerine getirmektedir.

İdari istikrar ilkesi, uyuşmazlıkların çözümü noktasında Danıştay'ın uzun yıllardır kararlarında kendine yer bulan bir ilke niteliğindedir. Esasen Yüksek Mahkeme'nin 1973 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararının ardından, yargı organları tarafından idari istikrar ilkesinin sıklıkla kararlarda yer almaya başladığı görülmektedir. Anılan kararda Yüksek Mahkeme, hukuka aykırı terfi ve intibaklara ilişkin vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararında, idari işlemin geri alınması bahsine ilişkin belli standartlar getirerek; açık hata, gerçek dışı beyan ya da hilenin varlığı halinde, idarenin gerçekleştirdiği işlemi her zaman geri alabileceğini; bunun haricinde işlemin geri alınmasının iptal davası açma süresi ile sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Bahsi geçen kararın ilgili kısımlarına önemi itibarıyla burada yer vermek istiyoruz⁶: “Geri alma ve sonuçları konusunu en çok inceleyen Fransız Danıştay'ında 1922 tarihine kadar hiç bir süre düşünülmezsizin sakat tasarrufların her zaman geri alınabileceği karara bağlanmış iken, bu tarihte verilen Dame Cachet kararıyla süre üzerinde durulmuş ve geri alınacak kararın hak doğuran sakat bir karar olması nedeniyle ancak dava açma süresi içinde ve dava açılmışsa karar verilinceye kadar geri alınabileceği kabul edilmiş ve bu görüş bazı istisnalar dışında bu güne kadar devam edegelmiştir.

Gerek Türk gerek yabancı doktrinde gerekse yargı kararlarında geri alma işleminin, idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibine istisna getirdiği, bu prensibin kazanılmış haklarla müesses durumları korumak ve **hukuki münasebetlerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zaruretinden doğduğu**, ancak hukuka uygunluğu yerine getirmenin de bir hukuk kuralı olduğuna göre sakat tasarrufların geri alınarak hukuka uygunluğu sağlamanın da bir zorunluluk olduğundan bahsedilmiş, aynı zamanda **toplumda istikrar ve güvenlik sağlamanın da hukukun amacı olduğu açıklanmıştır**. Bütün bu prensipler göz önüne alınarak istikrar prensibinin ağırlık kazanması sonucu dava açma süresi ve zaman aşımı müessesesi ortaya çıkmış bulunmaktadır, **iptal davası açmak için şahıslara belirli bir süre verilip bu sürenin geçmesi halinde**

6 Dan. İ. B. G. K., T.22.12.1973, E.1968/8, K.1973/14, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.



idari tasarruf sakat olsa dahi yapay bir sıhhat kazanır duruma girdiğine göre, yine sakat bir idari tasarrufun geri alınması için iptal davası açma süresine denk bir sürenin tanınması fikri Fransa'da gerek doktrinde gerek Fransız Danıştay'ında genellikle kabul edilmiştir.

Kurulumuzda yapılan konuşmalarda; istikrar, kanunilik ve kamu yararı kuralları yanında iyi niyet kuralı üzerinde de önemle durulmuştur, idarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı terfi veya intibak işlemine idare edilenin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa veyahut geri alınan idari tasarruf yok denilebilecek bir illetle malulse yahut bir terfi veya intibakta idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata mevcutsa ve idareyi haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye imkan yoktur. Binaenaleyh bu kararlara dayanılarak yapılan kanunsuz ödemeler için süre düşünülemez ve her zaman istirdat olunabilir."

Yargı organlarının idari istikrar ilkesine en sık başvurduğu uyuşmazlıkların, idari işlemin geri alınmasına ilişkin uyuşmazlıklar olduğunu söylemek yanlış bir tespit olmaz. Öyle ki, yargı organlarının kimi kararlarında idari istikrar ilkesi tanımlanmakta ve bu tanımlama, idari işlemin geri alınmasına ilişkin kriterler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Kararlarda idari istikrar ilkesinin, "yasaya aykırı olan bir işlemin üzerinden belli bir süre geçtikten sonra yarattığı hukuki sonuçların korunması prensibi" ya da "bireylerin kendileri arasındaki ya da idare ile ilişkilerinde güven ve süreklilik sağlamaya yönelik, hukuka aykırı tesis edilen idari işlemin uzunca süre sonunda geri alınmasını engelleyen bir genel idare hukuku ilkesi"⁸ olduğuna dair yapılan tanımlamalar, yukarıdaki saptamayı destekleyen örneklerdir.

Kanaatimizce idari istikrar ilkesinin bahsedilmesi gereken ilk özelliği, "fonksiyonelliğidir". Şöyle ki, sıklıkla başvurulmasından hareketle, idari işlemin geri alınmasına ilişkin uyuşmazlıklarda Danıştay, mevcut uyuşmazlığın şart ve koşullarına göre değişiklik gösteren değerlendirmelerini idari istikrar ilkesi ile açıklama yolunu izlemektedir. Genellikle kararlarında Yüksek Mahkeme, idari istikrar ilkesini somut uyuşmazlık bağlamında değerlendirmek suretiyle hükme varmakta ve fonksiyonellik özelliği gereği uyuşmazlık özelinde varmak istediği neticeye göre ilkeye anlam yüklemektedir. İdari istikrar ilkesinin fonksiyonellik özelliği, bazı kararlarında Yüksek Mahkeme tarafından

7 AYİM 1. D., T.27.11.2001, E.2001/581, K. 2001/1279, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

8 AYİM 1. D., T.22.12.2009, E.2009/710, K.2009/12, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.



da açıkça ortaya konulmaktadır⁹. Yine doktrinde idari istikrar ilkesi için, özellikle hukuka aykırı işlemlerin geri alınması halinde ve bu işlemler neticesinde doğmuş olan sonuçların korunması amacıyla “*icthadın geliştirdiği bir kavram*” nitelendirmesi yapılmaktadır¹⁰. Bahsi geçtiği üzere idari istikrar ilkesi, idare hukukuna ilişkin birçok kural ve kurum üzerinde etkiler göstermektedir. Çalışmanın bu kısmında, idari istikrar ilkesinin idari yargılama hukukuna önemli yansımaları incelemeye tabi tutulacaktır.

