

TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2021 Haziran Cilt: 2 Sayı: 1



İmtiyaz Sahibi Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Editör
Dr.Öğr.Üyesi Gülşah Sinem AYDIN
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editörler
Baş Editör
Dr.Öğr.Üyesi Fatih SERBEST
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör
Dr.Öğr.Üyesi Gülçin ÇAM
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör Yardımcısı Ar. Gör. Oğuz ERSÖZ

Teknik Asistan Abdurrahman ÖZDEMİR

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Seda Şehriban GÜNGÖR (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (T.C. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil AKKANAT (T.C. Türk-Alman Üniversitesi / İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil KALABALIK (T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Prof. Dr. Arslan KAYA (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (T.C. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (T.C. İbn Haldun Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (T.C. Türk-Alman Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (T.C. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (T.C. Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (T.C. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)
Prof. Dr. Naim DEMİREL (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa ERKAN (T.C. Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. Erdal YERDELEN (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Doç. Dr. Canan YILMAZ (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Hakan ÇEBİ (T.C. Kocaeli Üniversitesi)
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (T.C. Bahçeşehir Üniversitesi)
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR (T.C. Piri Reis Üniversitesi)
Doç. Dr. Mustafa YASAN (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Doç. Dr. Selman KARAKUL (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Gülşen GEDİK (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK (T.C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi)
Doç. Dr. Ömer BAĞCI (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (T.C. Selçuk Üniversitesi)

İletişim

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>
E-mail: nkuhukuk@nku.edu.tr
Tel: 0282 252 62 10

Yayına Hazırlayan

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.
E-mail: grafik2@armoninuan.com
Tel: 0216 540 36 11

NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

1. T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHUKUK) yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Derginin yazı dili Türkçedir. Türkçe dilinin yanı sıra İngilizce ve Almanca dilinde akademik çalışmalar yayımlanmaktadır. Dergiye gönderilen yazının dili ayırt edilmeksizin, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, Türkçe ve İngilizce özetinin (en az 150, en çok 200 kelime) ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin, akademik çalışmanın başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
3. Dergide çeviri yazı yayımlanabilir. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile çalışma sahibinin izninin birlikte gönderilmesi gerekir.
4. Dergiye gönderilen yazılar daha önce yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya gönderilmemiş olmalıdır. Gönderilen yazı kabul edildiği andan itibaren yayın haklarının tamamı dergiye ait olur ve derginin izni olmadan yazı başka bir yerde yayımlanamaz.
5. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulunun, çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Yazılar, DergiPark aracılığıyla gönderilir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını, e-posta adreslerini ve <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) “DergiPark” sistemi üzerinden iletilmelidirler.
8. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye yazı gönderenler ‘Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri’ni kabul etmiş sayılırlar. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması hallerinde yazı Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiğiyle ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da reddine karar verilir. Bu raporlar en kısa sürede yazara gönderilir. Yazar, sadece raporda belirtilen kısımlarda değişiklik yapabilir. Hakem raporlarının biri kabul, diğeri ret ile sonuçlanırsa üçüncü hakem atanabilir ya da üçüncü hakem atanması yoluna gitmeden yayın kurulu ve editörler yazının yayımı hakkında karar verebilir. Çeviriler de aynı doğrultuda hakem değerlendirmesine tabidir.
9. Yayımlanmasına karar verilen yazının sahibi/sahipleri tüm telif haklarını dergiye devrettiğini kabul ederler. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Yazının dergiye gönderilmesinden itibaren derginin çıkacak ilk sayısında yayımlanacak yazıların sayısı ve konu çeşitliliği dikkate alındığında, kabul edilen yazının bir sonraki sayıda yayımlanması hakkı saklıdır. Yayın Kurulu bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Yazının bir sonraki sayıda yayımlanması kararı verilirse durum yazara bildirilir.
11. Yayınların resmi internet erişim adresi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları esas alınmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazı kural olarak dipnotlar dahil 3.000 kelimedenden az olmamalıdır.
3. Çalışmaların, özet ve kaynakça hariç en fazla 10.000 kelime olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
4. Yazılar "Microsoft Word" programında, times new roman yazı karakteriyle, ana metin 12 punto ve 1,5 satır aralığı, dipnotları 10 punto ve tek satır aralığı olarak (.doc) veya (.docx) formatıyla hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir. Dipnot sayısı metin içinde noktalama işaretlerinden önce konulmalıdır.
5. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, e-posta adresi ve ORCID bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. Metin içerisindeki diğer başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir:

I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KOYU (BOLD) DEĞİL VE SADECE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Koyu (Bold) Değil ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dipnot ve kaynakçalarda "The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" (OSCALA) atıf sistemi benimsenmiştir. Çalışmalarda, sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır. Yazar, dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4. stili hakkında detaylı bilgi https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf sayfasında almaktadır. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların dipnotlarda atıf olarak yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda belirtilen atıf kurallarına ve örneklere uyulmalıdır. Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk/atifkurallari>

7. Yazının sonuna "Kaynakça" başlığı eklenmelidir. Kaynakçada çalışmada kullanılan kaynaklar, yazar soyadına göre alfabetik sırayla yazılır. Kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Süreli yayınlarda yer alan eserlerin ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada yer almalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadı ardından adının ilk harfine yer verilmeli, adının ilk harfinden sonra da virgül konulmalıdır. Sonrasında eserin adı yazılarak açılan parantez içine kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayın yılı yazılarak parantez kapatılmalıdır. Bulunduğu sayfa/sayfaların numarasına parantezden sonra yer verilmelidir.

Örnekler:

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınevi 2019)
Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, 'Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları' (2015) 3 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-124
Bedük MN, Deniz İş Sözleşmesi, (1st edn, Ekin Yayınevi, 2012)
Söğütü Ö, Roma Özel Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayınevi, 2020)

NKUHUKUK ATIF KURALLARI

1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz/Abstract

Yazılarda 150-200 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 3 en çok 5 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 3 en çok 5 keywords kullanılmalıdır.

4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği 700-1000 kelimedenden oluşacak İngilizce dilinde genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

- Türk mevzuatına yapılan atıfta kanuna ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi, S. Resmi Gazete Sayısı.
Örnek: Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846
- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar: Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, Kitap Adı (Kaçınca Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

Seda Şehriban Güngör, Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi (2nd edn, On İki Levha Yayınları 2011) 32

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6th edn, Vedat Yayınevi 2010) 70

Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (25th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 54

İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (7th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 15

7. Editörlü Kitap: Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), Kitap Adı (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Nuri Erişgin ve Zülal Denaux ve Özlem Söğütlü Erişgin, 'Justice or Efficiency: About economic analysis of law' in Marjorie G. Adams ve Abbass Alkhafaji (eds), Business Research Yearbook XIII (Publication of the International Academy of Business Disciplines 2006), 406-410

Fatih Serbest, Eğitim Hakkı' nın '2014 Yılı Hollanda İnsan Hakları Raporu İslamofobi ve Entegrasyon Arasında Azınlıklar' Kadir Canatan, Ahmet Yükleyen ve Fatih Okumuş (eds), (Elma Matbaası 2016) 78

8. Dergi Makaleleri: Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Gülşah Sinem Aydın ve Oğuz Ersöz, 'Akreditif Açtıran ile Akreditif Bankası Arasındaki İlişki' (2019) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 524

Ezgi Cankurt, 'TCK Bakımından Silah Kavramı' (2016) 2 (4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51, 65

9. Armağan Makaleleri: Armağan makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı (Yıl) Armağanın Adı, İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa Armağan akademik dergi sayısı olarak çıkmışsa makale adından sonra (Yıl) Cilt (Sayı) eklenir.

Örnek:

Nuray Çelik ve Oğuz Ersöz, 'Kişilerin Organları ve Dokuları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı' (2020) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı 634, 639

10. Yayınlanmamış Tezler: Yayınlanmamış bir teze atıfta bulunurken esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Tezin Başlığı' ve ardından parantez içinde (Tez türü, üniversite adı ve bitirme yılı).

Örnek:

Fatih Serbest, 'The law applicable to contracts with respect to sale of goods and documentary credits in EU and in the USA' (LLM Thesis, University of Essex, 2007)

11. Elektronik Kaynaklar/Online Dergiler: Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) TBB Dergisi 151, 151 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020

12. Websiteleri ve Bloglar: Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Ahmet Kılıçoğlu, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğu' (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri J Med Ethics 9, 9 <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-hekimin-hukuksal-sorumluluğu-44451.html>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2020

13. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması: Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnotta esere yapılan atıf tam olarak yazılırken, sonraki dipnotta ilk dipnota çapraz atıf yapılarak yazarın soyadından sonra ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır. Daha sonraki atıfta ise “ibid” kullanılmalıdır.

Örnek:

Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler (1st ed. Seçkin Yayınevi 2019) 42

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

14. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf Yapılması: Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıf yazarın soyadını ve eserin adını ya da eser adının kısa bir biçimini içermeli, bu esere verilen ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır.

Örnek:

Mutlu Kağıtçıoğlu, Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2019) On İki Levha Yayıncılık, 41

...

Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (2016) 122

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

- “accessed” yerine “erişim tarihi”
- “and” yerine “ve”
- “anonymous” yerine “Anonim”
- “edited by” yerine “editör”
- “edition” yerine “baskı”
- “filmed” yerine “çekim”
- “in” yerine “iç.”
- “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”
- “last modified” yerine “son değiştirilme”
- “PhD diss.” yerine “doktora tezi”
- “see” yerine “bkz.”
- “thesis” yerine “tez”
- “trans.” yerine “çev.”
- “translated by” yerine “çeviren”
- “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”
- “volume/vol.” yerine “Cilt.” ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçe dilinde yazılmış; ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; 8 Mayıs 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza editörün kısaltılmasını ifade eden “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa sayısının ardından “vd.” kullanılmalıdır. Bunun yerine ilgili sayfa ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmamalıdır. Eğer “vd.”dan sonra “.” işareti gelecekse nokta kullanılmaz; ancak “;” veya “?” vb. işaret gelecekse bu noktalama işaretleri “vd.”deki noktaya bitişik yazılır.

16. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf: Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır

- a. Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası, K. karar numarası, tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- b. Türk mahkeme kararları aşağıda yer alan tabloda gösterildiği şekilde kısaltılmalıdır.

Örnekler:

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

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

İzmir 2 BAM, E. 2020/4558, K. 2019/3543, 22.05.2019

Dan. 9 D, E. 2010/2247, K. 2011/5111, 25.11.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 4 HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2008-1699-k-2008-13767-t-10-11-2008-noterin-kusursuz-sorumluluguna-dayali-tazminat-talebi/820621/>>

Yar. HGK, E. 2014/566, K. 2015/1339, 13.5.2015

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-566-k-2015-1339-t-13-5-2015>>

Rekabet Kurulu, 20-37/524-232, 13.08.2020, -

<<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=21be2d4b-28f0-4f92-b6fd-1d6ea2161f75>>

- a. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 21.10.2020, S. 31281
- b. Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ile 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.
- c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnekler:

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004)

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.



NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen eserler, ön inceleme aşamasında intihal açısından değerlendirilmektedir. Benzerlik raporu %20'den daha fazla olan eserler editör kurulu tarafından reddedilmektedir. Benzerlik raporu intihal.net, turnitin.com, ithenticate.com veya urkund.com adreslerinden alınmaktadır. Kaynakça ve tırnak içinde gösterilen ifadeler benzerlik oranının hesabında dikkate alınmamaktadır.

TAKDİM

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ilk öğrencilerini aldığı 2020 – 2021 Eğitim – Öğretim Yılı'nı tamamlarken ciddi ve kaliteli atılımlardan baştan geleni olan Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin ikinci sayısını çıkarmaktadır.

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi'nin yayınları arasında yer alan ve Hukuk Fakültemizin misyon ve vizyonunu başarılı biçimde gösteren Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi henüz ikinci sayısını çıkarmasına rağmen kısa süre içerisinde tanınan, iddialı ve saygın bir dergi olma yolunda emin adımlarla ilerlemektedir. Nitekim Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ikinci sayısında hukukun hemen hemen her alanında nitelikli ve kaliteli eserlere yer vermektedir. Derginin ikinci sayısında ilginin ve tanınırlığın arttığı açıkça görülmektedir. Dergimizin önümüzdeki sayılarda daha da yoğun teveccüh ve takdir göreceğine şüphe bulunmamaktadır.

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin ikinci sayısının ortaya çıkmasını sağlayan Hukuk Fakültesi Dekanı Sn. Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK ve Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı Sn. Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU ile dergi editörleri Sn. Dr. Öğr. Üyesi Fatih SERBEST, Sn. Dr. Öğr. Üyesi Gülçin ÇAM, Sn. Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN ve dergi editör yardımcısı Sn. Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ olmak üzere dergi danışma ve yayın kurulları ile bu sayıda eserleri yayınlanan yazarlar ile hakemlik göreviyle katkı sunan hocalarımıza Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi ve şahsım adına tebrik ve teşekkürlerimi sunarım. TNKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi'nin nitelikli ve kaliteli eserler içeren nice sayılara erişmesini dilerim.

Prof. Dr. Mümin ŞAHİN

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Rektörü

DEKANIN MESAJI

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2015 yılında kurulmuş olup, 2019 yılının güz döneminden başlayıp, 6 ay gibi kısa bir süre içinde akademik kadrosunu oluşturarak ÖSYM kılavuzunda yer almayı başarmış ve 2020-2021 Eğitim-Öğretim Yılında kendi hizmet binasında öğretime başlamıştır.

Akademik ve idari kadromuz ile yakaladığımız sinerji sonucunda dergi kapağımızı süsleyen logomuz ile birlikte akademik kimliğimizi ortaya koyma yolunda kararlı adımımızı atmış bulunmaktayız. Hukuk Fakültesi Dergimiz de bu kararlılığımızın en somut adımıdır. Son iki yıldır yaşadığımız pandemi döneminin ülke ekonomisi, çalışma hayatı ve insan sağlığı üzerinde birçok olumsuzluklara yol açtığı gerçeği göz önünde bulundurulacak olursa, genç Fakültemizin henüz ilk yılında Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adı altında akademik bir dergiyi bilim dünyası ile buluşturması bizler için haklı bir gurur vesilesidir.

Kuralların olduğu, fakat hukukun etkin ol(a)madığı toplumlarda adalet; herkesin, her zaman en gür seda ile dile getirdiği ideal bir olgudur. Adaletin, insan için en temel ihtiyaçlardan biri olduğu gerçeği karşısında bu çağda adaleti tesis edecek hukukçuların yetiştirilmesine katkı sağlamak amacıyla genç bir kadro ile yola çıktık. Hukuk fakültelerinde ahlaklı, adil ve ilim sahibi hukukçular yetiştirme idealimizin yanı sıra uluslararası hukuk ve iç hukukumuzdaki gelişmeleri takip ederek hukuk bilimine katkı sunma arzu ve çabamızdayız. Bu arzu ve çabamız, bizleri Fakültemiz adına dergimizin ikinci sayısına ulaştırmıştır.

TNKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu ikinci sayısının akademik çalışma yapan bilim insanlarının ve uygulamacıların başvurduğu önemli kaynaklar arasına girmesi, istikrarlı ve başarılı bir kaynak olması dileğiyle, hukuk camiasına hayırlı olmasını temenni eder, Dergimizin yayımlanmasında yazıları ile katkı ve desteklerini gösteren bilim insanlarına ve derginin idari ve bilimsel alt yapısının hazırlanmasında gayretlerini esirgemeyip fedakârlık gösteren editör ve yardımcılarına şükranlarımı sunarım.