II. İDARİ İSTİKRAR İLKESİNİN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNA YANSIMALARI

A. İptal Davasının Ön Koşulu Olarak Menfaat İhlalinin İdari İstikrar Yönünden İncelenmesi

Türk İdari Yargılama Hukuku’nda hukuk devletinin gerçek manada hayata geçirilebilmesi adına idarenin yargısal denetiminin sağlanması başta iptal davaları ile mümkün olmaktadır. İptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarının saptanmasına, hukukun üstünlüğüne saygı duyulmasına ve neticede idarenin hukuka bağlılığının sağlanmasına çalışılmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalardır. Anılan hükümde yer aldığı üzere, idari yargılama hukukunda idarenin gerçekleştirdiği işleme karşı iptal davası açabilmek için işlemde dolayı ilgilinin menfaatinin etkilenmiş olması şarttır. Bir diğer deyişle, idari yargıda iptal davası açılabilmesi için, davacının medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmasının ötesinde, menfaatinin de ihlal edilmiş olması gerekmektedir¹¹. Söz konusu şart, davada taraf olma ehliyetinin bir koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır¹².

9 Dan. 5. D., T.24.11.1998, E.1998/1979, K.1998/2760, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası: “istikrar ilkesi, bu kararın (26.09.1952 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı) ışığı altında, olayın nitelik ve özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle idari yargıca uygulanana gelmiş (...)”**

10 OĞURLU Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.190.

11 YILDIRIM Turan / FİŞ ÜSTÜN Gül, **Açıklamalı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.24.

12 AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s.553. Ayrıca bkz. KAPLAN Gürsel, “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, **İÜHFİM**, C.LXIX, S.1-2, Y.2011, s.349-390, s.358 vd.



İlgili hükümden yola çıkarak, subjektif ehliyet şartı şeklinde ortaya konulan¹³, bir işleme karşı iptal davası açabilmenin ön koşulu olarak işlemle davacının menfaatinin ihlal edilmesi gerekliliğine doktrin¹⁴ ve yargı kararlarında¹⁵ çok kez dikkat çekilmektedir¹⁶.

Danıştay'ın süregelen içtihatlarında yer verildiği üzere¹⁷, iptal davasının menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı idare hukukunun genel esaslarındandır. İdari yargılama hukukunda iptal davası açabilme koşulu olan menfaati ihlali şartının getirilmesinin temel amacı, herkesin her idari işleme karşı iptal davası açmasını önüne geçmektir. Bir başka deyişle bu kanuya varmaya sebep olan ana etken, şayet idarenin işlemleri ilgisine bakılmaksızın herkes tarafından dava konusu edilebilecek olur ise, kamu düzeninin yanında idari işleyiş ve işlemlerde bulunması gereken süreklilik ile istikrarın zarar göreceği düşüncesidir.

En genel haliyle dava şartı olarak menfaat, davacının iptalini talep ettiği işlem ile arasındaki bağı, ilgiyi anlatmaktadır¹⁸. Buna göre menfaat, *“bir idari işlemin yargı yeri önüne götürülebilmesi için onunla davacı arasında varolduğu anlaşılan ve yeterli sayıldığı kabul edilen salt bir ilişki”* şeklinde

-
- 13 Doktrinde KARAHANOĞULLARI, *“subjektif ehliyet”* yerine, *“ilgi bağı”* kavramını kullanmaktadır. Bkz. KARAHANOĞULLARI Onur, *“Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”*, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.62, S.3, Y.2007, s.201-232, s.209.
- 14 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.553; AZRAK Ali Ülkü, *“İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”*, in *Onar Armağanı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1977, s.145-155, s.150.
- 15 **Dan. 8. D.**, T.22.01.2015, E.2014/1977, K.2015/59, **LegalBank Elektronik Hukuk Bankası**: *“İptal davalarının hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, iptal davasının subjektif ehliyet koşulunun menfaat ihlali olduğu, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen işlemlerin, ancak bu işlemlerle kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilgisi olanlar tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunludur. Başka bir anlatımla; kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı taraf ilişkisinin kurulmasında yeterli sayılmakta ve bu husus davanın niteliğine ve özelliğine göre belirlenmektedir.”*
- 16 **Dan. 2. D.**, T.13.02.2018, E.2016/7184, K.2018/714, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**: *“(…) yasa koyucu, iptal davaları için ‘menfaat ihlali’ni, subjektif ehliyet koşulu olarak getirmiştir.”* Ayrıca bkz. **Dan. 8. D.**, T.17.10.2001, E.1999/4307, K.2001/4463, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**.
- 17 **Dan. 6. D.**, T.23.09.1999, E.1998/4164, K.1999/4196, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**; **Dan. İ. D. D. G. K.**, T.26.11.2012, E.2011/1380, K.2012/2269, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.
- 18 KALABALIK Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.191. Ayrıca bkz. YÜCESOY Ayşe Aslı, *“İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme”*, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.23, S.38, Y.2018, s.173-203, s.178.

ifade edilmektedir¹⁹. Doktrin²⁰ ve yargı içtihatlarından²¹ yola çıkarak menfaatin, kişisel, meşru ve güncel olmak üzere üç boyutu ön plana çıkarılmaktadır. Buradan hareketle iptal davası açabilmek için davacının, dava konusu işlem neticesinde kişisel, meşru ve güncel bir menfaatinin ihlal edildiğini ortaya koyması gerekmektedir²². Söz edilen boyutlarıyla menfaat ilişkisinin varlığı ve sınırları, her somut olayda yargı yeri tarafından uyumsuzluğun niteliğine göre belirlenmektedir²³.

İptal davalarında menfaat ihlali şartı, idarenin hukuka bağlılığının sağlanması özelinde düşünüldüğünde, işlemlere açılacak davalarda menfaat ihlali şartının dahi aranmaması ya da oldukça geniş tutulması gerektiği akıllara gelebilirse de, böyle bir durumda idarenin oldukça geniş ölçekte dava tehdidi altında kalacağı ve neticede idari işleyişin olumsuz yönde etkileneceği düşünülmektedir²⁴. Ayrıca bir idari işleme karşı herkesin iptal davası açamaması kuralının, ciddiyetten uzak davalarla mahkemelerin iş yükü nedeniyle çalışamaz duruma getirilmemesi gibi pratik bir ihtiyaçtan kabul edildiği de doktrinde ortaya konulmaktadır²⁵. Dolayısıyla menfaat şartının varlığına dikkat çekilerek bu şartın dar yorumlanmasına dikkat çeken görüşün temel dayanak noktası, idari iş ve işlemlerdeki sürdürülebilirlik ile istikrarın gözetilmesi mecburiyettir.

19 ÖZAY İl Han, *Günüşiğinde Yönetim II – Yargısal Korunma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.152.

20 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.559-560; TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.796 vd.

21 **Dan. 2. D.**, T.14.03.2017, E.2017/462, K.2017/1972, **HukukTürk İctihat Bilgi Bankası**. Ayrıca bkz. **Dan. 11. D.**, T.24.05.2016, E.2016/1411, K.2016/2687, **HukukTürk İctihat Bilgi Bankası**; **Dan. 6. D.**, T.20.02.2013, E.2012/7618, K.2013/1028, **HukukTürk İctihat Bilgi Bankası**; **Dan. 6. D.**, T.04.05.2011, E.2009/6697, K.2011/1132, **HukukTürk İctihat Bilgi Bankası**.