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK

Hukuk Fakültesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Yunanistan'da Hukuki Çoğulculuk: Azınlık Hakları ve Bireysel Haklar Arasında	1-14
<i>Araş. Gör. Burak SAYGILI</i>	
Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme	15-31
<i>Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Araş. Gör. Kerim AZAK</i>	
Hukuk Yargılamasında Taraf Vekili Avukatın Tanıklığı	33-71
<i>Araş. Gör. Ali Fuat ÇİÇEKLİ</i>	
Uçuş Personelinin Çalışma Yaşamındaki Başlıca Sorunları	73-91
<i>Av. Hatice Ebru ŞİMŞEK</i>	
Miras Hukukunda Tasarruf Özgürlüğü ve Tenkis Davası	93-126
<i>Stj. Av. Ümit YILMAZER</i>	
Tasarrufun İptali Sebepleri	127-151
<i>Stj. Av. Sedat SEZGİN</i>	
Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama, El Koyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar	153-185
<i>Burak ÇEKİÇ</i>	
Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Kural Üzerinde Hata	187-230
<i>Ersin ŞARE</i>	
Senedin Yağması Suçu	231-264
<i>Araş. Gör. Burak TAŞ</i>	
Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburilik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri]	265-296
<i>Yakup DURANOĞLU</i>	
Modern Devletlerin Oluşum Sürecinde Sığınma Hakkı- Kısa Tarihi Yolculuk	297-305
<i>Antonin LOJEK, (Çev.) Rıdvan AKIN</i>	

CONTENTS

<i>Legal Pluralism in Greece: Between Minority Rights and Individual Rights</i>	1-14
<i>Res. Asst. Burak SAYGILI</i>	
<i>A Review on the Disciplinary Regulation on Civil Servants</i>	15-31
<i>Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Res. Asst. Kerim AZAK</i>	
<i>Testimony of the Party Attorney in the Civil Proceedings</i>	33-71
<i>Res. Asst. Ali Fuat ÇIÇEKLİ</i>	
<i>Main Problems in the Working Life of Flight Personnel</i>	73-91
<i>Attn. Hatice Ebru ŞİMŞEK</i>	
<i>Freedom of Testation and Action for the Reduction of Reserved Portion in Inheritance Law</i>	93-126
<i>Leg. I. Ümit YILMAZER</i>	
<i>Causes for the Actions for Revocatory of Possession</i>	127-151
<i>Leg. I. Sedat SEZGİN</i>	
<i>Legal Nature of Searching, Copying and Seizuring of Computer Data and Similar Terms</i>	153-185
<i>Burak ÇEKİÇ</i>	
<i>Mistake on the Rule on Offenses against Sexual Freedom</i>	187-230
<i>Ersin ŞARE</i>	
<i>The Crime of Plunder of Bill</i>	231-264
<i>Res. Asst. Burak TAŞ</i>	
<i>Applicable Principles In Claming The Public Case (The Principles Of; Publicity Of The Public Prosecution, No Trial Without Public Prosecution, Obligation Of Public Prosecution, Prosecutorial Discretion)</i>	265-296
<i>Yakup DURANOĞLU</i>	
<i>The Right of Asylum in the Period of Modern States Formation – Short Historical Excursion</i>	297-305
<i>Antonin LOJEK, (Trans.) Rıdvan AKIN</i>	



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İNCELEME MAKALESİ / REVIEW ARTICLE

LEGAL PLURALISM IN GREECE: BETWEEN MINORITY RIGHTS AND INDIVIDUAL RIGHTS

*Res. Asst. Burak SAYGILI**

ABSTRACT

The issue of legal pluralism has been analyzed and discussed in legal, political and sociological literature over time. Different models of legal pluralism that are both of supportive and oppositional arguments are asserted in literature. The main goal of this study is to analyze the legal pluralist model of Greece that is based on the Lausanne Treaty and the discussions on it. It is seen that Greece has recognized some parts of Islamic law for Thracian Muslim minority. However, this system is quite debatable in the context of women's rights, status of religious autonomy, minority rights, individual rights, essentialism, multiculturalism and assimilation anxiety. Moreover, legal pluralist model in Greece has been the subject matter of Molla Sali v. Greece case that was decided by the ECtHR. For this reason, Greece has undergone a reform regarding its model for Thracian Muslim minority. The article demonstrates the historical background and current debates about legal pluralist model of Greece regarding Thracian Muslim minority.

Keywords Legal Pluralism, Greece, Western Thrace, Multiculturalism, Minority Rights

YUNANİSTAN'DA HUKUKİ ÇOĞULCULUK: AZINLIK HAKLARI VE BİREYSEL HAKLAR ARASINDA

*Araş. Gör. Burak SAYGILI***

ÖZET

Hukuki çoğulculuk konusu; hukuk, siyaset bilimi ve sosyoloji literatüründe süreç içerisinde analiz edilmiş ve tartışılmıştır. Literatürde hukuki çoğulculuğun farklı modellerine dair destekleyici ve muhalif argümanlar ileri sürülmüştür. Bu çalışmada temel amaç, Yunanistan'ın Lozan Antlaşması'na dayanan hukuki çoğulculuk modelini ve konuyla ilgili tartışmaları incelemektir. Yunanistan'ın Trakyalı Müslüman azınlık için İslam hukukunun bazı unsurlarını tanıdığı görülmektedir. Ancak bu sistem; kadın hakları, dinsel otonominin durumu, azınlık hakları, bireysel haklar, özcülük, çok kültürlülük ve asimilasyon endişesi konuları bağlamında oldukça tartışmalıdır. Ayrıca Yunanistan'ın hukuki çoğulculuk modeli, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından karara bağlanan Molla Sali /Yunanistan davasının da konusunu oluşturmuştur. Bu sebepten dolayı Yunanistan, Trakyalı Müslüman azınlığa ilişkin modelle ilgili bir reform gerçekleştirmiştir. Bu makale, Yunanistan'ın hukuki çoğulculuk modelinin tarihsel geçmişini ve hukuki çoğulculuğa ilişkin güncel tartışmaları açıklamaktadır.

Anahtar Kelimeler Hukuki Çoğulculuk, Yunanistan, Batı Trakya, Çok Kültürlülük, Azınlık Haklar

* PhD Candidate, Research Assistant on Legal Philosophy and Sociology of Law, Tekirdağ Namık Kemal University, School of Law, bsaygili@nku.edu.tr, ORCID 0000-0002-0083-5273

** Doktora Öğrencisi, Araş. Gör., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, bsaygili@nku.edu.tr, ORCID 0000-0002-0083-5273



INTRODUCTION

Cultural and religious minorities need protection by law for maintaining their traditions and customs. In this regard, legal pluralism is considered a solution by some countries. However, there are different kinds of models and arguments regarding legal pluralism. Especially, differences between liberal legal order and local- traditional rules are main controversial issues about legal pluralism. On this ground, the protection and rights of minority groups and that of individuals are significant reasons for current debates regarding legal pluralism. Therefore the Thracian Muslim minority and the case of Chatitze Molla Sali v. Greece (No. 20452/14) is very important in understanding legal pluralism in the context of multiculturalism, minority rights and individual rights in the legal system of Greece.

I. THE CONCEPT OF LEGAL PLURALISM

The definition of legal pluralism is a bit vague for an accurate scholarly use. There is no clear-cut definition of legal pluralism. We can only elucidate a certain line of development of the concept of legal pluralism. In a search for an appropriate concept of legal pluralism, Mustafa Yaylali argued, that there is no accurate concept of legal pluralism to pin on which scholars can lean on in their academic work. He basis his argument on Brian Tamanaha's criticism of legal pluralism which is called the "Malinowski problems"¹. This refers to the domination of the concept of legal pluralism by social scientists which has led to blurring the line between social behavior and legal normativity. According to these social scientists, every social movement can be considered as "normative", while for legal scholars a behavior can only be called normativity if it contains compulsion. For the sake of clarity and making my point, I will not concentrate on the conceptual dispute of legal pluralism, instead I will confine myself to the definition of Waldron, which I believe is accurate enough to ascertain legal pluralism in Greece.

Legal pluralism is described as the existence of various systems of legal obligations within the one state². According to Waldron's definition, "legal pluralism is a term used mostly to describe and characterize the existence of several distinct legal systems, or perhaps legal sub-systems, within a single independent political community, like a nation-state"³. In this context,

¹ Mustafa Yaylali, 'Beyond the Law of the Nation-State: An Inquiry into the Theory of Legal Pluralism and Societal Law', (PhD Thesis, University of LUISS Guido Carli, 2011), 4-9

² M. B. Hooker, *Legal Pluralism: Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws* (1st edn, Oxford University Press 1975) 2

³ Jeremy Waldron, 'No Barking: Legal Pluralism and The Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's' (Colloquium: The Hart-Fuller Debate 50 Years On, New York, February 2008)

the principal emphasis about legal pluralism is that there is multiplicity of legal systems in the same social field such as community, region or country⁴

II. THE THRACIAN MUSLIM MINORITY OF GREECE

When we consider the legal system in Greece, religious-cultural identities and their historical backgrounds are remarkable for understanding the socio-legal structure. In this respect, Greece is in a unique state about its pluralistic legal system in Europe. In this perspective, Greece recognizes the Thracian Muslim minority's customs within the legal framework. Certainly, this structure is related to the traditional *millet* system of Ottomans, so historical experience about co-existence of Muslims who are mostly Turks, and Christians has influenced the Greek legal system. However, cultural diversity has decreased due to some historical developments and events in Greece. In this context, independence of Greece from the Ottoman Empire plays a great role in the building of its nation. In this regard, European romanticism and Balkan parochialism were influential on Greek nationalism. Moreover, Orthodox Christianity which was under Greek state control and integral part of Greek nation-state was a principal feature of Greek identity. Balkan Wars (1912-1913) was also significant in regards to the socio-demographic change in Greece. Thousands of Turkish refugees reached Anatolia from Greece, during the same period exodus of Greek population began in Anatolia⁵. Moreover, Greco-Turkish War (1919-1922) which is part of the Turkish War of Independence and the Lausanne Treaty (1923) are substantial in the demographical changes and status of minorities. According to provisions of Lausanne Treaty, Greece and Turkey agreed on population exchange, so Anatolian Greek-Orthodox people (except Greeks of Istanbul and certain islands (Gökçeada/Imbros and Bozcaada/Tenedos)) left Anatolia and settled in Greece, also Muslims of Greece (except Western Thracian Muslims) migrated from Greece and settled in Turkey. Due to the population exchange, the Karamanlides who were Turkish-speaking Orthodox community, and Pontic Greeks migrated from Anatolia to Greece⁶. Clearly, mandatory population exchange was influential on sociological change in Greece. However, Western Thracian Muslims were exempt from the population exchange. In this context, Lausanne Treaty which included a section on minority rights was important, thus the Lausanne Treaty kept in place the institution of Sharia. Also, Islamic law was judicial sub-system that

⁴ Alfonso Peña Jumpa, 'The Limits of International Human Rights and Refugee Law: An Analysis of the Case of the Aymara from the Perspective of Legal Pluralism' in Rene Kuppe and Richard Potz (eds), *Law and Anthropology: The International Yearbook for Legal Anthropology XI* (Martinus Nijhoff Publishers 2001), 19

⁵ John S. Koliopoulos and Thanos Veremis, *Modern Greece: A History since 1821* (1st edn, Wiley-Blackwell Publication, 2010) 3-74

⁶ Eric Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi* (30th edn, İletişim Publishing, 2015) 220-224

was related to family law, inheritance and child custody according to Greek Law No. 2345 (1920)⁷. Therefore, Islamic law is applicable in Greece because of international treaties and statutes which are related to the historical background and religious-cultural identities. If we look at today's Greece, indigenous Muslims of Greece are approximately 120,000 people which include three different ethnic communities, Turks, Pomaks and Romas that share the same religious belief but have internal cultural and linguistic differences⁸. On the other hand, important part of these ethnic groups identify to some extent with Turkish national consciousness⁹.

III. GREEK MODEL OF LEGAL PLURALISM

It is seen that Greece accepted legal pluralism based on the Lausanne Treaty (1923). Therefore, Greece recognized the Shari'a as the law regulating family issues and civic matters for Western Thracian Muslims because of legacy of Ottoman system and provisions of Lausanne Treaty (1923). In recognition of their minority status, Western Thracian Muslims are granted basic entitlements like mother tongue education, practice of religion without any restraints and to manage their own religious and social institutions. Regarding Islamic law, three muftis of Xanthi/İskeçe, Didimotyho/Dimetoka and Komotini/Gümülcine apply Islamic law in Western Thrace¹⁰. The office of mufti which is an institution that issues *fatwa* which means authoritative legal opinion by Islamic legal scholar, has an important role in minority law which is related to marriage, divorce, inheritance and custody¹¹. Thus, duties of muftis are both religious and civil, so the institution of mufti is of a religious leader and a civil judge. Therefore, the duties of a mufti require a certain standard of qualifications and competence in regards to

⁷ Dia Anagnostou and Anna Triandafyllidou. 'Regions, minorities and European integration: A case study on Muslims in Western Thrace' (2006)2<http://www.eliamep.gr/wp-content/uploads/en/2006/05/Case_study_report_Thrace.pdf>Accessed 06 June 2020

⁸ Venetia Evergeti and Panos Hatziprokopiou, 'Islam in Greece: Religious identity and practice among indigenous Muslims and Muslim immigrants' (CRONEM 6th Annual Conference "Living Together Civic, Political and Cultural Engagement Among Migrants, Minorities and National Populations: Multidisciplinary Perspectives", Guildford, 29-30 June 2010) 3

⁹ Konstantinos Tsitselikis, 'Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers' (1st edn, Brill Publishing, 2012) 150 The definition of Western Thracian minority is one of the controversial topics in Greece. It is seen that Greece prefers the term of 'Muslim' rather than 'Turk' on the definition of Western Thracian minority. For more detail see also Baskın Oran, Türk-Yunan İlişkilerinde Batı Trakya Sorunu (1st edn, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1986) 84-91

¹⁰ Berna Zengin Arslan and Bryan S. Turner, 'Legal Pluralism and the Shari'a: A Comparison of Greece and Turkey' in Adam Possamai, James T. Richardson and Bryan Turner (eds). The Sociology of Shari'a: Case Studies from around the World (Springer Publishing, 2015) 225

¹¹ Berna Zengin Arslan and Bryan S. Turner 'Shari'a and Legal Pluralism in the West' (2011) 14 (2) European Journal of Social Theory, 155

Islamic law. In this respect, the post of a mufti is very important as a cultural and legal institution for the Muslim community's, regarding cultural values and religious life¹².

Greek Law No. 2345 (1920) states that the denominational heads must be elected by the respective communities. In addition, Treaty of Lausanne (1923) provides for free exercise of religion, including selection of muftis¹³. However, the post of mufti is the most controversial issue between Greek government and minority and even within the minority itself, because the public authorities directly appoints the mufti in despite of the democratic way for the appointment of the Greek Law No. 2345 (1920)¹⁴. In this regard, Law. No. 1920 (1990) is crucial, because Greece announced that the muftis would be appointed by the government based on Law. No. 1920 (1990). Nevertheless, the Turkish minority elected its own muftis, then this situation caused pairs for each community, one appointed and other elected¹⁵. The legal acts issued by the appointed muftis, on the other hand Turkey refused to recognize the institutional existence of the appointed muftis. Moreover, the problem about muftis enhanced segregation within the local society. The political controversy between Greek and Turkish nationalism about the control of muftis was used by the Greek courts, so Greek courts' decisions were considered as contradicting the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights¹⁶. On the other hand, issue of democratic representation of Muslim minority was discussed by the Greek government during the recent years, so Greek ex-Prime Minister Alexis Tsipras emphasized the need for more freedom regarding the Thracian Muslim minority, especially "the right to elect their own religious leader, rather than him being appointed by the Greek state"¹⁷. However, problems of Thracian Muslim minority was not fully solved. In today's Greece that is governed by the Cabinet of Kyriakos Mitsotakis, debates about Muslim minority is still continued.

Application of Islamic law and Greek civil law are substantial for understanding of debates about legal pluralism in Greece. It is obvious that Thracian Muslim citizens of Greece

¹² Iris Boussiakou. 'Religious Freedom and Minority Rights in Greece: the case of the Muslim minority in western Thrace'. GreeSE Paper No 21, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe (2008)7-13

¹³ Ataöv (1992). 'The Ethnic Turkish Minority in Western Thrace, Greece' (1992) (22). The Turkish Yearbook of International Relations, 96

¹⁴ Boussiakou, (n 12) 7

¹⁵ Ataöv (1992). 'The Ethnic Turkish Minority in Western Thrace, Greece' (1992) (22). The Turkish Yearbook of International Relations 96

¹⁶ Konstantinos Tsitselikis. 'Muslims in Greece' in Richard Potz and W. Wieshaider (eds). Islam and the European Union (1st edn, Peeters Publishers, 2004) 93

¹⁷ 'Election of muftis in northern Greece appears on gov't agenda', Ekathimerini (Athens, 15 December 2017) <<http://www.ekathimerini.com/224189/article/ekathimerini/news/election-of-muftis-in-northern-greece-appears-on-govt-agenda>> Accessed 10 June 2020

are subject to Islamic law. Actually, there are three Islamic courts in Western Thrace which is recognized by Law. No. 1920 (1990), so Islamic courts decide issues in accordance with constitutional guarantees, rights and freedom based on ECHR. On the other hand, there are disputes about application of Islamic law in Greece. In this context, one of the arguments states that Greece is responsible for taking measures to settle personal issues and family status of Thracian Muslims in accordance with their traditions and culture. However, some Greek scholars are against the application of Islamic law to Muslim citizens in Western Thrace, so they mention that Greece cannot bring a justification to the relevant provision of Lausanne Treaty, to escape its international obligations arising from human rights instruments. According to them, it is inconsistent with the equality before law, also they refer that most European countries like Germany and France don't apply Islamic law to their Muslim citizens. In addition, Turkey, whose population is mostly Muslim, long ago abolished Islamic law¹⁸.

IV. THE CASE OF MOLLA SALI VS. GREECE

It is clear that Greece is a member of Council of Europe, so it recognizes the compulsory jurisdiction of the ECtHR. Therefore, Muslim citizens of Greece can allege violation of European Convention of Human Rights. In this context, *Chatitze Molla Sali v. Greece* (2014) case is significant about implementation of Islamic law in Greece¹⁹. If we look at the case of *Chatitze Molla Sali v. Greece*, the applicant who is Ms Chatitze Molla Sali, is a Greek citizen that was born in 1950 and lives in Komotini, Greece. After the death of Ms Molla Sali's husband, she received his entire estate under the terms of a testament which is written by her spouse before a notary. However, the two sisters of the deceased contested the testament, on the grounds that their brother had belonged to the Thracian Muslim minority and his estate was subject to Sharia and to the jurisdiction of the office of the mufti rather than to the articles of the Greek Civil Code. In this respect, they relied the Lausanne Treaty (1923) that provided for Islamic customs to be applied to Muslim citizens of Greece. Firstly, the deceased's two sisters' demands were dismissed by the Greek courts and on appeal. Then, "the Thrace Court of Appeal found that the decision by the deceased, a Greek Muslim and a member of the Thrace religious minority, to request a notary to draw up a public will, determining for himself the persons to whom he wished to leave his property and the manner in which this was done, was an expression

¹⁸ Theresa Papademetriou, 'Greece: Status of Minorities' (2012) The Law Library Congress 37-39 <<https://www.loc.gov/law/help/greece-minorities/greece-status-of-minorities.pdf>> Accessed 10 June 2020

¹⁹ Yüksel Sezgin, 'Reforming Muslim Family Laws' in Jocelyne Cesari and José Casanova (eds). *Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective* (1st edn, Oxford University Press, 2017) 181

of his statutory right to have his estate disposed of after his death under the same conditions as other Greek citizens”. On the other hand, the Court of Cassation quashed this judgement based on questions of inheritance within the Thracian Muslim community ought to be dealt with by the office of the mufti in accordance with Sharia, so it remitted the case to a different bench of the Court of Appeal for “fresh consideration”. On 15th of December 2015, the Court of Appeal decided that the public will in question didn’t create any legal effects because of Islamic customs. Then, Ms Molla Sali appealed this judgement on points of law but the Court of Cassation dismissed the appeal on 6th of April 2017. In the case, the Court of Cassation deprived her three-quarters of her inheritance. Thus, Ms Molla Sali complains of the application to her inheritance relying on Article 6 of ECHR that mentions to the right to a fair trial and in conjunction with Article 14 of ECHR which mentions protection from discrimination. In the case, her husbands’ will was drawn up in accordance with Greek Civil Code’s provisions, so “she was subjected to a difference in treatment on grounds of religion”²⁰.

Because of Chatitze Molla Sali’s application to ECtHR, status of Sharia in Greece was re-evaluated. Therefore, this issue is related to implementations on mufti system in Western Thrace. In this respect, amendment about mufti system and reformation of Islamic law judiciary was discussed at Greece’s agenda²¹. Therefore, Greek ex-Prime Minister Alexis Tsipras announced plans to make Islamic law optional for such disputes, following a looming ruling by the ECtHR. Thus, Tsipras said that under the amendment, litigants can still voluntarily agree to bring their dispute before a mufti for judgement, however if one of the two sides disagrees, the case will go to secular court²². Then, the offer of Tsipras gave a precedence to a Greek court of law, if there is no agreement among parties to go to local Islamic law official²³. After a while, Parliament of the Greece made the practice of Sharia in disputes on family matters optional for the Thracian Muslims²⁴. On the other hand, it is remarkable that practice of Islamic law is not

²⁰ ECHR 378 (2017) 06.12.2017. Issued by the Registrar of the ECtHR.

²¹ Sezgin, (n 19) 181

²² ‘Country to confront controversy over historic sharia law’, *Pulse Nigeria*, 11 June 2018. <<http://www.pulse.ng/news/world/in-greece-country-to-confront-controversy-over-historic-sharia-law-id7630017.html>> Accessed 11 June 2020

²³ ‘Sharia Law Becomes Optional for Greece’s Muslim Minority’, *Greek Reporter*, 11 June 2018. <<https://greece.greekreporter.com/2018/01/10/sharia-law-becomes-optional-for-greeces-muslim-minority/>> Accessed 11 June 2020

²⁴ ‘Greece limits power of sharia law for its Muslim minority’, *Euractiv*, 10 January 2018. <<https://www.euractiv.com/section/languages-culture/news/greece-limits-power-of-sharia-law-for-its-muslim-minority/>> Accessed 11 June 2020

fully abolished in Greece. Actually, debates about practice of Islamic law in Greece still continues till this day.²⁵

When we consider the ECtHR's judgement on *Chatitze Molla Sali v. Greece* case on 19 December 2018, the ECtHR ruled that the mandatory application of Islamic law in Greece violated Article 14 of the European Convention of Human Rights²⁶. Then, Article 14 specifies that "the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status"²⁷. On judgement of the ECtHR, the Court specifies that "freedom of religion did not require the Contracting States to create a particular legal framework in order to grant religious communities a special status entailing specific privileges. Nevertheless, a State which had created such a status had to ensure that the criteria established for a group's entitlement to it were applied in a non-discriminatory manner. Furthermore, refusing members of a religious minority the right to voluntarily opt for and benefit from ordinary law amounted not only to discriminatory treatment but also to a breach of a right of cardinal importance in the field of protection of minorities, that is to say the right to free self-identification". In addition, the Court emphasized that Greece was sole state in Europe that had applied Islamic law to a part of its citizens against their desires. Like the ECtHR said France had officially applied some provisions of Sharia to citizens one of its overseas territories that is Mayotte, however the application of those provisions was restricted and terminated in 2011. In addition the ECtHR mentions to England and Wales about status of Islamic law. The ECtHR states that "if any decisions and recommendations are made by a Sharia council that are inconsistent with domestic law (including equality policies such as the Equality Act 2010) domestic law will prevail"²⁸.

On case of *Molla Sali v. Greece*, thirds parties' arguments should be analyzed for grasping the issue. The Hellenic League for Human Rights argued that "the State's wish to

²⁵ 'Greece's Muslim minority hails change to limit power of sharia law', *The Guardian*, 11 January 2018. <<https://www.theguardian.com/world/2018/jan/10/historic-step-greek-pm-hails-change-to-limit-power-of-sharia-law>> Accessed 12 June 2020

²⁶ 'ECHR condemns Greece over mandatory Sharia Law in Thrace', *Protothema*, 19 December 2018.

<<http://en.protothema.gr/echr-condemns-greece-over-mandatory-sharia-law-in-thrace/>> Accessed 12 June .2020

²⁷ Council of Europe, 'Article 14: Protection from Discrimination'. European Convention on Human Rights (Strasbourg, Council of Europe Publishing). <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> Accessed 12 June 2020

²⁸ *Molla Sali v Greece* (2018) App no 20452/14, (ECtHR, 19 December 2018)

<http://www.questionegiustizia.it/doc/Case_of_molla_sali_v_Greece.pdf> Accessed 14 June 2020

preserve a given minority's autonomy and to enhance cultural pluralism could not justify, for the sake of protecting that minority, restricting the fundamental rights of those members of the minority who had decided not to follow its rules and practices... European and international practice did not justify granting the Greek authorities a margin of appreciation tending towards the compulsory application of Sharia law". Greek Helsinki Monitor stated that "respect for religious autonomy should not lead to uncritical deference to the decisions of religious bodies, particularly when those decisions clashed with fundamental legal principles protected by the Convention"²⁹. Then, it is seen that the practice of Greece based on mandatory application of some Islamic law provisions were criticized by human rights organizations of Greece.

V. THE DISCUSSIONS ON LEGAL PLURALIS

If we consider discussions about Greek legal system that is based on legal pluralism, both of supportive and oppositional arguments are asserted. First of all, normative structure of religious tribunals is repeatedly criticized for failing to protect Muslim women's rights³⁰. Also, Greek legal pluralism is regarded as institutional remnant of pre- modern State structure and inconsistent with cultural diversity and post-modern legal pluralism. In this respect, protection of the minority's collective rights appears to serve as sufficient reason to exclude the protection of its members' human rights. According to this approach, essentialist characteristic exists in Greek legal order, so it consider minority as a permanent and immutable community because of its typification that is based on the formulation of minority in the context of abstraction³¹. On the other hand, the Greek government's reform is criticized in some aspects because of assimilation anxiety. According to this critical view, Greece abolishes completely Thracian minority's religious autonomy which is based on customary law due to the amendment³². Therefore, the amendment about implementation Islamic law to Thracian Muslims is regarded as violation of religious-traditional autonomy and cultural rights one side, but the same reform is also supported by some scholars for protection of individual rights, women's rights and diversity within Thracian minority. In summary, the special jurisdiction of the mufti on family and inheritance disputes contradicts current European legal standards of human rights such as

²⁹ ibid

³⁰ İlker Tsavouoglou, 'The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace' (2015) 2(3). Oslo Law Review Special Issue: Legal Pluralism, 242

³¹ Stergios Kofinis, 'The Status of Muslim Minority Women in Greece: Second Class European Citizens?' in Dagmar Schiek and Anna Lawson (eds). European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination (1st edn, Routledge Press, 2011) 130

³² Avrupa Batı Trakya Türk Federasyonu, 'Another blow on religious autonomy of the Turkish community in Western Thrace!'. 12 January 2018. <<https://www.abttf.org/html/index.php?link=detay&id=5736&grup=4&l=en&arsiv=0>> Accessed 15 June 2020

right to a fair trial and gender equality. However, the preservation of the minority status is important for the survival of the Muslim/Turkish community in Greece. Thus the way to accommodate a minority internal order that is based on religious traditions within liberal legal context is the main issue. Therefore the compability of Islamic law and the European legal order remains under question³³.

Conception of multiculturalism is vital for analysis of current debates about legal pluralism in Greece. It is obvious that the term of multiculturalism is related with notion of diversity as opposed to sameness. According to multiculturalist approach, there are cultural and political principles, notions and guidelines with the purpose of encouraging the fair and equal presence of whole cultural groups in public and private institutional environments and making a balance between languages or races. In this perspective, multiculturalism offers a “political framework for social equality and cultural differences as for substantial elements of social order”. Therefore, cultural entities are supported and respected, yet its boundaries with liberalism or globalism are frequently blurred³⁴. Application of legal pluralism that is based on traditional rules and its limitations are debatable issues about relationships between multiculturalism, legal pluralism and liberal order. Thus, cosmopolitan pluralist approach is criticized by some scholars who prefer stronger emphasis on universal norms³⁵. In addition, criticism about essentialism is also important. According to some scholars, multicultural multi-legalism builds upon a theoretically incoherent or normatively unpalatable picture of cultural essentialism, so it is seen that forcing a rigid and narrow interpretation of cultural identity upon members of minority, therefore this perspective emphasizes various voices and strata of the minority, hence they refer that legal powers do not give unfair and irrevocable advantages to some parties in minority group. In this respect, they mention hybrid and flexible identities against essentialism³⁶. In this perspective, Tharican Muslim minority is considered immutable

³³ Konstantinos Tsitselikis, ‘Aspects of Legal Communitarianism in Greece: Between Millet and Citizenship’ (2012) 2(7). *Oñati Socio-Legal Series* [online], 109, 110
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050345> Accessed 15 June 2020

³⁴ Lilla Berkes, ‘The Development and Meaning of the Concept of Multiculturalism’ (2010) 1(4). *International Relations Quarterly*, 3 <http://www.southeast-europe.org/pdf/04/DKE_04_A_E_Berkes-Lilla_Kantor-Judit.pdf> Accessed 16 June 2020

³⁵ Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders* (1st edn, Cambridge University Press, 2012) 325

³⁶ Morten Ebbe Juul Nielsen, ‘Multiculturalism and Legal Autonomy for Cultural Minorities’ (2013) 7(2). *Etikk i Praksis Nordic Journal of Applied Ethics*, 80

in the historical construction of identities in Greece because of the Greek legal order's essentialist mentality³⁷.

Issue of "reforming Muslim family laws" is mentioned in some of academic sources about Greek legal pluralism and Thracian Muslims. On this subject, it is stated that muftis of Greece haven't any incentive to self-reform because of the status quo, also there is no civil society organizations lobbying for reformation³⁸. In this context, it is emphasized that the mufti's decisions without any "corrective control" endanger not only legal interest of Thracian Muslim citizens who are under the jurisdiction of the mufti, but also the significance and authority this Islamic institution. Therefore, the mufti's jurisdiction requires to be reformed with equal regard to the Islamic customs and culture, freedom of Muslims, fundamental values and individual rights of the European legal order. In this respect, there are two different ways which are channeling the development of Islamic law for compability with international human rights requirements or abolishing the mufti's jurisdiction. On this ground, The Commissioner for Human Rights in the Council of Europe recommends that Greece ought to strengthen the substantial review of the mufti's judicial decisions by Greek courts and formalize a continual and open dialogue with representatives of the Thracian Muslim community. The notion of *ijtihad* means "endeavour of jurists to analyze and comprehend the written sources of Islamic law with justice and equality" is significant on this subject. Therefore, these scholars who emphasize development of Islamic law suggest that system of *ijtihad* should be continuous for dynamic application and interpretation of Islamic law³⁹.

CONCLUSION

In conclusion, legal pluralist system of Greece is quite debatable and controversial issue in accordance with various perspectives. In general, two topics which are appointment and election system of muftis and application of Islamic law have importance in this connection. Therefore, various arguments are asserted because of differences of approaches. In addition, *Chatitze Molla Sali v. Greece* case is crucial about relationships between minority and Greek legal order. In short, all of assimilation anxiety, emphasis on individual rights, conceptions of

³⁷ Stergios Kofinis, 'The Status of Muslim Minority Women in Greece: Second Class European Citizens?' in Dagmar Schiek and Anna Lawson (eds). *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (1st edn, Routledge Press, 2011) 125

³⁸ Yüksel Sezgin, 'Reforming Muslim Family Laws' in Jocelyne Cesari and José Casanova (eds). *Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective* (1st edn, Oxford University Press, 2017) 181, 182

³⁹ Konstantinos Tsitselikis, 'Applying Shari'a in Europe: Greece as an Ambivalent Legal Paradigm' in Jørgen Schøler Nielsen, Samim Akgönül, Ahmet Alibašić, Brigitte Maréchal and Christian Moe (eds). *Yearbook of Muslims of Europe Volume 2* (1st edn, Brill Publishers, 2010) 672, 673

multiculturalism, the tension between local-religious rules and liberal legal order, reinterpretation of Islamic law, diversity in Thracian minority are significant factors in the issue of legal pluralism in Greece.