22 Söz konusu tespiti karşılık doktrinde ALAN, “*menfaat ihlalini bu özellikleri ile de tam olarak açıklamanın mümkün olmadığını; aksine ‘kişisel’ veya ‘güncel’ olmak özelliklerinin, maksadı aşan yorumlar sonucu iptal davasının amacı ile bağdaşmayan sınırlamalara ve daraltmalara neden olma ihtimali olduğunu*” ifade etmektedir. Bkz. ALAN Nuri, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *Danıştay Dergisi*, S.50-51, Y.1983, s.22-50, s.31.

23 **Dan. 6. D.**, T.04.05.2011, E.2009/6697, K.2011/1132, **HukukTürk İctihat Bilgi Bankası**.

24 **AYM.**, T.21.09.1995, E.1995/2, K.1995/47, **AMKD**, C.II, s.421-422; YILDIRIM Turan, “*İdari Yargı*”, in YILDIRIM Turan / YASİN Melikşah / KAMAN Nur vd., *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2015, s.773; KALABALIK, s.191.

25 SEZGİNER Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s.49. Ayrıca bkz. ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 3. Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s.1781: “(...) bu şart, davada ciddiyeti temin etmek, alakasız kimselerin lüzumsuz müracaatlarla idari kaza mercilerini işgal etmelerine mani olmak için konulmuş şekli bir şarttır.”



Dava koşullarından birisi olarak dava açma ehliyeti (hakkı²⁶) ile idari istikrar arasındaki ilişki, kararlarında Danıştay tarafından da dile getirilmektedir. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının ön koşullarından birisi olarak nitelediği dava açma ehliyetini Yüksek Mahkeme, her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının idare ile işlemlerinde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçütler içinde menfaat ilişkisinin bulunması üzerinden açıklamaktadır²⁷.

Dava açma ehliyetinin dar yorumlanması gerekliliğine vurgu yaptığı bir başka kararında Yüksek Mahkeme, bu gerekliliği idari işlemlerde istikrarsızlığa neden olunmaması ve idarenin işleyişinin olumsuz etkilenmemesi amaçları ile temellendirmiştir. Bu tespitin ardından Yüksek Mahkeme, somut uyuşmazlık özelinde ÇED kararlarının iptali istemiyle yörede ikamet etmeyenlerin dava açma ehliyetine haiz olmasının bu konudaki idari işlemlerin ve bu işlemler üzerinde yatırım planlayanların sürekli olarak dava tehdidi ile karşı karşıya kalmaları sonucunu doğuracağını; bu durumun ise idari istikrar ilkesine aykırılık teşkil edeceğini içtihat etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre kişilere kendilerine etkisi bulunmayan ve dolayısıyla menfaatlerini ihlal etmeyen idari işlemlere karşı iptal davası açma hakkı vermek, idarenin işleyişini olumsuz etkileyecektir²⁸.

Mahkeme'nin bu görüşüne karşılık doktrinde YILDIRIM, şu hususları vurgulamaktadır²⁹: *“İdarenin dava tehdidi altında bulunması, açılan davalarla meşgul edilme(me)si gerekçeleriyle dava ehliyetini sınırlandırmamak gerekmektedir. Hukuka uygun işlemlere karşı dava açılması, idare bakımından asla tehdit oluşturmaz. Hukuka aykırı işlemlerin iptalinde ise kamu yararı olduğu açıktır. İdare, hukuka aykırı işlem yapma yetkisine sahip kılınmadığına göre, açılan davalar, idare bakımından hukuk devleti ilkesi doğrultusunda hareket edip etmediğini gösteren testlerdir. İdareyi bu testlerden korumak*

26 Dan. İ. B. K., T.02.07.2012, E.2009/1, K.2012/2, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası: *“Dava açabilmenin ön koşulunun dava açma hakkı olduğu (buna dava açma ehliyeti de diyebiliriz), usul hukukunun en önemli kuralıdır.”*

27 Dan. 8. D., T.15.04.2013, E.2012/11306, K.2013/3146, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Dan. 2. D., T.13.02.2018, E.2016/7184, K.2018/714, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Dan. 10. D., T.17.06.1997, E.1997/2038, K.1997/2464, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası.

28 Dan. 14. D., T.09.03.2017, E.2016/6879, K.2017/1443, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Dan. 14. D., T.27.12.2016, E.2016/5004, K.2016/7979, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası.

29 YILDIRIM, *“İdari Yargı”*, in YILDIRIM / YASİN / KAMAN vd., s.774.

yerine, başarılı olmaya zorlamak daha uygundur. Bu sebeple dava ehliyeti geniş yorumlanmalıdır.” Benzer şekilde konuya ilişkin ALTUNDİŞ, “hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir ülkede, hukuka aykırı olan idari işlemlerin ortadan kaldırılmayarak idari istikrarın sağlanması, ulaşılma(k) istenen bir hedef olmamalıdır” tespitini yapmaktadır³⁰.

Anılan yaklaşım uyarınca, iptal davalarına ilişkin hak ihlali yerine menfaat ihlalinin yeterli görülmesi, iptal davasının alanının genişletilmesi suretiyle idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlama amacı gütmektedir. Buradan hareketle menfaat şartının geniş yorumlanması, hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla yerleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır³¹. Hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez koşullarından birisinin de idari işlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması olduğu düşünüldüğünde, hukuka aykırı işlemlerin iptali talebiyle yargı mercilerine başvurmak, bu amacı taşıyan herkesin hakkı olmalıdır³².

Bir başka tespit olarak menfaat şartının geniş yorumlanmasının, idarenin yargısal yolla denetimini de etkin ve etkili bir hale getireceği; aksi durumun ise, idarenin işlemlerine ilişkin denetleme dışı durumları çoğaltacağı ifade edilmektedir³³. Esas itibarıyla menfaat şartını geniş yorumlama eğiliminde olan Danıştay³⁴, özellikle iptal davalarının idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi neticesinde hukukun üstünlüğünün sağlanması, böylece idarenin hukuka bağlılığının belirlenerek hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesi amacına hizmet etmesi hasebiyle bu davalarda menfaat ilişkisinin dar yorumlanmaması gerektiğini içtihat etmektedir³⁵. Yüksek Mahkeme’ye göre menfaat ihlali koşulunun değerlendirilmesinde, hukuk devleti ilkesi temeline dayanan idari yargı işlevinin göz ardı edilmemesi gerekir. Amaç idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetiminin yapılarak hukukun üstünlüğünün sağlanması olduğuna göre, menfaat kavramının dar değil geniş yorumlanması gerekir³⁶.

30 ALTUNDİŞ Mehmet, “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.69, Y.2007, s.339-376, s.357, dip.40.

31 ÖZAY İl Han, “Kendine Özgü Bir Hukuk Devleti”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.115-137, s.122.

32 YILDIRIM, “İdari Yargı”, in YILDIRIM / YASİN / KAMAN vd., s.773.

33 ÖZAY, s.152.

34 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.137; KALABALIK, s.191.

35 Dan. İ. D. D. G. K., T.13.06.1997, E.1997/195, K.1997/400, *HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası*.

36 Dan. 8. D., T.22.01.2015, E.2014/1977, K.2015/59, *LegalBank Elektronik Hukuk Bankası*. Ayrıca bkz. Dan. 10. D., T.09.06.1998, E.1997/2003, K.1998/2445, *HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası*.



En başta toplumun menfaatini zedelediği düşünülen işlemlere yönelik Yüksek Mahkeme³⁷, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı düşerek kamu yararını ihlal eden işlemlerin hukuk aleminden silinmesini sağlamak için, bu işlemlere karşı bireylerin dava açma hakkının geniş yorumlanması gerektiğini düşünmektedir³⁸. Örnek olarak benzer saptamalara yer verdiği bir kararında Yüksek Mahkeme, Nükleer Güç Santrallerinin çevreye olan etkisinin sadece projenin yapılacağı bölgeyle sınırlı olmayıp, başka nitelikteki projelere göre daha geniş bir alanı kapsamaması nedeniyle, nükleer santrallere özgü olmak üzere, ülkede yaşayan bir vatandaş olarak herkesin, davaya konu işlemle menfaat ilgisinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir³⁹.

B. İdari İstikrarı Sağlama Amacı Taşıyan Bir Kurum Olarak Dava Açma Süresi

Genel olarak idari dava açma süresi⁴⁰, bir hakkın yargı yerleri önünde ileri sürülebilmesinin zaman yönünden kısıtlanmasıdır⁴¹. Buna göre ortaya konulan iddianın idari yargı yerlerince dikkate alınabilmesinin öncelikli koşulu, bu iddianın önceden belirlenmiş zaman dilimi içerisinde ileri sürülmesidir. Aksi halde idari yargılama hukukunda dava açma sürelerinin geçmesi, yargı yerleri tarafından davanın reddedilmesine ve dolayısıyla davanın dinlenilmemesine sebebiyet vermektedir.

İdari istikrar ilkesinin idari yargıdaki etkilerine ilişkin en çarpıcı sonucun dava açma süresi bahsinde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Öyle ki idari davalarda dava açma süresini Danıştay, idari istikrarın sağlanması adına kamu düzeninin bir gereği olarak öngörülen

37 Dan. 8. D., T.17.10.2001, E.1999/4307, K.2001/4463, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

38 Yine de konuya ilişkin Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararında yer alan karşı oy yazısında şu tespitler yapılmaktadır: "İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının görülebilebilmesinin ön koşullarından birisi olan 'dava açma ehliyeti', her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının, idare ile işlemlerinde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçütler içinde menfaat ilgisinin varlığını ifade etmektedir. Aksi durumun kabulü, toplum yararına olduğu düşünülen her konuyu tüm gerçek ve tüzel kişilerin dava konusu yapabilmesi ihtimalini beraberinde getirir ki, bu durumun dava açma ehliyetine ilişkin yasal düzenlemenin amacına aykırı olacağı açıktır." Bkz. Dan. 13. D., T.21.12.2017, E.2011/1039, K.2017/4119, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

39 Dan. İ. D. D. K., T.05.10.2015, E.2015/3251, K.2015/3205, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

40 DURAN Lütfi, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdari Müruru Müddet)", İÜHFİM, C.11, S.1-2, Y.1945, s.238-263, s.240: "İdari müruru müddet, idari davaların muteber surette ikame edilebileceği kanunen muayyen ve mahdut olan zamandır."

41 KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süresi, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.18, ("Dava Açma Süresi").

bir usul kuralı⁴² ya da kamu düzeninden sayılan ve idari istikrarı sağlama amacı taşıyan kurum⁴³ olarak tanımlamaktadır. Doktrinde de, idari yargıda dava açma süresinin başta gelen varlık sebepleri arasında idari istikrarın yer aldığı dile getirilmekte⁴⁴; dava açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılmasının başlıca nedeninin hukuki ilişkilerde belirlilik ve kararlılık sağlanması olduğu söylenmektedir⁴⁵. Bu noktada idarenin gerçekleştirdiği işlemlerin yargı yerlerince iptal edilerek ortadan kaldırılması tehlikesinin bir an önce bertaraf edilmek suretiyle işlemlerin kalıcılığını sağlamak için dava açma hakkının belli –ve nispeten kısa⁴⁶– bir süre ile sınırlandırılması, en başta idari istikrar ilkesini gündeme getirmektedir. Zira bu sınırlama ile idari işlemler, kendilerine uzun süre dava açılma tehlikesinden kurtarılarak idari iş ve işleyişte istikrar tesis edilecektir. Neticede idari yargıda hak düşürücü nitelikte kabul edilen⁴⁷ dava açma süresi, idari eylem ve işlemlerin süratle istikrarını sağlamak için kamu yararı amacıyla öngörölmüş ve kanunlarda yer almıştır⁴⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere doktrine, idari yargıda dava açma sürelerinin öngörölmesinin nedenlerinin başında idari işleyişte istikrarın sağlanmasının geldiği görüşü hakimdir. Örneğin ONAR, konuya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmaktadır⁴⁹: “İdari işlem ve eylemlerin uzun bir süre uyumsuzluk doğurması ve bir davaya konu olması ihtimali, kamu hizmetinin işlenmesi ve idarenin faaliyetleri bakımından bir huzursuzluk meydana getirebilir

42 Dan. 17. D., T.01.07.2015, E.2015/9490, K.2015/3116, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Dan. 17. D., T.24.03.2015, E.2015/9249, K.2015/841, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

43 Dan. 13. D., T.11.01.2011, E.2009/5923, K.2011/15, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Dan. 8. D., T.30.03.2000, E.1999/3912, K.2000/2438, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 5. D., T.31.10.1991, E.1991/3773, K.1991/2004, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. İ. D. D. K., T.05.07.1996, E.1995/242, K.1996/405, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. İ. D. D. K., T.07.05.1993, E.1993/48, K.1993/171, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

44 DURAN, s.258; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, Amme İdaresi Dergisi, C.2, S.4, Aralık 1969, s.3; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.694; KALABALIK, s.309.