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles

- Avrupa Batı Trakya Türk Federasyonu, ‘Another blow on religious autonomy of the Turkish community in Western Thrace!’, (12 January 2018).
<<https://www.abttf.org/html/index.php?link=detay&id=5736&grup=4&l=en&arsiv=0>>
- Anagnostou D and Triandafyllidou A, ‘Regions, minorities and European integration: A case study on Muslims in Western Thrace’ (2006) <http://www.eliamep.gr/wp-content/uploads/en/2006/05/Case_study_report_Thrace.pdf>
- Ataöv T, The Ethnic Turkish Minority in Western Thrace, Greece. The Turkish Yearbook of International Relations Volume 22. (Ankara University Press, 1992)
- Berkes L, The Development and Meaning of the Concept of Multiculturalism. International Relations Quarterly, (2010) 1(4), 1-6 <http://www.southeast-europe.org/pdf/04/DKE_04_A_E_Berkes-Lilla_Kantor-Judit.pdf>
- Berman P. S., Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders. (1st edn, Cambridge University Press, 2012).
- Boussiakou I, ‘Religious Freedom and Minority Rights in Greece: the case of the Muslim minority in western Thrace’. GreeSE Paper No 21, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe (December 2008), 1-52
- Council of Europe, ‘European Convention on Human Rights’. <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>
- Evergeti V and Hatziprokopiou P, ‘Islam in Greece: Religious identity and practice among indigenous Muslims and Muslim immigrants’. (CRONEM 6th Annual Conference “Living Together Civic, Political and Cultural Engagement Among Migrants, Minorities and National Populations: Multidisciplinary Perspectives”, Guildford, 29-30 June 2010)
- Hooker M B, Legal Pluralism: Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws (1st edn, Oxford University Press, 1976)
- Jumpa A P, ‘The Limits of International Human Rights and Refugee Law: An Analysis of the Case of the Aymara from the Perspective of Legal Pluralism’ in Kuppe, R and Potz, R (eds). Law and Anthropology: International Yearbook for Legal Anthropology Volume 11 (Martinus Nijhoff Publishers, 2001)

- Kofinis S, ‘The Status of Muslim Minority Women in Greece: Second Class European Citizens?’ in Schiek, D and Lawson, A, *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (1st edn, Routledge Press, 2011) 125-140
- Koliopoulos J S and Veremis T M, *Modern Greece: A History since 1821*. (1st edn, Wiley-Blackwell Publication, 2010)
- Nielsen M E J, ‘Multiculturalism and Legal Autonomy for Cultural Minorities’ (2013) 7(2). *Etikk i Praksis Nordic Journal of Applied Ethics*, 67-84
- Oran B, *Türk-Yunan İlişkilerinde Batı Trakya Sorunu*. (1st edn, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1986)
- Papademetriou T, *Greece: Status of Minorities*. (The Law Library of Congress, Penny Hill Press, 2016)
- Sezgin Y, ‘Reforming Muslim Family Laws’ in Cesari, J and Casanova, J (eds). *Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective* (1st edn, Oxford University Press, 2017)
- Tsitselikis K, ‘Muslims in Greece’ in Potz, R and Wieshaider, W. *Islam and the European Union*. (1st edn, Peeters Publishers, 2004)
- Tsitselikis K, ‘Applying Shari’a in Europe: Greece as an Ambivalent Legal Paradigm’ in Nielsen, J S, Akgönül S, Alibašić A, Maréchal B and Moe C. *Yearbook of Muslims of Europe Volume 2* (1st edn, Brill Publishers, 2010)
- Tsitselikis K, *Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers*. (1st edn, Brill Publishers, 2012)
- Tsitselikis K, (2012b). ‘Aspects of Legal Communitarianism in Greece: Between Millet and Citizenship’ (2012) 2(7). *Oñati Socio-Legal Series* [online], 106-118. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050345>
- Tsavousoglou İ, (2015). ‘The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace’ (2015) 2(3). *Oslo Law Review* (Special Issue: Legal Pluarlism)
- Yaylali M, ‘*Beyond the Law of the Nation-State: An Inquiry into the Theory of Legal Pluralism and Societal Law*’. (PhD Thesis. LUISS Guido Carli, 2011)
- Waldron J, ‘No Barking: Legal Pluralism and The Contrast Between Hart’s Jurisprudence and Fuller’s’ (Colloquium: The Hart-Fuller Debate 50 Years On. Paper for ANU Colloquium “The Hart-Fuller Debate Fifty Years On”, New York, 17-19 December 2008)
- Zengin Arslan B and Turner B S, ‘Shari’a and Legal Pluralism in the West’. *European Journal of Social Theory* (2011) 14(2) 139

Zengin Arslan B and Turner B S, (2015). ‘Legal Pluralism and the Shari’a: A Comparison of Greece and Turkey’ in P Adam, J T Richardson and B S Turner (eds). *The Sociology of Shari’a: Case Studies from around the World* (Springer Publishing, 2015) 219-235

Zürcher E J, *Modernleşen Türkiye’nin Tarihi*. (30th edn, İletişim Publishing, 2015).

Newspapers

Ekathimerini, “Election of muftis in northern Greece appears on gov't agenda”, 11 June 2018
<<http://www.ekathimerini.com/224189/article/ekathimerini/news/election-of-muftis-in-northern-greece-appears-on-govt-agenda>> Accessed 10 June 2020

Euractiv, “Greece limits power of sharia law for its Muslim minority”, 10 January 2018.
<<https://www.euractiv.com/section/languages-culture/news/greece-limits-power-of-sharia-law-for-its-muslim-minority/>> Accessed 11 June 2020

Greek Reporter, “Sharia Law Becomes Optional for Greece’s Muslim Minority”, 11 June 2018
<<https://greece.greekreporter.com/2018/01/10/sharia-law-becomes-optional-for-greeces-muslim-minority/>> Accessed 11 June 2020

Protothema, “ECHR condemns Greece over mandatory Sharia Law in Thrace”, 19 December 2018. <<http://en.protothema.gr/echr-condemns-greece-over-mandatory-sharia-law-in-thrace/>> Accessed 12 June 2020

Pulse Nigeria, “Country to confront controversy over historic sharia law”, 11 June 2018.
<<http://www.pulse.ng/news/world/in-greece-country-to-confront-controversy-over-historic-sharia-law-id7630017.html>> Accessed 11 June 2020

The Guardian, “Greece's Muslim minority hails change to limit power of sharia law”, 11 January 2018. <<https://www.theguardian.com/world/2018/jan/10/historic-step-greek-pm-hails-change-to-limit-power-of-sharia-law>> Accessed 12 June 2020



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

DEVLET MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİNE İLİŞKİN BİR İNCELEME

*Prof. Dr. Serkan ÇINARLI * , Araş. Gör. Kerim AZAK***

ÖZET

Uzun süreden beri yürürlükte olan disiplin amirleri ve disiplin kurullarına ilişkin yönetmelik yürürlükten kaldırılmış ve yerine Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Yeni yönetmelik ile bazı değişiklikler yapıldığı gibi daha önce yönetmelikte düzenlenmeyen bazı hususlar da yönetmelikte yer almıştır. Daha önce düzenleme konusu yapılmayan hususların başında özellikle disiplin soruşturması sürecine ilişkin düzenlemeler gelmektedir. Soruşturma sürecine ilişkin düzenlemelerin bir kısmı Danıştay içtihadı ile oluşmuş usul kuralına ilişkin iken bir kısmı tamamen yenidir. Bunun yanında disiplin amirleri ve disiplin kurullarına ilişkin de önemli düzenlemeler yeni yönetmelikte yer almıştır. Bu çalışmanın konusunu da yeni disiplin yönetmeliğinin genel olarak incelenmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda yeni yönetmelik, Danıştay içtihatları ışığında mülga yönetmelik ile karşılaştırılmış, dikkat çeken düzenlemeler değerlendirilmiş ve bazı görüşlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler Disiplin, Disiplin Amiri, Disiplin Kurulu, Disiplin Yönetmeliği, Devlet Memurları

A REVIEW ON THE DISCIPLINARY REGULATION ON CIVIL SERVANTS

*Prof. Dr. Serkan ÇINARLI*** , Res. Asst. Kerim AZAK*****

ABSTRACT

The regulation on disciplinary authorities and disciplinary boards, that has been in force for an extended time, was repealed and replaced by the Disciplinary Regulation on Civil Servants. Some changes were made with the new regulation, and some issues that weren't previously regulated within the regulation were included in the new regulation. At the forefront of the issues that have not been regulated before is the regulations regarding the disciplinary proceedings. Whereas some regulations related to the disciplinary proceedings are the procedural rule formed by the Council of State's jurisprudence, some of them are completely new. In addition, important regulations regarding disciplinary authorities and disciplinary boards were included in the new regulation. The topic of this study is that the general analysis of the new regulation. In this context, the new regulation has been compared with the abolished regulation in the light of the Council of State's jurisprudence, the notable regulations were evaluated, and some opinions have been given.

Keywords Discipline, Disciplinary Authority, Disciplinary Board, Disciplinary Regulations, Civil Servants

* Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-2471-875X serkan.cinarli@bakircay.edu.tr

** Araş.Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-4830-771X krmazak@gmail.com

*** Prof. Reader in Law, İzmir Bakırçay University Law Faculty, Department of Administrative Law, serkan.cinarli@bakircay.edu.tr, ORCID 0000-0002-2471-875X

**** Res. Asst., İzmir Bakırçay University Law Faculty, Department of Administrative Law, krmazak@gmail.com ORCID 0000-0002-4830-771X



Extended Summary

A new page in Turkish administrative law has been opened by the adoption of the Disciplinary Regulation on Civil Servants. Henceforth with the former regulation relating to disciplinary matters, which had been in force for a while was abolished by the new regulation.

This new Disciplinary Regulation on Civil Servants are partly based on old rules and partly based on new rules. In that respect, mainly the disciplinary proceedings in the Regulation are structured on the jurisprudence of the Council of State as new rules. But, the most striking and important change would be the president's role over the disciplinary matters. By virtue of the Regulation in question, the President has become the disciplinary authority of all the civil servants in Turkey. According to the former Regulation the President had no such authority.

There are some discrepancies in the Regulation, particularly relating to the so-called high legal norms. Thus, the president's role as a superior disciplinary authority for the regional administrations together with the assignment of the Ministry of Internal Affairs (Interior) Superior Disciplinary Board as the superior disciplinary board would not legally be compatible with the principle of administrative tutelage. In fact, these problems are originated partly from the Regulation and partly from the absence of legal codes in that specific area.

Some issues in the Regulation, as it is mentioned above, are directly related to the disciplinary proceedings. First of all, disciplinary proceedings should be conducted by the investigator but the defence should be taken by the disciplinary authority according to the rules of the new Regulation. This provision is very interesting, because it makes clear that investigators have no such right to take defence. But investigators have always taken defence in practice. In our opinion, investigators should take the defence, as well. Otherwise, it would easily be labelled as inappropriate. On the other hand, the content of the request for defence can be called as very fitting since it is directly related to the right of defence.

Furthermore, revoking (revocation) of disciplinary punishments are banned in the Regulation concerned. This provision is adopted according to the jurisprudence of the Council of State. In fact, this very jurisprudence of the Council of State has always been criticised by the legal doctrine. Thus, disregarding the opinions of doctrine in such a manner would be unwise.

Disciplinary Regulation on Civil Servants is in force for all the disciplinary proceedings including the contentious ones apart from the exception in provisional article 1. It is believed that this practice might be inequitable and translates into some real problems. In sum, although the Regulation concerned has some very important and useful provisions, some important rules have already demanded change.

GİRİŞ

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun² 134. maddesinde disiplin kurullarının “kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri” ve yine disiplin amirlerinin “*tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususlar*”ın yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Hakkında Yönetmelik³ 1982 yılında yürürlüğe girmiştir⁴. Uzun bir süre yürürlükte kalan bu yönetmelik 30.04.2021 tarihinde tamamen ilga edilmiş ve yerine Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir⁵.

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde mülga yönetmeliğin bazı hükümleri korunmuşsa da yeni yönetmelik, bazı önemli değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Ayrıca yeni yönetmelik ile sadece disiplin kurulları ve disiplin amirlerine ilişkin düzenleme yapılmamış, soruşturma usullerine ilişkin de birtakım düzenlemeler yönetmelik hükümleri arasında yer almıştır. Soruşturma sürecine ilişkin düzenlemelerin bazıları, uygulamada yerleşen bazı soruşturma usullerini de değiştirdiğinden yeni yönetmeliğin bir bütün olarak değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu değerlendirme, Danıştay içtihatları ışığında mevcut düzenlemelerin mülga yönetmelik ile karşılaştırılması biçiminde yapılmıştır.

Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümde disiplin amirlerine ve yetkilerine ilişkin değişen düzenlemeler ve bunlara ilişkin bazı değerlendirmelere yer verilmiştir. İkinci bölümde de disiplin kurullarına ilişkin düzenlemeler değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde ise yeni yönetmeliğin en dikkat çekici düzenlemeleri olan soruşturma sürecine ilişkin hükümler incelenmiştir. Ancak yeni yönetmelikteki özellikle soruşturma sürecine ilişkin bazı hükümler 657 sayılı Kanun'un tekrarı niteliğinde olduğundan bunlar çalışma kapsamına alınmamıştır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki yönetmelik 30.04.2021 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte yönetmeliğin geçici 1. maddesine göre yönetmeliğe tabi idareler, disiplin kurulları ve disiplin amirleri hakkındaki yönetmeliklerini yürürlükten itibaren 6 ay içinde bu yönetmeliğe uygun hâle getirmelidir. Bu süreçte mevcut disiplin amirleri ve disiplin kurullarının görev ve yetkileri devam edecektir. Bu geçici madde sadece disiplin amirlerinin belirlenmesine ve disiplin kurullarının oluşumuna ilişkin olduğundan özellikle soruşturma sürecine ilişkin hükümler devam eden soruşturmalarda da uygulanacaktır.

² Çalışmanın devamında 657 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

³ Çalışmanın devamında mülga yönetmelik olarak anılacaktır.

⁴ RG. 24.10.1982, S. 17848

⁵ RG. 30.04.2021, S. 31470

I-DİSİPLİN AMİRLERİNE VE YETKİLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Disiplin Amirlerinin Belirlenmesi

Mülga yönetmelikte olduğu gibi mevcut yönetmelikte kamu idarelerinin üst disiplin amirleri tespit edilmiş ve diğer disiplin amirlerinin belirlenmesi kamu idarelerince çıkarılacak özel yönetmeliklere bırakılmıştır (m. 5). Yeni düzenlemenin getirdiği en dikkat çekici değişikliklerden birisi cumhurbaşkanının disiplin amiri olmasıdır. Önceki yönetmelikte disiplin amiri olarak hiçbir yetkisi bulunmayan cumhurbaşkanı, ilgili yönetmelikle birlikte artık bütün kamu idarelerinin üst disiplin amiri olarak belirlenmiştir. Bu husus 2017 yılı Anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının yürütmenin başı konumuna gelmesinin sonuçlarından birisi olarak değerlendirilebilir.

Yönetmeliğin 4. maddesine göre kamu idaresi kavramı, 657 sayılı Kanun'un 4/1 maddesinin A bendi kapsamında personel istihdam eden kamu kurum ve kuruluşlarını ifade etmektedir. 657 sayılı Kanun'un 4/1 maddesinin A bendinde memur tanımına yer verilmiştir. İlgili bentte Anayasa ile benzer şekilde bir tanıma yer verilmiştir⁶. Yine 657 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre bu kanun kapsamında belediyeler ve il özel idareleri de yer almaktadır. Hâl böyle iken yönetmelikte kamu idareleri kavramı kapsamına mahalli idarelerin de alındığı görülmektedir.

Anayasa'nın 123/1 maddesinde idarenin bütünlüğü ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. İdarenin bütünlüğü ilkesi ise idari vesayet ve hiyerarşi ile sağlanır. İki farklı kamu tüzel kişiliği arasında olan ve idarenin bütünlüğünü sağlamaya yönelik yetki, idari vesayet yetkisidir. Bu kapsamda merkezi idare ile mahalli idare arasındaki ilişki idari vesayet olacaktır. Nitekim Anayasa'nın 127. maddesinde de merkezi idare ile mahalli idareler arasında idari vesayet açık bir biçimde öngörülmüştür. 127/5 hükmüne göre merkezi idare, mahalli idareler üzerinde kanunda belirtilen usuller ve esaslar çerçevesinde idari vesayet yetkisine sahiptir⁷. Anayasa'nın amir hükmü gereğince mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisi ancak kanunla öngörülebilecektir.