45 KAPLAN, *Dava Açma Süresi*, s.30; TAN, s.1018.

46 KAPLAN, *Dava Açma Süresi*, s.30; DURAN, s.239.

47 Dan. V. D. D. K., T.17.06.2015, E.2015/408, K.2015/323, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası: “(...) idari yargıda, kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilerek re’sen araştırılan dava açma süresi, Danıştay içtihatlarına göre de ‘hak düşürücü süre’ niteliğindedir.” Dan. 3. D., T.18.11.2015, E.2015/11248, K.2015/8282, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası: “İdari yargılamada dava açma ve kanun yollarına başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmesi bile davanın her aşamasında ilgili yargı mercii tarafından re’sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumlar ancak yasal bir düzenlemeyle yapılabilir.”

48 Dan. 11. D., T.11.03.1999, E.1999/1134, K.1999/1020, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Dan. 4. D., T.20.06.1996, E.1995/6183, K.1996/2698, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

49 ONAR, s.1960.



ve idari faaliyetleri sekteye uğratabilir. Bunu önlemek için idare hukukunda bir uyumsuzluğun yargı merciiine getirilmesi ve dava açılması için belli bir süre tayin edilmiş ve idari davanın bu sürenin sonuncu gününe kadar açılması şart koşulmuştur.”

Bu hususta bir başka görüş olarak DURAN ise, “(...) idari muamelat ve icraat kazai kontrolün daimi tehdit ve tehlikesine maruz bulunduğu takdirde; amme hizmetlerinin istikrar ve istimrarı ihlal edildikten başka, cemiyet hayatında anormal olan ihtilafli vaziyetlerin de sonu(nun) alınama(yacağı); amme hukuku tasarruflarının uzun zaman şüphe ve tereddüt içinde kalmasının, idari faaliyetlerin icap ettirdikleri sürat ve intizamla ifasına mani ol(acağı); amme hizmetlerinin devam ve selameti namına, işlemlerine vasıta olan idari tasarrufların kısa bir müddet zarfında kat’iyet iktisap etmesi lazım (geldiği); böylece idare hukukunda, hususi hukuktaki müruru zamana tekabül etmek üzere, idari müruru müddet denilen bir müessesese(nin) ortaya çık(tığı)” tespitlerini yapmaktadır⁵⁰.

Bu noktada yargı kararlarına yönelik de bir inceleme yapmak gerekirse, öncelikle konuya yaklaşımını görebilmek adına Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına burada yer vermek isabetli olacaktır. Aşağıda bir bölümünü aktaracağımız kararında Anayasa Mahkemesi, dava açma süresi ile idari istikrar arasındaki ilişkiye yönelik şu açıklamaları yapmaktadır⁵¹: “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda, idari yargının temel özellikleri doğrultusunda, dava dilekçelerinde yer alacak konular belirlenmiş, dava açma süresi kamu düzeninden görülerek kesin kurallara bağlanmış, tebligat ve cevap verme evresini oluşturan dilekçe ile savunmaların sayısı ve süresi sınırlandırılmış, bu sürelerin geçmesinden sonra verilecek savunma veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edilemeyeceği açıklanmıştır. İdari yargılamanın, davanın açılışı ve istemlerin sergilenişi konusundaki özelliklerini yansıtan bu kuralların, idarenin sürekli dava tehdidi altında kalmaması, uyumsuzlukların mümkün olan süratle sonuçlandırılması, idarenin faaliyetlerindeki etkililiğin ve istikrarın sürmesi, davalar nedeniyle yönetimlerce savunmalar hazırlanması ve gerekli idari önlemlerin alınması gibi neden ve olgulara dayandığı anlaşılmaktadır.

Doktrinde ve yargı kararlarında, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin

⁵⁰ DURAN, s.238-239.

⁵¹ **AYM.**, T.14.07.2016, E.20016/37, K.2016/135, **RG.** T.23.09.2016, S.29836. Ayrıca bkz. **AYM.**, T.14.07.2016, E.20016/29, K.2016/134, **RG.** T.23.09.2016, S.29836; **AYM.**, T.04.02.2010, E.2006/23, K.2010/27, **RG.** T.02.12.2010, S.27773.



işleyişini aksatacağı ve idarede bulunması gereken istikrarı bozacağı ifade edilerek, idari dava açma sürelerinin, kamu hizmetlerinin özellikleri ile ülkelerin sahip oldukları teknolojik yapıları gibi özel koşullara bağlı olarak belirlenebileceği kabul edilmektedir.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, idari yargıda dava açma süresinin öngörülmesinin temelini, idarenin sürekli dava tehdidi altında kalmasının önlenmesinde bulmaktadır. Zira uyuşmazlıkların mümkün olduğunca hızlı şekilde ortadan kaldırılması, öncelikle idarenin faaliyetlerindeki etkinlik ve istikrarın sürmesini sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin yanı sıra Danıştay'a göre de, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, idari işlemlerde istikrarın sağlanması ile kamu hizmetinin düzenli ve verimli bir şekilde işlemesi amacıyla idari yargı yerlerine kanunla belirlenen bir başvuru süresi konulmuştur. Bu anlamda idari dava açma süresi, idareyi sürekli dava tehdidinden koruyan, idari işlemlerin hukuki sonuçlarının aydınlığa kavuşmasını sağlayan ve kamu düzenini koruyan bir müessesedir⁵².

Yine bir başka kararında dava açma süresi ile korunanın idari istikrar ve kamu düzeni olduğunu belirten Danıştay, idari işlemlerin tesis edildikleri andan itibaren yürürlük kuvvetini ve doğruluk karinesini haiz olduğu tespitini yaparak, bu hususun idarenin tek taraflı kararlarına kişinin uyma zorunluluğu sonucunu doğurduğunu söylemektedir. Buna göre, idari istikrar ilkesinin doğal sonucu olarak idari işlemlerde bir düzen üzerinde devamlılığın esas olmasından hareketle, kamu düzeninin bozulmaması için ilkeye verilen önem üzerine ilgili kanun hükümleri ile dava açma süresi sınırlandırılmıştır⁵³.

C. İptal Davaları İçin Taşıdığı Önem Bakımından Yürütmenin Durdurulmasının İdari İstikrar İle İlişkisi

Türk İdare Hukuku'nda idari işlemler, tesis edildikleri andan itibaren icrai niteliktedir. Ayrıca idari işlemler, tesis edildikleri andan itibaren hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. İlgili işlemler, muhataplarına tebliğ edilmeleri ile uygulanabilir hale gelerek hukuk âleminde yeni durumlar ortaya çıkarır. Neticede kendilerine tanınan ayrıcalıklar olarak icrailik ve hukuka uygunluk karinesi sayesinde idari işlemler,

52 Dan. 8. D., T.25.12.1997, E.1997/1117, K.1997/4215, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Dan. 2. D., T.17.12.2004, E.2004/2513, K.2004/1601, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. V. D. D. K., T.26.03.2010, E.2009/549, K.2010/149, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. V. D. D. K., T.26.01.2001, E.2000/272, K.2001/42, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

53 Dan. 9. D., T.09.06.2016, E.2016/15550, K.2016/5897, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.



kendilerinin hukuka uygunlukları yönünde bir tescil ya da teyide gerek kalmaksızın hüküm ve sonuçlar doğururlar.

Kural olarak bir idari işleme karşı iptal davası açılması, o işlemin icra edilmesine engel teşkil etmez. Bir başka deyişle dava konusu edilmiş bir idari işlem, hukuka uygunluk karinesini de muhafaza ederek hüküm ve sonuçlar doğurmaya devam eder. Buna karşılık, idari işlemlerin olumsuz sonuçlarına karşı bireyleri korumak adına yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması müessesesi kabul edilmiştir⁵⁴.

Önemine binaen doktrinde yürütmenin durdurulması, “çoğu kez demokratik ‘Hukuk Devleti’nin temelini oluşturan idari yargıdaki iptal davalarına asıl anlamını veren kurum” şeklinde nitelendirilmektedir⁵⁵. Buna göre yürütmenin durdurulması, açılan bir davada verilmesi muhtemel bir iptal kararına “asıl anlamını kazandıracak”; aksi takdirde yargısal korunma, “eksik ve etkisiz” kalabilecektir⁵⁶. Gerçekten de iptal davaları için büyük anlam ifade eden bir kurum olarak yürütmenin durdurulması, anılan davalarda idari işlemlerin olumsuz sonuçlarına karşı davacıların haklarını koruma amacıyla varlık kazanmıştır⁵⁷. Yürütmenin durdurulması neticesinde işlem yürürlükten kaldırılmamakta; yalnızca işlemin icrası durdurulmakta / askıya alınmaktadır. Bu noktada yürütmenin durdurulması kararı, dava sonunda verilecek kararın geriye yürür şekilde uygulanmasını henüz davanın başında teminat altına alma gibi anlamlı bir işlev görmektedir⁵⁸.

Yürütmenin durdurulması, ilgili kanun hükümlerinin yanında en başta anayasal bir temele haizdir⁵⁹. 1982 Anayasası’nın 125. maddesi uyarınca, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız

54 KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2019, s.445, (“İdari Yargılama”); TAN, s.1073.

55 ÖZAY, s.281.

56 ÖZAY, s.281.

57 SARICA Rağıp, “Tehir-i İcra”, **Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No.24-113, 1966, s.26-30, s.29-30: “(...) tehir-i icra, her şeyden önce davacıyı koruyan bir müessesedir. Fakat, bunun yanında ‘kamu yararı’nın, ‘kamu düzeni’nin, hatta ‘Hukuk düzeni’nin de, aynı zamanda, korunmuş olduğu muhakkaktır.”

58 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.932; KALABALIK, s.359-360; YILDIRIM, “İdari Yargı”, in YILDIRIM / YASİN / KAMAN vd., s.819 vd.

59 ÖZAY, s.245: “(Yürütmenin durdurulması), Türk Kamu Hukuku yönünden üzerinde çok tartışılmış, önemli bunalımlara neden olmuş ve bu yüzden Anayasaya bile konulma gereği duyulmuş(tur).” Ayrıca bkz. ASLAN Zehreddin, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, 2. Basım, İstanbul, Alfa Yayınları, 2001, s.44; EROĞLU DÜRKAL Müzeyyen, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.65, S.2, Y.2016, s.279-313, s.288.

zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

Bunun yanında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre, Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.

İlgili hükümler uyarınca, idari işleme yönelik yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi belli koşullara bağlanmıştır. Buna göre, bir idari işlemin yürütmesinin durdurulması için, iki şart olan açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması halinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere, idari yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması kararının ancak iki şartın birlikte gerçekleşmesi halinde verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece düzenleme ile birlikte yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi sıkı kurallara bağlanmıştır.

Bu noktada idari işlemlerin yürürlükte olması genel kural; yürütmelerinin durdurulmasının ancak belirli hallerde ortaya çıkan istisna hali olması, konuyu idari istikrar bağlamında tartışmaya açmayı gerektirmektedir. Gerçekten de idari istikrarın tesisi ve sürdürülmesi, başta idarenin iradesini dış dünyaya yansıttığı işlemlerinin sürekliliği ve devamlılığı ile birlikte değerlendirilecektir. Neticede yürütmenin durdurulması halinin istisna teşkil ederek idari işlemlerin yürürlükte kalmalarının kural olarak kabul görmesinin başlıca nedenleri arasında idari işleyişin istikrarlı şekilde sürmesine verilen önem gösterilebilir.

Yürütmenin durdurulması halinin istisna teşkil etmesi ile idari istikrar arasındaki ilişki, doktrin ve yargı kararlarında da ifade edilmektedir. Söz konusu ilişki hakkında KIRATLI, doktrinde dile getirilen şu hususları paylaşmaktadır⁶⁰: *“Bilindiği gibi, İdare kamu ihtiyaçlarını gidermekle*

60 KIRATLI Metin, “Yürütmenin Durdurulması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.21, S.4, Y.1966, s.173-196, s.175-176.



yükümlüdür. İdarenin faaliyetlerinde kamu yararı amacı hakimdir. Kamu yararının kişi yararına üstünlüğü tartışma bile götürmez. Kişilerin her dava açması üzerine idari işlemin yürütülmesi otomatikman duracak olursa, o zaman idare felce uğrar, çalışamaz hale gelir. Hele kişiler bu hakkı kötüye kullanırlarsa –ki pek muhtemeldir– bu sakınca daha da artar. Oysa, İdarenin süratli, düzenli ve istikrarlı çalışması gerekir. Yerli yersiz, haklı haksız her dava üzerine idari faaliyetin felce uğraması kamu yararına aykırıdır.”

Yine doktrinde, bireylerin açtıkları davalarda idari işlemlerin yürürlüğünün kendiliğinden durma yolunun benimsenmesi halinde, idarenin işleyişinin güçleşebileceği; hatta kimi durumlarda imkansız hale gelebileceği tehlikesine dikkat çekilmekte olup, idari işleyişin sürekliliği ve istikrarı adına idari yargı yerlerine gerekli gördükleri durumlarda bu yola başvurma yetkisi tanınmanın yerinde olduğuna vurgu yapılmaktadır⁶¹.