⁶ İlgili bent şu şekildedir: “A) Memur: Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.

Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.”

⁷ İlgili fıkra şöyledir: “Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.”

İdari vesayet yetkisine ilişkin bu açıklamalardan sonra merkezi idarenin başı olan cumhurbaşkanının, mahalli idare personelinin de disiplin amiri olarak öngörülmesini idari vesayet yetkisi ışığında değerlendirmek gerekecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki cumhurbaşkanının, mahalli idarelerin personelinin disiplin amiri olması bir idari vesayet yetkisi niteliği taşımaktadır. Doğrudan yönetmelik maddesini değerlendirmek yerine yönetmeliğin dayanağı olan 657 sayılı Kanun'un 134. maddesini incelemek gerekir.

657 sayılı Kanun'un 134. maddesinde disiplin kurullarının oluşumu, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri, disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar gibi hususların cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir⁸. Kanunun bu maddesini idari vesayet ilkeleri kapsamında değerlendirmek gerekirse belirtmek gerekir ki idari vesayet yetkisi sınırlı ve istisnai bir yetki olup bu nedenle dar yorumlanması gerekir⁹. Zira esas olan mahalli idarelerin özerkliliğidir. Bu kapsamda 657 sayılı Kanun'un 134. maddesine bakıldığında verilen yetki "*disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar*" ın düzenlenmesine ilişkin olup disiplin amirlerinin mahalli idareleri de kapsar biçimde tayin ve tespiti değildir. Bir başka ifade ile çıkarılan yönetmelikte disiplin amirlerinin ne şekilde ve nasıl tayin ve tespit edileceğinin düzenlenmesi gerekir. Bu yönüyle kanımızca cumhurbaşkanının, mahalli idareleri de kapsar biçimde disiplin amiri olarak belirlenmesi idari vesayete ilişkin Anayasal hükümlere ve 657 sayılı Kanun'a aykırıdır. Ancak ortaya çıkan bu sorunun esas sebebi de kanımızca 657 sayılı Kanun'un 134. maddesidir. Mahalli idareler üzerindeki idari vesayet yetkisinin Anayasa'ya uygun olarak kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

Mülga yönetmelikte kamu idarelerinin çıkaracağı özel yönetmeliklerle diğer disiplin amirlerini belirlemesine ilişkin hüküm yeni yönetmelikle korunmuş olmakla birlikte mahalli idareler ve mahalli idare birlikleri bakımından diğer disiplin amirlerini belirlenmesine ilişkin yönetmeliğin İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca müşterek olarak çıkarılacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda belediyeler, bağlı kuruluşları, il özel idareleri ve mahalli idare birlikleri diğer disiplin amirlerini belirleme yetkisini artık haiz değildir. Cumhurbaşkanının, mahalli idarelerin memurlarının da disiplin amiri olarak belirlenmesine ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel

⁸ İlgili fıkra şu şekildedir: "*Bu kurulların kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri ve disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*"

⁹ "*İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetini en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.*" -AYM, E.2019/80, K.2019/85, 14.11.2019, RG. 13.2.2020, S. 31038

kişiliğine sahip mahalli idarelerin disiplin amirlerinin belirlenmesi esasında bir idari vesayet yetkisi kapsamında olacaktır. Bu yetkinin hukuka uygun olması ise Anayasa'nın ilgili hükmünde de belirtildiği üzere kanunda açık bir biçimde öngörülmesine bağlıdır. Ancak ne 657 sayılı Kanun'da ne de bir başka kanunda böyle bir idari vesayet yetkisi açık bir biçimde öngörülmüştür. O hâlde İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelik ile mahalli idarelerin disiplin amirlerinin belirlenmesi idari vesayete ilişkin Anayasal ilkelere uygun görünmemektedir.

B. Disiplin Amirlerine İlişkin Diğer Düzenlemeler

Disiplin amirlerine ilişkin dikkat çeken ilk düzenleme disiplin amirliği yetkisinin devredilemeyeceği hükmüdür (m. 7/3). Mülga yönetmelikte ve 657 sayılı Kanun'da yetki devrini yasaklayan bir hüküm olmamakla birlikte öğretide, disiplin yetkisinin belirli kişilere veya makamlara açıkça verilmesinden dolayı devredilemeyeceği görüşü ifade edilmekteydi¹⁰. Danıştay da aksi yönde kararları¹¹ olsa da disiplin cezalarında yetkinin devredilemeyeceği yönünde kararlar vermekteydi¹². Yeni yönetmelik ile disiplin cezalarında yetki devri açık bir biçimde yasaklandığından yetki devri yapılması hukuka aykırı olacaktır.

Bir diğer önemli düzenleme ise vekalet durumunda disiplin amiri yetkilerinin kullanılabilmesine ilişkindir (m. 5/5). Buna göre disiplin amiri olarak belirlenen kadrolara vekalet edenler de görevi yürüttükleri sürece disiplin yetkilerini haiz olacaktır. Mülga yönetmelikte bu hususa ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Öğretide, aslın hukuki olarak sahip olduğu bütün yetkileri kullanabilen¹³ vekilin, dolu kadroya vekalet etmesi hâlinde gündelik ve rutin iş ve işlemleri yaparak geleceğe dönük işlemleri gerçekleştirmemesi gerektiği görüşü hâkimdir¹⁴. Bu kapsamda disiplin amirine vekalet eden vekilin de disiplin işlemlerini yapmayarak asla bırakması gerektiği ileri sürülmekteydi¹⁵. Her ne kadar bu görüş ileri sürülse de vekilin disiplin işleri yapmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır¹⁶. Nitekim yeni

¹⁰ Cemil Kaya, 'Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler' (2005) 38(2) Amme İdaresi Dergisi 61, 74-75; Adil Bucaktepe, 'Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme' (2015) 19(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 208; Onur Karahanoğulları, 'Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri' (1999) 8(3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 55, 345

¹¹ Dan. 12 D, E. 2016/2931, K. 2016/3216, 25.5.2016, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi: 04.05.2021

¹² Dan. 8 D, E. 2011/4997, K. 2014/1878, 10.3.2014, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi: 04.05.2021

¹³ Lûtfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları (1st ed., İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 403; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku (3rd ed., Yetkin Yayınları 2020) 399

¹⁴ Ulusoy (n 12) 399, dipnot 159; Duran (n 12) 403

¹⁵ Bucaktepe (n 9) 214

¹⁶ Dan. 12 D, E. 2012/10877, K. 2015/2681, 29.4.2015, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi: 04.05.2021

yönetmelikte bu husus açık bir biçimde belirtilmiş ve dolu veya boş kadroya vekalet ayrımı yapılmaksızın vekilin disiplin amiri yetkilerini kullanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Uygulamada yetkili disiplin amirine ilişkin önemli sorunlardan birisi de soruşturulan memurun görev yerinin değişmesi durumunda yetkili disiplin amirinin kim olacağı idi. Yapılan düzenlemeye göre disiplin soruşturması açmaya ve başlatmaya yetkili disiplin amiri, disiplin suçu oluşturan fiil veya hâlin işlendiği tarihteki memurun görev yerindeki disiplin amirleri olacaktır (m. 24). Disiplin suçunun işlendiği sıradaki görev yerindeki disiplin amirinin yetkili olması kanımızca yerinde olmuştur. Zira disiplin suçunun işlendiği görev yerindeki kurumun delillere ulaşması daha kolay olacağı¹⁷ gibi disiplin cezalarının amacı olan kamu hizmeti düzeni ve kurum düzeninin korunması¹⁸ bakımından da disiplin suçunun işlendiği görev yerindeki kurumun düzeni de sağlanmış olacaktır. Düzenleme öncesi duruma bakmak gerekirse Danıştay'a göre aksi yönde kararları olmakla birlikte cezanın verildiği tarihteki disiplin amiri yetkili idi¹⁹. Bir başka ifade ile disiplin suçu işleyen memurun sonrasında görev yeri değişirse yeni görev yerindeki disiplin amiri soruşturma başlatmaya ve disiplin cezası vermeye yetkili olmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki disiplin kurullarının kararları üzerine karar vermek için dosyanın disiplin amirine geldiği durumlarda disiplin amiri kararları gerekçeli olmalıdır (m. 27). Disiplin cezalarının gerekçeli olması kabul edilen bir husus olmakla birlikte²⁰ yönetmeliğin 27. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının da gerekçeli olması gerekmektedir. Bu yönüyle 27. madde gerekçe ilkesine dönük önemli bir düzenlemedir.

¹⁷ Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi (1st ed., Yetkin Yayınları 2001) 254

¹⁸ Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması (2nd ed., Seçkin Yayıncılık 2019) 89; Sancakdar (n 16) 254

¹⁹ Dan. 12 D, E. 2016/9759, K. 2019/2021, 19.3.2019, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021; Dan. 12 D, E. 2012/8023, K. 2013/8802, 26.11.2013, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021; Bkz. aksi yönde Dan. 12 D, E. 2003/1341, K. 2004/2410, 13.9.2004, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021

²⁰ “İdari işlem, o konuda yetkili olan kamu görevlisi ya da bir organın hukuk alanında sonuç doğuran ve bu anlamda hukuk alanında değişiklik meydana getiren idare açıklamalarıdır. İdari işlemin unsurlarından olan ve işlemin fiziki görünümü olarak tanımlanan şekil unsuru, öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte kural olarak idari işlemlerin yazılı şekil kuralına tabi olmasını ifade eder ve idari işlem olarak nitelenen yazılı belgenin bir takım bilgileri içermesi gerektiği de izahtan varesten bir husustur. Disiplin cezalarına ilişkin olarak tesis edilen işlemlerde öncelikle işlemin muhatabının, uygulanan disiplin cezasının ne olduğunun ve oran belirtilmesi gereken durumlarda hangi oranda uygulama yapıldığının, işleme dayanak alınan mevzuat hükmünün ve disiplin cezasına gerekçe yapılan fiilin açık biçimde belirtilmesi ve yetkili disiplin amirince usulüne uygun biçimde evrakın imzalanması hususları, bu kapsamda değerlendirilmesi gereken zorunluluklardır”, Dan. 12 D, E. 2012/2159, K. 2016/152, 21.1.2016, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021

II-DİSİPLİN KURULLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Disiplin kurullarına ilişkin epey değişiklik mevcuttur. Bu değişikliklerden bir kısmı bazı disiplin kurulu üyelerinin belirlenmesine ilişkindir. Fakat disiplin kurulu üyelerinde değişiklik olsa da disiplin kurullarını tek tek incelemeyeceğiz. İnceleme konumuz disiplin kurullarının oluşumuna, görev sürelerine ve yetkilerine ilişkin genel usul ve esaslardaki düzenlemelerdir. Bu kapsamda ilk başta mahalli idareler bakımından yüksek disiplin kurulu olarak İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun kabul edilmesi 657 sayılı Kanun çerçevesinde incelenecek ve daha sonra disiplin kurullarına ilişkin diğer düzenlemeler ele alınacaktır. İkinci kısımda disiplin kurulları ifadesi hem disiplin kurulunu hem de yüksek disiplin kurulunu kapsar şekilde kullanılmıştır.

A. Mahalli İdarelerin Yüksek Disiplin Kurulunun 657 Sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yeni yönetmeliğin 17. maddesine göre mahalli idarelerin yüksek disiplin kurulu İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kuruludur. Bu düzenlemenin 657 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Cumhurbaşkanınca; disiplin kurullarının oluşumunun, hangi memurlar hakkında karar verebileceklerinin, disiplin amirlerinin tayin ve tespitine ilişkin esasların düzenlenmesinin 657 sayılı Kanun'un 134. maddesi gereğince olduğunu ifade etmiştik. Her ne kadar 134. madde böyle bir yetki veriyor olsa da disiplin kurulları belirlenirken 657 sayılı Kanun'un diğer hükümlerinin de dikkate alınması gerekir.

657 sayılı Kanun'un 126. maddesinin 2. fıkrasına göre devlet memurluğundan çıkarma cezaları “*memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulun tarafından*” verilmesi gerekmektedir. Yine 134. maddenin “*Disiplin ve soruşturma işlerinde kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere Kurum merkezinde bir Yüksek Disiplin Kurulu ...bulunur*” ifadesi de her kurum merkezinde bir yüksek disiplin kurulu kurulması gerektiğini ifade etmektedir. O hâlde disiplin kurullarının oluşumuna ilişkin düzenleme yapılırken her kurumun kendi yüksek disiplin kurulunun oluşturulması 657 sayılı Kanun'un 126/2 ve 134. maddelerinin gereğidir. Hâl böyle iken mahalli idareler bakımından yüksek disiplin kurulu olarak İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun kabul edilmesi kanuna aykırıdır. Aksinin kabulü hâlinde bir belediyede çalışan memura verilen devlet memurluğundan çıkarma cezası memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulunca değil, başka bir kurumun yüksek disiplin kurulunca verilmiş olacaktır. Bu ise kanunun açık ifadesine aykırılık oluşturacaktır. Kaldı ki disiplin amirleri için de ifade ettiğimiz üzere mahalli idareler bakımından kullanılacak bu yetki

idari vesayet yetkisi niteliğinde olduğundan bu yetkinin kanunda açık bir biçimde öngörülmesi gerekir.

Bütün bunların yanında 657 sayılı Kanun'un 134. maddesinin hem mahalli idareleri hem de merkez teşkilatı içerisinde yer alan kurumları kapsar biçimde bir düzenleme getirmesi de oldukça sorunludur. Zira aynı maddenin bir yandan idari vesayet yetkisi kapsamında dar yorumlanması gerekirken bir yandan merkez teşkilatı için daha geniş ve farklı yorumlanması gerekmektedir. Bu ise kanun yapım tekniğine uygun olmadığı gibi Anayasa'nın 127/5 fıkrasına da aykırıdır. Bu noktada en iyi çözüm bu konunun yasa koyucu tarafından idari vesayete tabi kurumlar için yeniden düzenlenmesidir.

B. Disiplin Kurullarına ve Yetkilerine İlişkin Düzenlemeler

Disiplin kurullarına ve yetkilerine ilişkin birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Sırasıyla bunlara değinmek ve bu düzenlemeleri değerlendirmek gerekir.

Yeni düzenleme ile disiplin kurulları üyelerinin görev süresinde değişikliğe gidilmiş ve disiplin kurullarının üyelerinin görev süresi iki yıldan üç yıla çıkarılmıştır (m. 19/1). Süresi dolan üyeler aynı usulle yeniden görevlendirilebilecektir. Mülga yönetmeliğe göre aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanlar bu cezalar özlük dosyasından silinse bile disiplin kurullarında görevlendirilemezken yeni yönetmeliğe göre aylıktan kesme cezası alanlar 5 yıl, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanlar 10 yıl süre ile görevlendirilemeyecektir (m. 19/2). Bir başka deyişle ilgili fıkradaki süreler geçtikten sonra aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanlar, bu cezalar özlük dosyasından silinirse bile disiplin kurullarında görevlendirilebilecektir.

Kurul toplantılarına katılamayacak olanlara ilişkin de değişiklik yapılmıştır. Kurul üyeleri ikinci derece dâhil bu dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarına ilişkin toplantılarına katılamazken yeni düzenleme ile üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarına ilişkin toplantılara katılamayacaktır (m. 22/4). Yine mülga yönetmelikte yer alan üyelerin, atanmasına yetkili oldukları memurlara ilişkin olan toplantılara katılma yasağına yeni yönetmelikte yer verilmemiştir.

Mülga yönetmelikte soruşturmacının, soruşturma yaptığı memura ilişkin toplantılara katılıp katılamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmasa da Danıştay, soruşturmacının ceza vermeye yetkili kurul içerisinde yer almasını tarafsızlık ilkesine aykırı bulmakta idi²¹. Yeni

²¹ Dan. 12 D, E. 2016/7204, K. 2018/1246, 21.3.2018, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021

yönetmelik ile soruşturmacının, soruşturulana ilişkin toplantılara katılması yasaklanmıştır (m. 22/4). Bu noktada soruşturmacının disiplin kurullarına katılamayacağına açık bir biçimde düzenlenmiş olması yerinde olmuştur.