İdari işlemlerin icrailik ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma nitelikleri, idari istikrar ile doğrudan ilişkilidir. İdari işlemin icrailik ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma niteliklerinin idari istikrarın oluşmasını sağladığı ise, Danıştay kararlarında yapılan bir tespit olarak ön plana çıkmaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre idare hukuku ilkesi olarak idari işlemler, tesis edildikleri andan itibaren yürürlük kuvvetini ve doğruluk karinesini haizdirler. Bu husus idarenin tek taraflı kararlarına kişinin uyma zorunluluğunu doğurur. Bu ilkenin doğal sonucu olarak idari işlemlerde devamlılık ve istikrar esastır⁶².

Yürütmenin durdurulması ile idari istikrar arasındaki ilişkiye yönelik bir diğer tespit ise, bizzat yürütmenin durdurulması kurumunun, idari istikrarın sağlanmasına vesile olduğu kanısıdır. Buna göre yürütmenin durdurulması kararları, idareye işlemini yeniden gözden geçirme ve düzeltme imkanı sunarak, ileride telafisi güç veya imkansız zarar ya da durumların meydana gelmesine engel olmakta; idareyi olası yüklü tazmin sorumluluklarından ve belli bir süre mevcut haksız işlemi yürütmekten dolayı muhatap olacağı şikayetlerden kurtarmakta; en önemlisi, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumanın yanında kamu yararı ile idarede istikrarın tesis edilmesine büyük faydalar sağlamaktadır⁶³. Aksi durumda yargı yerlerince iptal kararları verilinceye

61 TAN, s.1073.

62 Dan. 9. D., T.09.06.2016, E.2016/15550, K.2016/5897, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**. Ayrıca bkz. Dan. İ. D. D. K., T.13.11.1998, E.1996/509, K.1998/562, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**; Dan. 3. D., T.28.05.1981, E.1981/83, K.1981/100, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**.

63 ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.395;



kadar bu işlemler hukuka aykırı nitelikleriyle haksızlık oluşturmayı sürdürecektir. İşte gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olan bu duruma karşılık yürütmenin durdurulması kurumu, birey ile kamunun yararının sağlanması işlevini yerine getirecek özne olacaktır.

Yukarıda yer verilen tespitler ışığında Anayasa Mahkemesi, yürütmenin durdurulmasına ilişkin şu değerlendirmeleri yapmaktadır⁶⁴: “(...) kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkansız veya zor olan durumları önlemek, idarenin hem olası bir tazmin yükünden kurtarılması hem de hukuk sınırları içinde kalması sağlanarak hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını temin etmek amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür. Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.”

Anayasa Mahkemesi'nin yanı sıra Danıştay, yürütmenin durdurulması kararlarının amacının istikrarın sağlanması olduğunu söyleyerek bu kararların, iptali istenen idari işlemin yargı süzgecinden geçirilmesi sonucu işlemin hukuka aykırılığını tespit eden kararlar olduğunu vurgulamaktadır. Yürütmenin durdurulmasından amaç, kamu düzeninin ve giderek hukuk düzeninin korunmasıdır. Yürütmenin durdurulması kararları ile ileride giderilebilmesi veya düzeltilmesi zor, kaşık durumlar önlenir; yönetimde düzen ve istikrar sağlanır⁶⁵.

Yüksek Mahkeme'ye göre yürütmenin durdurulması, iptal davalarına sıkı sıkıya bağlı ve idarenin denetimini etkileyen bir hukuk müessesesidir. Öyle ki idari yargıda yürütmenin durdurulması müessesesi, idare hukukuna özgü ve iptal davalarının temelini teşkil eden ve ondan ayrılması mümkün olmayan bir parçası, bir unsurudur. İptal davalarından ayrılması mümkün olmayan bu müessese, idarece

AZGUR Fuat, **Gereççeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1965, s.138; GERÇEK Adnan, “Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Vergileme İşlemleri Üzerindeki Etki ve Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, S.41, Y.2002, s.117-138, s.119-120.

64 **AYM.**, T.02.10.2014, E.2014/149, K.2014/151, **RG.** T.01.01.2015, S.29223. Ayrıca bkz. **AYM.**, T.27.02.2014, E.2012/87, K.2014/41, **RG.** T.26.07.2014, S.29072; **AYM.**, T.03.06.2010, E.2008/77, K.2010/77, **RG.** T.30.10.2010, S.27744.

65 **Dan. 5. D.**, T.17.04.2006, E.2006/1462, K.2006/2095, **HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası**.



tesis edilen işlemin kendiliğinden yürürlük kazanacağı ve aksi yönde karar verilmedikçe icrasının durmayacağı kuralının karşıtı ve dengesini teşkil eder. Devlet hayatında asıl amaç kişinin mutluluğu olduğuna göre, idare olunanların yararına, idareye tanınmış ezici kudrete ve onun kötüye kullanılması ihtimaline karşı bazı tedbirlerin düşünülmesi zorunlu hale gelmiş, bunun için de idari yargıda yürütmeyi durdurma müessesesi ortaya çıkmıştır⁶⁶.

İlgili kararında Yüksek Mahkeme, yürütmenin durdurulmasının yöneldiği iki amacı da zikretmektedir. Bu cümleden olarak yürütmenin durdurulması kararı, bir yandan daha başlangıçta kanuna aykırılığı nedeniyle telafisi güç ve imkansız zararların ortaya çıkmasına sebep olacağı görülen bir işlemde dolayı onun iptaline karar verilmeye kadar haksız işlemin varlığını askıya alarak bireyin mağduriyetinin önüne geçilmesini temin edecek; diğer yandan idareyi koruyarak idarenin geriye yürüyen iptal kararı dolayısıyla içinden çıkılmaz, infazı güç veya mümkün olmaz hallere düşmesini, Devletin büyük zararlara maruz kalmasını ve ayrıca iptal kararı verilmeye kadar geçecek süre içinde ve belki yıllarca haksız işlemi yürütmüş bir idarenin halkın şikayetine ve ithamına maruz kalmasını önleyecektir. Böylelikle idareye işlemini yeniden gözden geçirme ve gerekirse düzeltme imkanı verilmek suretiyle idari faaliyetlere hakim olması beklenen hukukilik, sürat ve istikrar ideali hayata geçirilebilecektir.

SONUÇ

Hukukun üstünlüğüne dayalı bir hukuk sisteminde hukukun genel ilkeleri, toplumun birlik ve düzen içerisinde yaşama isteğinin ürünü olarak bizzat toplum tarafından kabul gören, genellikle yargı organları tarafından ortaya konulan, somut durumlara uygulanabilme özelliğine sahip olmakla birlikte hali hazırda genel ve soyut referans normlardır. Hukukun her alanını etkileyen hukukun genel ilkeleri, idare hukukuna da anlamlı katkılar vermektedir. İdare hukukunda uyuşmazlıkların çözümü noktasında kendisine sıklıkla başvuru alan ilkelere birisi de idari istikrar ilkesidir. İdari istikrar ilkesi, mevcut hukuki durumların korunarak sürdürülmesinin yanında, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzen içerisinde yürütülmesi noktasında da kendini gösteren temel ilkelere biridir.