Disiplin kurullarının kararlarının yazımına ilişkin yapılan değişiklik ise karara karşı başvuru yolları ve sürelerinin karar metninde gösterilmesi gerekliliğidir (m. 23). Esasında Anayasa'nın 40/2 maddesi uyarınca devlet, işlemlerinde başvuru yolları ve mercileri ile süreleri göstermek zorundadır. Anayasa'nın bu fıkrasının bir yansıması olan yönetmelik hükmünün etkisi özellikle disiplin cezalarına itirazda görülecektir. Zira Danıştay İDDK içtihadı doğrultusunda genel dava açma süresinin uygulandığı disiplin cezalarında başvuru yollarının gösterilmemesi dava açma süresini etkilemeyecektir²². Ancak itiraz süresinin başlaması için gerek Anayasa madde 40/2 gerekse yeni yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca itiraz süresi ve itiraz merciin gösterilmesi gerekir. Aksi hâlde itiraz süresi başlamayacak ve 7 günlük süre geçtikten sonra yapılan itiraz da süresi içinde yapılmış kabul edilecektir. Nitekim Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi yeni yönetmelik yürürlüğe girmeden önce bir kararında bu yönde karar vermiştir²³. Yönetmeliğin bu hükmü ile de yargı içtihadının bu yönde oluşması hak arama özgürlüğüne de uygun olacaktır.

Yetkili disiplin amirlerinin belirlenmesine ilişkin benzer bir düzenleme yetkili disiplin kurulu bakımından yapılmıştır. Buna göre yetkili disiplin kurulu, disiplin suçu teşkil eden fiil veya hâllerin işlendiği esnada memurun görev yerindeki disiplin kuruludur (m. 25). Ancak ilgili hükmün devamında bu yetkiye ilişkin bazı istisnalara yer verilmiştir.

²² “Ancak, idari işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmesi halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabii oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40. maddesi hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Dava dosyanın incelenmesinden, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemin davacıya 18/11/2011 tarihinde tebliğ edildiği, davanın ise dava açma süresinin son günü olan 17/01/2012 tarihinden on gün sonra 27/01/2012 tarihinde açıldığı anlaşılmakta olup, usulüne uygun tebliğ olunan idari işlem üzerine 2577 sayılı Yasa'da açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma süresi olan 60 günlük dava açma süresi geçirildikten sonra açılan bu davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmamaktadır.” – Dan. İDDK, E. 2017/2905, K. 2019/857, 4.3.2019, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021

²³ “Olayda; dava konusu işlem içeriğinde disiplin cezasına karşı itiraz süresi ve itiraz yolunun gösterilmemesi nedeniyle davacının 18/10/2016 tarihli itirazının Anayasanın 40.maddesi gereğince süresinde yapılan bir başvuru olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, söz konusu başvurusu sonrasında tesis edilen itirazın reddine ilişkin 11/11/2016 tarih ve 85490 sayılı Dicle Üniversitesi Rektörlüğü Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dekanlığı kararının 25.11.2016 tarihinde davacıya tebliği üzerine kesinleşen uyarma cezasına dair disiplin işlemine karşı yasal 60 günlük süre içinde 05/12/2016 tarihinde açılan işbu davanın süresinde olduğu anlaşıldığından, davanın süresini nedeniyle reddine dair İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamıştır” – Gaziantep 3 BİM, E. 2017/1106 K. 2017/1510, 3.11.2017, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04.05.2021

III-DİSİPLİN SORUŞTURMASINA VE DİSİPLİN CEZALARININ GERİ ALINMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin, mülga yönetmelikten en önemli farklı disiplin soruşturması sürecine ilişkin düzenlemelere yer vermiş olmasıdır. Mülga yönetmelikte sadece disiplin amirleri ve disiplin kurulları ve bunların yetkileri düzenlenmişti. Bu yönüyle yeni yönetmelik disiplin soruşturması sürecine dair bazı önemli düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmı memur disiplin rejimine ilişkin Danıştay içtihadı doğrultusunda yapılmıştır. Aşağıda bu düzenlemeleri açıklarken de bu hususa ayrıca değineceğiz.

Bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir ki yeni yönetmeliğin dayanağı 3. maddeye göre 657 sayılı Kanun'un 134. maddesidir. Hâlbuki 134. madde incelendiğinde yönetmelikle düzenlenecek konular arasında soruşturma sürecinin sayılmadığı görülmektedir. 134. madde aslında disiplin amirlerinin tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları, disiplin kurullarının oluşumunun, üyelerinin görev süresinin, karar ve görüşme usulü gibi hususların düzenlenmesini yönetmeliğe bırakmıştır.

A. Soruşturmacının Atanması ve Yetkileri

Yeni yönetmeliğin getirdiği önemli düzenlemelerden birisi disiplin soruşturmasının soruşturmacı eliyle yapılmasının zorunlu tutulmasıdır. Yönetmeliğin 28/2 maddesine göre disiplin soruşturmaları, görevlendirilen bir muhakkik veya teftiş, denetim ve soruşturma yapmakla görevli memur eliyle yapılır. Hükmün yorumundan çıkan sonuç, disiplin amirinin bu konuda bir takdir yetkisi olmadığı ve soruşturmayı, bir soruşturmacı eliyle yapılmasının bağlı yetki olduğudur.

657 sayılı Kanun'da soruşturmanın soruşturmacı eliyle yapılması zorunlu tutulmamış, hatta kanunda soruşturmacı eliyle yapılabileceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak Danıştay, soruşturmacı atanmasını disiplin soruşturmaları bakımından temel bir ilke kabul etmekte²⁴ ve tarafsızlığın sağlanabilmesi için soruşturmacının, cezayı tayin edecek disiplin amirinden bir başka kimse olması gerektiği yönünde içtihat etmekte idi²⁵. Danıştay bunun da ötesinde soruşturmacının, soruşturulan ile aynı veya soruşturulandan daha üst bir

²⁴ Dan. 12 D, E. 2012/13342, K. 2016/2175, 13.4.2016, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021

²⁵ Dan. 12 D, E. 2012/8786, K. 2015/6560, 7.12.2015, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021; Dan. 12. D, E. 2013/6241, K. 2016/3199, 25.5.2016, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021

görevde ve unvanda olması gerektiğini içtihat etmekte idi²⁶. Nitekim yeni yönetmelikte bu yönde de bir düzenleme yapılmıştır. Yönetmeliğin 28/3 maddesine göre görevlendirilen soruşturmacı, soruşturulan memurdan hiyerarşik olarak alt seviyede olamayacaktır. Bu husus soruşturmacının tarafsızlığını sağlamaya yönelik olduğundan²⁷ oldukça önemlidir. Bu yönüyle böyle bir düzenlemenin içtihat doğrultusunda yapılmış olması yerindedir.

Soruşturmacıya ilişkin bir diğer önemli husus ise yönetmeliğin 29/1 maddesidir. İlgili maddeye göre soruşturmacı, savunma isteme ve disiplin cezası verme yetkisi hariç disiplin amirinin bütün yetkilerini haizdir. Soruşturmacının savunma alma yetkisine sahip olmamasına ilişkin değerlendirme aşağıda yapıldığından burada tekrar bir açıklama yapılmayacaktır.

Yönetmeliğin 29/3 maddesinde de soruşturma raporunun asgari hangi bölümlerden oluşacağı düzenlenmiştir. Buna göre soruşturma raporunda “*“Giriş bilgileri”, “Maddi delil ve belgeler”, “İfade ve bilgisine başvuru alanlar”, “Konuya ilişkin mevzuat”, “Değerlendirme ve kanaat” ile ihtiyaca göre oluşturulan diğer bölümler*” bulunmalıdır. Savunma alma ve disiplin cezası verme yetkisine sahip disiplin amiri ve disiplin kurullarının hukuka ve maddi vakıya uygun karar vermesinde soruşturma raporu kritik bir öneme sahiptir. Soruşturma sürecinin anatomisini ortaya koyan raporun belirli bir düzende olması ve gerek nihai karar için gerekse yargısal denetim için bazı bilgileri içermesi gerektiğinden ilgili düzenleme önem arz etmektedir. Bu çerçevede soruşturmacı, soruşturma raporunu yönetmelikte belirtilen bölümlere yer vererek hazırlamalıdır.

B. Savunma Alınması

Yeni yönetmeliğin 29. maddesinin 1. fıkrasından, soruşturmacının savunma alma yetkisine sahip olmadığı açık bir biçimde anlaşılmaktadır. Yine yönetmeliğin 30. maddesine göre savunma disiplin amiri tarafından istenecektir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde soruşturmacının artık savunma alma yetkisinin olmadığını ifade edebiliriz. Bu düzenlemeyi değerlendirmeden önce 657 sayılı Kanun’un ilgili hükmünden de bahsetmek gerekir. 130. maddenin 2. fıkrasında “*soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun ... verdiği süre içinde ... savunmasını yapmayan memur...*” ifadesine yer verilmiştir. Soruşturmayı yapan

²⁶ Dan. İDDK, E. 1985/141, K. 1986/18, 14.3.1986, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021; Dan. 12 D, E. 2012/11226, K. 2016/3584, 7.6.2016, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021

²⁷ Celâl Işıklar, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları (1st ed., Adalet Yayınevi 2019) 260; Oğuz Sancakdar, Elif Altınok Çalışkan, Gizem Dursun, Serkan Seyhan ve Pınar Yağcı, Disiplin Hukuku (1st ed., Turhan Kitabevi 2019) 220-221

ibaresinin soruşturmacıyı mı disiplin amirini mi yoksa her ikisini de mi işaret ettiği açık olmasa da uygulamada soruşturmacı savunmayı almaktaydı²⁸.

Öğretide kabul edilen görüşe göre ise savunma hakkının yetkili disiplin amiri ve kurullar önünde de kullandırılması gerekmektedir²⁹. Bu bakımdan savunmayı, disiplin amirinin alması savunma hakkına uygun olacaktır. Buna katılmakla birlikte soruşturmacının savunma alma yetkisinin tamamen elinden alınmış olması kanımızca memurların aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Zira uygulamada çoğunlukla soruşturmacının raporuna ve önerisine uygun olarak işlem tesis edilmektedir. Bu sebeple soruşturmacının savunma alabilmesi soruşturulan açısından gereklidir. Bütün bunlardan dolayı disiplin amirinin savunma alma yetkisinin açık bir biçimde düzenlenmiş olması olumlu olmakla birlikte soruşturmacının savunma alma yetkisinin olmaması olumsuz niteliktedir ve bu durum disiplin soruşturmalarının hukuka uygun bir şekilde sonuçlandırılmasını bir anlamda güçleştirmiştir.

Bu noktada şu hususu da belirtmek gerekir ki soruşturmacının savunma alma yetkisi olmasa da soruşturmayı gerçekleştirirken soruşturulanın ifadesini alma yetkisini haizdir. Zira disiplin soruşturmaları ile maddi gerçek ortaya çıkarılmaya çalışılır. Bu kapsamda olayın aydınlatılması için soruşturulanın ifadesi dâhil birçok delilin toplanması gerekir³⁰. Delilleri toplayarak maddi gerçeği ortaya çıkaracak olan ise soruşturmacıdır. Bu doğrultuda soruşturmacı ifade de alabilecektir. Nitekim yönetmelikte de soruşturmacının, disiplin amirinin ceza verme ve savunma alma yetkisi dışında bütün yetkilere sahip olduğu düzenlenmiştir.

İfade, isnat edilen disiplin suçuna ilişkin olarak soruşturulanın yaptığı açıklamalar iken savunma bir hak olup belirli usul ve şekilde soruşturulanın savunmasının alınması gerekir. Bir başka deyişle savunma, Anayasal bir haktır ve bu hakkın kullanılması için kişinin üzerine atılı disiplin suçunu, bunun dayanaklarını ve delillerini ve diğer bazı hususları öğrenmesi ve kendisine belirli bir süre tanınması gerekir. İfade ise soruşturulanın olaya ilişkin bilgi ve görgülerinin öğrenilmesidir. O hâlde savunma ile ifade farklı şeylerdir³¹ ve soruşturmacının,

²⁸ Kaya (n 9) 83

²⁹ Zehreddin Aslan, ‘Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları’ Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu Eskişehir 4-5 Nisan 2003 (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2004) 25; İbrahim Pınar ve Öner Çalışkan, Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması (2. baskı, Seçkin Yayınları 2020) 287

³⁰ Disiplin soruşturmalarında deliller için bkz. Veysel Candan Canoğlu, ‘Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat’ (2018) 31(138) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 231-272

³¹ “Ancak, ifade; tanık veya sanıkların belirli bir olay hakkında yargı organlarına yaptıkları açıklamalar şeklinde tanımlanmakta olup, yukarıda belirtilen Anayasa ve Yönetmelik hükmündeki savunmadan farklıdır. Savunma ise; sanığın, üstüne atılan suçtan dolayı yasal bütün haklarını kullanarak gerekli gördüğü biçimde kendini koruması veya savunması olarak tanımlanabilmekte olup, ayrıca savunma isteme yazısının neleri içermesi gerektiği mevzuatta açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, ifade savunmadan daha dar bir anlam içermektedir.” –Dan. 8 D,

soruşturulanın beyanını alması mümkündür. Fakat soruşturmacının aldığı beyanlar savunma olmayacaktır. Soruşturmacı, savunma adı altında soruşturulanın beyanını alsa da alınan beyanlar savunma değil, ifade olarak kabul edilecektir. Çünkü yeni düzenlemeye göre soruşturmacının savunma alma yetkisi bulunmamaktadır.

Savunma istemine ilişkin bir diğer düzenleme ise savunma istem yazısının içeriğine ilişkindir. Yönetmeliğin 30/2 maddesine göre savunma istem yazısında soruşturulan hakkındaki iddialar, iddiaların dayanağı olan deliller, soruşturulana isnat edilen fiil veya hâlin hukuki nitelendirmesi ve bu nitelendirmenin hangi disiplin suçu kapsamına girdiğinin kanunun ilgili maddesinin bent ve alt betleri ile belirtilmesi gerekir. Bu düzenleme oldukça yerindedir. Zira Danıştay da savunma hakkının usulüne uygun kullanılması için savunma istem yazısının savunmayı mümkün kılacak nitelikte olması³² ve savunma istem yazısında isnat edilen fiil, bu fiilin hukuki nitelendirmesi gibi hususların bulunması gerektiğine içtihat etmektedir³³.

C. Disiplin Cezalarının Geri Alınması

Disiplin cezalarının geri alınmasının hukuken mümkün olmadığı Danıştay içtihadı ile kabul edilmiştir³⁴. Ancak bu durum öğretilerde eleştirilmekte³⁵ ve hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınabileceği belirtilmektedir³⁶. Ancak yeni yönetmeliğin 34/1 maddesi uyarınca kesinleşmiş disiplin cezaları, kanuni düzenlemeler ve yargı kararının gerektirdiği hâller hariç idari işlemle geri alınmaz, ortadan kaldırılamaz veya değiştirilemez. Disiplin cezasının kesinleşmesi ile anlatılmak istenen idari yönden kesinleşmedir. 657 sayılı Kanun'un

E. 2012/5560, K. 2018/1672, 26.3.2018, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 07.05.2021. Bkz. aynı yönde Dan. 8 D, E. 2016/14196, K. 2020/556, 5.2.2020, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021

³² Dan. İDDK, E. 2018/3409, K. 2020/49, 20.1.2020, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021.