⁶⁶ Dan. G. K., T.28.12.1978, E.1978/80, K.1978/76, DD., S.34-35, Y.1979, s.214'ten aktaran AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.933-934.

Çalışma özelinde yapılacak ilk tespit olarak, hukuka bağlı bir devlette dava açma ehliyetini, hukuka aykırı dahi olsa işlemlerin varlıklarının sürmesini sağlayarak idari istikrarın tesis edilmesinde gördüğü işlev ile anlatmaktan ziyade; söz konusu ehliyet şartını belki idari yargı yerlerinin iş yükünün öngörülemeyecek şekilde artmasını önlemede göreceği işlev bağlamında düşünmek, kanaatimizce daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bu noktada bir idari işlemde dolayı menfaati ihlal edilmemiş olanların iptal davası açabilmesi mümkün olmamakla birlikte, iptal davası açılabilmesi için iptali istenen idari işlem ile davacının bir menfaat ilişkisinin bulunmasının yeterli sayılması, makul bir çözüm olarak görülmektedir.

Bir başka başlık olan dava açma süresine ilişkin şu değerlendirmeler yapılabilir: İdarenin işlem ve eylemlerinin sürekli yargı denetimine tabi tutulması, kamu düzeninin yanında idari istikrarın sağlanmasını da olumsuz yönde etkileyecek ve hukuksal ilişkilerin sürüncemede kalmasına sebebiyet verecektir. Süreklilik arz eden bir yargısal denetim, kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve etkin şekilde yerine getirilmesine engel olacaktır. Ancak bu noktada, hukuka bağlı devlet (idare) ideali ışığında dava açma sürelerinin her durumda katı biçimde uygulanmaması, tartışmalı hususlarda mahkemeye erişim hakkı ile hak arama özgürlüğüne yönelik düşünce geliştirilmesi, başvuru sürecine ilişkin açık ve anlaşılır olmayan prosedürler oluşturulmaması ve başvuru süresinin sağlıklı bir başvuruyu engelleyecek kadar kısa tutulmaması, dava açma süresine yönelik yapılan incelemelerde dikkate alınması gereken hususlar olarak özellikle ifade edilmelidir.

Yukarıda savunulan anlayış çerçevesinde dava açma sürelerinin tespiti, bireylerin hakları ile idarenin işlemleri arasında bir denge kurulmasına önemli katkılar sunacaktır. Dava açma süreleri ile şekillenen mahkemelere erişim hakkı, doğaldır ki hak arama hürriyeti bağlamında değerlendirilebileceği gibi bu süreler, adil yargılanma hakkı ile de doğrudan ilişkilidir. Yargı mercilerine başvurulmasına ilişkin süreler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemlerin iptali konusunun sürüncemede bırakılmaması ve idari istikrar ilkelerinin yanı sıra, mahkemeye erişim hakkı da dikkate alınarak belirlenmelidir. Dolayısıyla bu sürelerin belirlenmesinde adil bir dengenin kurulması zorunluluk arz etmektedir.

Yürütmenin durdurulması ile idari istikrar arasındaki ilişkiye yönelik ise öncelikle, bireylerin idari işlemlere karşı dava açmaları ile birlikte idari işlemlerin yürürlüğünün kendiliğinden durması yolunun



seçilmesinin, idarenin işleyişini güçleştireceği gibi, kimi durumlarda idareyi çalışamaz hale dahi getirebileceği söylenmelidir. Bahsedilen tehlikeye karşılık, açılan dava neticesinde işlemin yürürlüğünün durdurulup durdurulmayacağına takdirinin yargı yerlerine bırakılması yerinde bir tercih olarak gözükmektedir. Bilinmelidir ki, yargısal denetim ile idari mercilerin hukuka aykırı ve keyfi uygulamalarına karşı idare edilenler korunmalı ancak idari işleyiş ile kamu hizmetlerinin istikrarlı şekilde sürdürülmesinde de devamlılık temin edilmelidir.

İfade edildiği üzere, her ne kadar idarenin gerçekleştirdiği işlemlere icrailik ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma niteliklerinin verilmesi pratik ihtiyaçlardan kaynaklanmış olsa da; kamu yararı ile birey yararı arasında idari istikrar, kamu düzeni ve hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde bir denge sağlanıp, bu denge korunmalıdır. Dolayısıyla bu yolda varılmak istenen nihai hedef, kamu hizmetlerini yürütmekle görevli idarenin hukuk içinde kalarak faaliyetlerini sağlıklı şekilde yürütmesine imkan vermek; bu faaliyetler yürütülürken bireylerin haklarının ihlal edilmemesine özen göstermek olmalıdır.



KAYNAKLAR

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.

ALAN Nuri, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, S.50-51, Y.1983, s.22-50.

ALTUNDİŞ Mehmet, “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.69, Y.2007, s.339-376.

ASLAN Zehreddin, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, 2. Basım, İstanbul, Alfa Yayınları, 2001.

AZGUR Fuat, **Gerekçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1965.

AZRAK Ali Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, in **Onar Armağanı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1977.

BEREKET Zuhal, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

DURAN Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdari Müruru Müddet)”, **İÜHFİM**, C.11, S.1-2, Y.1945, s.238-263.

ERKUT Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996.

EROĞLU DURKAL Müzeyyen, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.65, S.2, Y.2016, s.279-313.

GERÇEK Adnan, “Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Vergileme İşlemleri Üzerindeki Etki ve Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, S.41, Y.2002, s.117-138.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.2, S.4, Aralık 1969.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

KAPLAN Gürsel, “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, **İÜHFİM**, C.LXIX, S.1-2, Y.2011, s.349-390.



KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süresi**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, ("*Dava Açma Süresi*").

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2019, ("*İdari Yargılama*").

KARAHANOĞULLARI Onur, "Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C.62, S.3, Y.2007, s.201-232.

KIRATLI Metin, "Yürütmenin Durdurulması", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C.21, S.4, Y.1966, s.173-196.

OĞURLU Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, 3. Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

ÖZAY İl Han, **Günüşiğinde Yönetim II – Yargısal Korunma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

ÖZAY İl Han, "Kendine Özgü Bir Hukuk Devleti", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.115-137.

SARICA Ragıp, "Tehir-i İcra", **Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No.24-113, 1966, s.26-30.

SEZGİNER Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

YILDIRIM Turan / FİŞ ÜSTÜN Gül, **Açıklamalı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

YILDIRIM Turan / YASİN Melikşah / KAMAN Nur vd., **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2015.

YÜCESOY Ayşe Aslı, "İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.23, S.38, Y.2018, s.173-203.