³³ Dan. İDDK, E. 2007/1846, K. 2011/6, 17.2.2011, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021; Dan. 5. D., E. 2016/17236, K. 2017/21244, 17.10.2017, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi: 05.05.2021

³⁴ F. Ebru Gündüz, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması" (2016) 20(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 411, 415. Bu yönde Danıştay 12. Dairesinin bir kararı şu şekildedir: "*Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla da kabul edildiği üzere ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları, disiplin cezalarını veren idari merciler yönünden bağlayıcı ve kesin nitelikte olup, idari mercilerin vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları verdikleri disiplin cezası yerine bir başka disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaksızdır. Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği diğer idari işlemlerden farklı olup, disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir. Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir.*

Yetkili disiplin amiri ya da kurullarınca verilen disiplin cezaları ancak; bir yasama tasarrufu olan disiplin affı kanunu ile, bir yargı (iptal) karar ile ya da 657 sayılı Kanun'un 133. maddesinde öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda sicil dosyasından silinmesi hallerinde ortadan kalkabilir." –Dan. 12 D, E. 2016/7512, K. 2018/3400, 3.10.2018, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021. Aynı yönde bkz. Dan. 8 D, E. 1998/4988, K. 1998/3015, 12.10.1998, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021; Dan. 12 D, E. 2012/10097 K. 2016/1604, 23.3.2016, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2021

³⁵ Bu yönde eleştiri için bakınız Gündüz (n 33) 415-416

³⁶ Metin Günday, İdare Hukuku (10th ed., İmaj Yayınları 2015), 173; Duran (n 12) 423.

135. maddesine göre süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşecektir. Yine disiplin cezasına yapılan itiraz reddedilmişse disiplin cezası kesinleşecektir. Yönetmeliğin ilgili hükmüne göre de kesinleşen disiplin cezaları bir başka idari işlemle geri alınamayacak, ortadan kaldırılamayacak veya değiştirilemeyecektir.

Kanımızca bütün disiplin cezaları yönünden bu şekilde bir hüküm tesis edilmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarması söz konusu olabilecektir. Keza hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak da ilgisinin aleyhine olan hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması mümkün olmalıdır. Özellikle ceza mahkemesi kararlarının, disiplin soruşturmasına etkileri düşünüldüğünde ceza yargılaması neticesinde fiilin soruşturulan tarafından işlenmediğine veya fiilin sübut bulmadığına karar verilmesi durumunda idari yönden kesinleşmiş ve iptal davası açılmamış bir disiplin cezası geri alınamayacaktır. Bu ve benzeri durumlar hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İlgili düzenleme her ne kadar Danıştay içtihadı doğrultusunda yapılmış ve birtakım faydalar sağlıyor olsa da yukarıda belirttiğimiz sebeplerle gözden geçirilmelidir.

D. Memuriyeti Sona Erenler Hakkında Disiplin Soruşturması

Yönetmeliğin dikkat çeken bir diğer hükmü ise memurluğu sona erenler hakkında yürütülen disiplin soruşturmasının akıbetinin ne olacağına dairdir. Yönetmeliğin 34/3 maddesine göre ölüm hariç çeşitli nedenlerle memuriyeti sona erenler hakkında yürütülen disiplin soruşturması tamamlanacaktır. Soruşturma sonucunda kesinleşen disiplin cezaları ilgililere tebliğ edilerek karar özlük dosyasına konulacaktır. Soruşturulan ve ceza alan memurun, memuriyete geri dönmesi hâlinde ise verilmiş ceza uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki yönetmeliğin bu fıkrası öncesinde memuriyeti sona erenler hakkında disiplin cezası verilir verilemeyeceği öğretide tartışmalı idi³⁷. Bu tartışmalara yönetmeliğin ilgili maddesi ile son verilmiş durmaktadır. Fakat ilgili maddede disiplin cezasının 657 sayılı Kanun ve bu yönetmelikte öngörülen usuller çerçevesinde kesinleşmesinden bahsedilmiştir. Ancak 657 sayılı Kanun'a göre disiplin cezasının kesinleşmesi verilen cezanın ilgisine tebliği ve ilgisinin de itiraz süresinde cezaya itiraz etmemesi yahut itirazın reddedilmesi hâllerinde olacaktır. Her ne kadar bu süreç devlet memurluğu sona eren kişi hakkında işletilebilse de teknik olarak disiplin cezasının kesinleşmesinden bahsetmek pek mümkün durmamaktadır. Zira ilgilisi hakkında

³⁷ Bu konuda bkz. Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri C. I (6. Baskı., Adalet Yayınevi 2020), 336-337

uygulanmayan ve hukuki bir sonuç doğurmayan bir disiplin cezasının kesinleştiğinden bahsedemeyiz. Ayrıca memurluğu sona eren bir kimseye disiplin cezasının tebliğ edilmesi, itiraz hakkının kullanılması gibi bazı hususlarda sorunlar çıkabilecektir. Bu yönüyle ilgili hükmün uygulamasının nasıl olacağına ilişkin belirsizliklerden olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, gerek disiplin amirlerine ve disiplin kurullarına ilişkin gerekse disiplin soruşturmalarına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelere genel olarak baktığımızda bir kısmının Danıştay içtihadı doğrultusunda yapılmış düzenlemeler olduğu görülmektedir. Bir kısmı ise içtihatlar ve uygulamadan ayrılan nitelikte düzenlemelerdir.

Yeni yönetmelik ile yapılan değişikliklerin bazıları üst hukuk normlarına uygunluk yönünden tartışmaya açıktır. Özellikle mahalli idarelerin disiplin amirinin cumhurbaşkanının, yüksek disiplin kurulunun İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu olarak belirlenmesi Anayasa'nın idari vesayet ilkelerine ve 657 sayılı Kanun'a uygun görünmemektedir. Bu sorun tek başına yönetmelikten kaynaklanmamakta, kanuni düzenlemelerin yetersizliğinden de kaynaklanmaktadır.

Yönetmelikle yapılan düzenlemelerin bir kısmı ise disiplin soruşturması sürecine ilişkindir. Disiplin soruşturmasının, soruşturmacı eliyle yapılmasının ve savunmanın disiplin amiri tarafından alınmasının zorunlu tutulması dikkat çeken düzenlemelerden bazılarıdır. Esasında uygulamada, savunmayı soruşturmacı almakta iken yönetmelik ile soruşturmacının savunma alma yetkisinin olmadığı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak soruşturmacının savunma alma yetkisinin olmaması kanımızca önemli bir eksikliklerdir. Bu düzenlemeler dışında savunma istem yazısının içeriğine ilişkin düzenleme savunma hakkının kullanılmasına ilişkin oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur. Disiplin cezalarının geri alınması da Danıştay içtihadı doğrultusunda yasaklanmıştır. Öğretide Danıştay'ın bu içtihadı hakkaniyete aykırı durumlar ortaya çıkarabileceğinden eleştirilmekte iken yönetmelikte bu eleştirilerin dikkate alınması gerekirdi.

Yürürlüğe girmesi ile geçici madde 1'deki istisna hariç devam eden soruşturmalar dâhil bundan sonraki bütün disiplin soruşturmalarında uygulanacak yönetmelik hükümlerinin bir kısmı ortaya bazı sorunlar ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Netice itibarıyla yeni yönetmelik önemli düzenlemeler içerse de bazı yönlerden değişiklik yapılması ihtiyacı şimdiden mevcuttur.

KAYNAKÇA

- Aslan Z, “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları” in Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu Eskişehir 4-5 Nisan 2003 (1st ed., Anadolu Üniversitesi Yayınları 2004), 13-29.
- Aslan Z and Altındağ H, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması (2nd ed., Seçkin Yayıncılık 2019).
- Bucaktepe A, “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme” (2015) 19(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Canoğlu V C, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat” (2018) 31(138) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 231-272.
- Duran L, İdare Hukuku Ders Notları (1st ed., İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982).
- Günday M, İdare Hukuku (10th ed., İmaj Yayınları 2015).
- Gündüz F E, “Disiplin Cezalarının Geri Alınması” (2016) 20(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 411-424.
- Işıklar C, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları (1st ed., Adalet Yayınevi 2019).
- Karahanoğulları O, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri” (1999) 8(3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, 55-77.
- Kaya C, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler” (2005) 38(2) Amme İdaresi Dergisi, 61-87.
- Pınar İ and Çalışkan Ö, Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması (2nd ed., Seçkin Yayınları 2020).
- Sancakdar O, Disiplin Yaptırımını Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi (1st ed., Yetkin Yayınları 2001).
- Sancakdar O, Altınok Çalışkan E, Dursun G, Seyhan S and Yağcı P, Disiplin Hukuku (1st ed., Turhan Kitabevi 2019).
- Ulusoy A D, Yeni Türk İdare Hukuku (3rd ed., Yetkin Yayınları 2020).
- Yıldırım R and Çınarlı S, Türk İdare Hukuku Dersleri C. I. (6th ed., Adalet Yayınevi 2020).



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

HUKUK YARGILAMASINDA TARAF VEKİLİ AVUKATIN TANIKLIĞI

*Araş. Gör. Ali Fuat ÇİÇEKLİ**

ÖZET

Tanıklık, taraflar arasında çekişmeli olan olaylar hakkında bilgi sahibi olan taraflar haricindeki bir kimsenin, bildiklerini mahkemeye sunmasıdır. Davada vekâlet ise tarafın mahkemede temsilidir. Vekillik rolü ile tanıklık rolü birbirinden ayrı olarak konumlanır. Vekilin tarafla ilişkisi ve onun yargılamadaki konumu da tanıklık rolüne etki edecek niteliktedir. Taraf vekili, kural olarak avukat olmak zorundadır. Çalışmada tanıklık yapma zorunluluğu ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip bulunan kimseler açıklanmıştır. Ardından davada iradi-kanuni temsil kurumu ve avukatın temsil yetkisi incelenmiştir. Tanıklık üzerinden taraf vekili avukatın, hem taraf vekili olmasından hem de mesleki konumundan kaynaklanan çeşitli nitelikleri bulunmaktadır. Taraf vekili olması, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme haklarını ilgilendirmektedir. Mesleki konumu ise onun yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunma görevi ve hukukun yerine getirilmesi işlevine işaret etmektedir. Çalışma, tüm bu ihtimaller dâhilinde karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine de değinerek taraf vekili avukatın tanık olup olamayacağını incelemektedir.

Anahtar Kelimeler Tanıklık, Avukat, Adil Yargılanma Hakkı, Silahların Eşitliği, Avukatlık Meslek Etiği

TESTIMONY OF THE PARTY ATTORNEY IN THE CIVIL PROCEEDINGS

*Res. Asst. Ali Fuat ÇİÇEKLİ***

ABSTRACT

Testimony is the presentation of what they know to the court, except for the parties who have information about the contentious events between the parties. Proxy in the case is the representation of the party in the court. The proxy role and the witness role are positioned separately from each other. The relationship of the attorney with the party and his position in the trial also affect his role of witness. As a rule, the attorney of the party must be a lawyer. In the study, the obligation to testify and those who have the right to abstain from testimony were explained. Then, the voluntary-legal representation institution and the representation authority of the lawyer were examined in the case. The lawyer acting as a party through testimony has various qualifications arising from both being a party attorney and his professional position. Being a party representative concerns the right to fair trial, equality of arms and right to be heard. Its professional position indicates its defense function and the fulfillment of the law, independent of the founding elements of the judiciary. The study, examines whether the attorney attorney can be a witness in all these possibilities by referring to the examples in comparative law.

Keywords Testimony, Attorney at Law, Right to Fair Trial, Equality of Arms, Code of Ethics for Lawyers

* Araş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, alifuatcicekli53@icloud.com, ORCID 0000-0001-7631-9833

** Res. Asst., Gaziantep University Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Execution and Bankruptcy Law, alifuatcicekli53@icloud.com, ORCID 0000-0001-7631-9833



Extended Summary

Testimony is a very important type of evidence that is irreparable in a legal case. Although the statement of the witness is not trusted for various reasons, sometimes the proof of an incident can only take place with the witness who is aware of the incident.

Lawyers can sometimes witness events in the case in which they represent their clients. In this case, it has been discussed in various legal systems as well as in Turkish law whether lawyers can testify or not.

In Turkish law, in the pre-republic period, before the legal revolution, the provisions of Mecelle were applied instead of the procedural law imported from the current Germany. The lawyer was forbidden to testify in Mecelle provisions. However, in German law, it was possible for a lawyer to testify in the case. Therefore, Turkish doctrine has adopted that since the procedural law is taken directly from Germany, its implementation will be the same as in Germany. Law is shaped according to society. Therefore, needs and facts also shape the law. In this context, although a lawyer can be heard as a witness in German law, it is not necessarily the same in Turkish law. In the world, the ability of a lawyer to testify is odd both in terms of judgment and code of professional ethics.

In countries where the judge is active, the statement of witness is evaluated by the judge. Therefore, the judge's assessment of the reliability of the witness's statement allows the lawyer to be a witness. In countries where the judge is not effective, the witness of the lawyer is considered to be a great corruption and undermining the judicial justice. Likewise, there is a relationship of interest between the lawyer and the client. And this relationship of interest can change the course of the case unjustly. However, things change if the lawyer is the only witness to the incident. Likewise, if the lawyer cannot be heard as a witness and the person cannot prove her/his right, a situation contrary to justice will occur. So whether the lawyer will be a witness or not becomes controversial.

This study generally consists of three parts. In the first part, testimony in Turkish law in general is explained. While explaining the testimony, its definition, the evidential nature of the witness statement, the obligation to testify and the right to withdraw from the testimony were examined in detail.

The second part examines the testimony of any lawyer. This review has been considered in terms of the attorney's acting attorney. This proxy relationship is examined with representation activities. On the other hand, the attorney's testimony was examined according to whether he had confidential information or not.

In the third chapter, the main issue is examined. In the first stage, the ability of the lawyer to be a witness was examined according to the title of party. At this stage, "Who is the party?" The question has been asked. This question was answered and the position of the lawyer in the trial was examined. In the second stage, the view accepted in Turkish law in terms of the attorney's testimony was mentioned. The reasons for acceptance of this opinion are explained in detail. In the third stage, an evaluation has been made in terms of the right to fair trial. While making this assessment, the right to fair trial is divided into various subsections. In the third stage, the situation in comparative law is examined. It is mentioned whether the lawyer can be a witness in these legal systems. At the last stage, the study on whether the lawyer will be a witness or not was evaluated in general and our personal opinion was explained. Then, the study was concluded by briefly summarizing the conclusion part.

GİRİŞ

Hukuk yargılamasında vakıanın ispatı, taraflarca delillerin ibrazı suretiyle gerçekleştirilir. Bir vakıanın ispat edilmesi, davada ileri sürülen talebin haklılığını diğer bir deyişle iddianın doğruluğunu ortaya koymaya hizmet eder¹. İspat kavramı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu² (HMK) m.189 hükmü gereği taraf açısından bir yük olmakla birlikte aynı zamanda bir haktır³. Temelinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6 ve T.C. Anayasası⁴ (AY) m.36 hükümleri uyarınca adil yargılanma hakkının bir yansıması olarak hukuki dinlenilme hakkı (HMK m.27) kapsamındaki ispat hakkı, delil gösterebilme hakkı olarak da adlandırılabilir⁵. Bu bağlamda ispat hakkı, belli başlı ispat araçları vasıtasıyla mahkemede delil ileri sürülmesiyle somutlaşmaktadır.

Tanık beyanı da işte bu ispat vasıtalarından birini oluşturur. Tanık, taraflar haricinde söz konusu olaya vâkıf olan üçüncü kişidir. Dikkat etmek gerekir ki tanıklığa başvurulacak kişinin üçüncü kişi olması zorunlu unsur olmakla birlikte tanığın, vakıa hakkındaki bilgilerini mahkemeye sunarken tarafsız olmak yükümlülüğü söz konusu değildir⁶. Tanık, sadece söz konusu olay hakkındaki bilgilerini yorum yapmaksızın sunmalıdır⁷. Diğer bir deyişle tanığın görevi, söz konusu vakıanın doğru olduğunu belirten beyanlarını mahkemeye sunmaktan ibarettir.

Davada vekâlet, tarafın, mahkeme huzurunda temsilidir⁸. Diğer bir deyişle, davasını temsilci aracılığıyla yürütmek isteyen tarafın, yargılamayı bir avukatla takip ettirmesidir⁹. Dikkat etmek gerekir ki davanın tarafıyla taraf vekili birbirinden ayrı kişiler olmalıdır. Taraf vekili, davanın taraflarından başka bir üçüncü kişidir¹⁰. Keza davanın tarafı olan kişinin kendi kendisini temsil etmesi düşünülemez.

¹ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, (6. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020) 375

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011, S.27836

³ Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku Cilt I, (3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020) 755

⁴ T.C. Anayasası Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG. 09.11.1982, S.17863

⁵ Nur Bolayır, Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları, (2014), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C.I, 556

⁶ Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, (9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020) 535

⁷ Yavuz Alagonya, Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, (7. Baskı, Beta Yayınları, 2009) 352

⁸ Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 145; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 269; Levent Börü, Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006) 22

⁹ Türk hukukunda davaya vekâlet ehliyeti kural olarak baroya kayıtlı avukatlara aittir (Avukatlık Kanunu m. 35).

¹⁰ Börü, (n 8) 39

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan taraf vekili avukatın, yargılamadaki olayın veya olayların tanığı olması halinde davaya vekâlet ve tanıklık kurumunun arasındaki ilişkinin akıbeti tartışmaya açıktır. Öncelikle avukat ve tanığın, usul hukuku bakımından rolleri farklıdır. Öte yandan avukatın taraf olup olmadığından ziyade maddi bir olgu olarak taraf olarak görünmesi¹¹ silahların eşitliği ilkesine aykırılığı gündeme getirecektir. Keza vakıanın ispatı için zorunlu olduğu durumlarda avukatın tanıklığının engellenmesi suretiyle maddi gerçeğin yadsınması, adalete erişim hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda çalışmanın konusunu, taraf vekili avukatın yargılamadaki tanıklığı oluşturmaktadır. Çalışmada yargılamada olgusal anlamda taraf olarak nitelendirdiğimiz avukatın tanık olup olmayacağı usul hukuku bakımından incelenecek, tanık olabilmesi halinde vekil sıfatının adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesindeki durumu tartışılacaktır. Bu bağlamda çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde konuyla bağlantılı yönleri açısından genel olarak tanıklık kavramı açıklanacak, ikinci bölümde avukat sıfatını haiz kişinin tanıklığı, tanıklıktan çekinmesi ve istisnaları incelenecektir. Üçüncü bölümde de taraf vekili avukatın tanıklığı; davada temsil, taraf sıfatı ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde irdelenecektir.

I. GENEL OLARAK TANIKLIK

A. TANIM

Tanıklık, davanın tarafları haricindeki üçüncü kişilerin, söz konusu çekişmeli vakıyla ilgili görme veya duyma gibi yetileri yoluyla edindiği bilgilerini mahkemeye sunmaları olarak tanımlanabilir¹². Bu bağlamda tanığın kural olarak¹³ taraflar haricinde¹⁴ üçüncü bir kişi olması önem arz etmektedir. Keza ispat faaliyeti, taraflarca gerçekleştirilmesi gereken bir durumdur

¹¹ Vekilin taraf kavramıyla ilişkisi hakkında bkz. Börü, (n 8) 35 vd.

¹² Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, (7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası 1960) 266; İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, (6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1975) 647; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III (6. Baskı, Demir Yayıncılık 2001) 2567; Mesut Ertanhan, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, (Seçkin Yayıncılık 2005) 48; Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 352; Ömer Ulukapı, Medenî Usul Hukuku, (3. Baskı, Mimoza Yayınları 2015) 397; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 443; Baki Kuru ve Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (Yetkin Yayınevi, 2021) 297; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 534; Tanrıver, (n 3) 882; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 517

¹³ Ergin olmayan veya kısıtlı olan kişilerin isticvap yoluyla dinlenememesi dolayısıyla tanık olarak dinlenmesi hakkında bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 443

¹⁴ Tarafların yanı sıra yargılamayı yürüten hâkim ve zabıt kâtibi de tanıklık yapamaz. Keza hâkim veya zabıt kâtibin yürütülen davada tanıklık yapmış olması ret sebebidir (HMK m.36/1-c, 45). Ertanhan, (n 12) 63

(HMK m.189). Dolayısıyla davada üçüncü kişi olması koşuluyla yaşına, hukukî durumuna, taraflarla akrabalık derecesine bakılmaksızın herkes tanık olarak dinlenebilir¹⁵.

B. TANIK BEYANININ DELİL NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Delil niteliğinde olan tanığın beyanıdır¹⁶. Tanık, beyanında, beş duyu organıyla vakıf olduğu olaya ilişkin olarak bildiklerini mahkemeye aktarmalı özellikle gördüğünü ve duyduğunu açıkça ifade etmelidir¹⁷. Keza tanıklığın konusu, dava dışında ve önceden meydana gelen maddi olaylardan ibarettir¹⁸. Bu bağlamda tanığın görüp duymadığı bir vakıya hakkında beyanda bulunması düşünülemez. Tanık görüp duyduklarını, vakıyayı doğrulamak adına bilirkişiden farklı olarak¹⁹ kendi görüş ve duygularından bağımsız olarak ifade etmelidir²⁰. Olayı bizzat anlatması dolayısıyla tanık beyanı, ikame edilemeyen bir delil niteliğindedir²¹. Keza tanığın beyanı, tarafların anlaşamadıkları, uyuşmazlığın çözümüne etki edecek vakıaların somutlaşmasına hizmet eder. Bu bağlamda tanığın ispat faaliyetindeki görevinin vakıyayı somutlaştırmak olduğunu söylemek yanlış olmaz.

2. Tanık Beyanının Takdiri Delil Olması

Tanık beyanı niteliği gereği takdiri bir delildir²² (HMK m.198). Keza tanığın işiterek, dokunarak veya görerek edindiği bilgilerin unutulması, olayın yanlış telakki edilmesi, heyecan sonucu eksik algılanması veyahut stres, menfaat gibi çeşitli sebeplerle doğrunun söylenemeyebilmesi tanık beyanının şüphe duyulması gereken bir delil olduğunu gösterir²³. Beyanın doğruluğu, mantıklı ve akla yatkınlık durumu değerlendirilmedir. Bu değerlendirme bizzat hâkim tarafından yapılacaktır (HMK m. 198). Bu minvalde hâkim kesin delillerle²⁴ bağlı iken tanık beyanı gibi takdiri delillerle bağlı değildir²⁵.

¹⁵ Yar. HGK, E.2017/2-2707, K.2018/1998; Yar. HGK, E.2015/(7)9-1828, K.2018/1093; Yar. HGK, E. 2014/2-10 K. 2015/1523 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹⁶ Tanrıver, (n 3) 881

¹⁷ Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 534

¹⁸ Postacıoğlu, (n 12) 650; Tanrıver, (n 3) 882

¹⁹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 517

²⁰ Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 352; Yar. 2. HD, E. 2020/5381, K.2020/6879 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

²¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 517

²² Kuru, (n 12) 2616; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 449

²³ Tanrıver, (n 3) 882; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 517

²⁴ Bkz. HMK m. 188, 200-201, 204, 225 vd.

²⁵ Abdurrahim Karlı, Medeni Muhakeme Hukuku, (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 588

Tanıkların takdiri delil niteliği taşıyan beyanları, yargılamanın aydınlanmasına ve gerçeğin ortaya çıkmasına²⁶ yardımcı olur²⁷. Hâkim, kanun gereği tanık beyanını serbestçe değerlendirme yetkisine sahiptir²⁸. Diğer bir deyişle hâkim, tanık beyanlarıyla bağlı olmayıp, tanığın ifadelerinin vakıayı temsil etmediği kanaatine varırsa tanık ifadelerinin aksi yönünde karar verebilir²⁹. Ancak sadece vicdani kanaate göre karar verilmesi veya tanık sözlerine inanılmaması gibi sebepler yeterli değildir³⁰. Keza her tanığın beyanına neden dayanıldığı veya dayanılmadığı gerekçeli bir şekilde ifade edilmelidir³¹.

Hâkim, bir vakıanın takdiri delillerle ispatı mümkün ise, ispata elverişli her türlü olguyu delil olarak değerlendirebilecek ve hükme esas alabilecektir³². Bu bağlamda hâkim, tanığın beyanının doğruluğunu tam olarak tespit etmek amacıyla onu dikkatle sorgulamalı ve çelişkili³³ hususların giderilmesini sağlamalıdır. Kaldı ki kanımızca hâkim, aydınlatma yükümlülüğü gereği (HMK m.31) taraflara olduğu gibi tanığa da maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. Bu bağlamda tanığın ifade ettiği vakıaların, hayatın olağan akışına, bilimsel kurallara uygun olup olmadığına dikkat edilmelidir³⁴. Hâkim, tanığın ifadelerini değerlendirirken onun olaya ilişkin şahsi bilgisinin yanında tanığın kişisel, fiziksel ve ruhsal özelliklerini de nazara alır³⁵. Bu bağlamda tanığın kişiliğine, güvenilir olup olmadığına ve inandırıcılığına dikkat edilmelidir³⁶. Nitekim HMK m. 254 hükmü gereği kendisi dinlenmeden önce tanığa, adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına güveni etkileyecek bir durumunun bulunup bulunmadığı sorulur³⁷.

Yargıtay, kararlarında, tanık beyanının serbestçe değerlendirilmesi hususunda çeşitli kıstaslar oluşturmuştur. Söz konusu kararlara göre tanık beyanlarını değerlendirirken, tanık

²⁶ Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 4; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 52; Tanrıver, (n 3) 128; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 55

²⁷ Cenk Akil ve Meltem Ercan-Özler, 'Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)', (Nisan 2018), 9 (39), TAAD, 65

²⁸ Yar. HGK 13.11.1963 E.1/214 K.90, Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2014) 611; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 395. Aksi yönde bkz. Tanrıver, (n 3) 892

²⁹ Kuru, (n 12) 2616; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 449

³⁰ Ertanhan, (n 12) 279; Akil ve Ercan-Özler, (n 27) 68

³¹ Postacıoğlu, (n 12) 651; Ertanhan, (n 12) 392; Akil ve Ercan-Özler, (n 27) 68

³² Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 479-480

³³ Fatih Karamercan, 'Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık' (2018) (3), Ankara Barosu Dergisi, 182

³⁴ Ertanhan, (n 12) 277 vd.; Karamercan, (n 33) 182

³⁵ Akil ve Ercan-Özler, (n 27) 66; Tanrıver, (n 3) 882

³⁶ Tanrıver, (n 3) 882

³⁷ Akil ve Ercan-Özler, (n 27) 66

beyanları arasında ve tanık beyanlarıyla diğer deliller arasında çelişki bulunuyorsa bu çelişkinin giderilmesi gerektiği³⁸; tanık ifadelerinin sebep ve saiki açıklanabilen inandırıcı, somut açıklamalar şeklinde olması gerektiği³⁹ akrabalık ilişkisinin varlığının, başlı başına, doğru söylemeye engel bir durum olmadığını⁴⁰; hâkimin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanması gerektiğini⁴¹ aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça tanıkların gerçeği söylediklerinin kabulünün gerektiğini⁴² belirtmektedir.

C. TANIKLIK YAPMA ZORUNLULUĞU VE TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI

1. Tanıklık Yapma Zorunluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.245 hükmü gereği tanıklık yapmak kural olarak zorunludur⁴³. Tanıklık etmenin zorunluluğu, maddi gerçeğin tespit edilmesinin kamu hizmeti olması ve her ne kadar tanığın vakıyı tamamen objektif bir şekilde anlatmasının mümkün olmaması sebebiyle zayıf bir delil niteliğinde olsa da⁴⁴ hayatın olağan akışı içerisinde ikame edilmesi mümkün olmayan⁴⁵ vazgeçilemez⁴⁶ bir ispat vasıtası olmasına bağlanmıştır⁴⁷.

2. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanıklıktan çekinmenin yasal sebeplerinden biri HMK m. 247 hükmünde belirtilen durumlardır. Bu hallerde tanıklıktan çekinme bir haktır. Bu kişiler kural olarak tanıklık etmek zorunda değildir. Diğer bir deyişle tanıklık etmek kendi isteklerine bırakılmıştır⁴⁸. Her ne kadar tanıklık yapmanın, vakıanın ispatı ve maddi gerçeğin tespiti açısından zorunlu olarak

³⁸ Yar. 16 HD, E. 2019/5594, K. 2020/6386 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

³⁹ Yar. 2 HD, E. 2020/5312, K. 2020/6710; Yar. 2. HD. E.2020/5315, K.2020/6705 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁴⁰ Yar. 2 HD, 21.9.1972, 4350/5142, (*Kuru*, (n 12) 2617); Yar. HGK, E.2019/2-32, K.2019/993, Yar. HGK, E. 2017/2-1287, K. 2019/90, Mehmet Kürtül, 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararlar ve İçtihadı Birleştirme Kararları, (Yetkin Yayınları, 2020) 369. Yar. 2. HD, 24252/2279, (*Karlı*, (n 25) 595 dn.1186). Tanık beyanlarının inandırıcı olup olmadığının tanıkların dinlendikten sonra karar verilmesi, bu bağlamda henüz tanık dinlenmeden çeşitli sınıflandırmalar yapılmak suretiyle (akrabalık, iş arkadaşlığı gibi) tanıkların beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği konusunda bir değerlendirme yapılmaması gerektiği hakkında bkz. Akil ve Ercan-Özler, (n 27) 71

⁴¹ Yar. 2 HD, 20.12.1973, 7756/7335, (*Kuru*, (n 12) 2617)

⁴² Yar. 2 HD, E. 2010/13505, K.2011/15046, 06.10.2011, (*Karlı*, (n 25) 595 dn.1186); Yar. HGK, 07.02.2019, E.2017/2-1287, K.2019/90, (*Kürtül*, (n 40) 369). Yargıtay'ın tanıkların gerçeği söylemiş olmalarını ilke olarak benimseyen içtihatları gereği mahkemelerin kendilerini tanık beyanı ile bağlı hissetmeye başlamalarının bir sonucu olarak zayıf bir takdiri delil olan tanık beyanının davanın sonucunu belirleyecek kuvvette bir delil gücüne kavuşturulmaması gerektiği hakkında bkz. Akil ve Ercan-Özler, (n 27) 68-69

⁴³ Alman hukukunda da tanıklık kural olarak zorunludur (Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.380).

⁴⁴ *Kuru*, (n 12) 2571

⁴⁵ Ertanhan, (n 12) 72; Karamercan, (n 33) 170

⁴⁶ M.P. Fabreguettes, Adalet Mantiği ve Hüküm Verme Sanatı, Çev. T.C. Adalet Bakanlığı, (Yeni Cezaevi Matbaası, 1945) 146; Ansay, (n 12) 266; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 517

⁴⁷ Ulukapı, (n 12) 397; Tanrıver, (n 3) 882

⁴⁸ *Kuru*, (n 12) 2573

kabul edilmesi gerekse de hükümde belirtilen kişilerin tanıklık yapmak zorunda olması, onları güç bir duruma sokabilir⁴⁹. Keza ailevi durumlar veya kanuni sorumluluklar içindeki tanık, bir yandan kamu hizmeti ifa ederken diğer yandan bireysel bir zarar meydana getirebilir. Dolayısıyla menfaatler dengesi bakımından tanıklıktan çekinme hakkının varlığının bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Tanıklıktan çekinme hakkı üç ana sebebe dayanmaktadır. Bu sebepler; taraflara yakınlıkları sebebiyle çekinme, sır nedeniyle çekinme ve menfaat ihlali tehlikesi sebebiyle çekinmedir.

Taraflara yakınlıkları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı HMK m.248 hükmünde kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme başlığı altında tahdidi olarak sayılmıştır. Diğer bir deyişle sadece hükümde belirtilen kişiler tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler. Söz konusu sebepler kıyas veya yorum yoluyla genişletilemez veya daraltılamaz. Örneğin, taraflardan biriyle tanık arasında imam nikâhı söz konusu ise tanık, çekinme hakkından yararlanmayacaktır⁵⁰. Keza imam nikâhı, Türk hukukunda geçerli bir evlilik olarak tanınmamaktadır⁵¹.

Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı, HMK m.249 hükmü gereği, kanunen sır niteliğindeki bilgilere sahip olan kişilere tanınan bir haktır. Söz konusu sır niteliğindeki bilgiler meslek sırrı, memuriyet dolayısıyla öğrenilen sırlar veyahut icra edilen sanat dolayısıyla edinilen sırlar olabilir⁵². Bu bağlamda avukatların, doktorların, işçilerin⁵³, mali müşavirlerin, meslekleri icabı edindiği bilgilerin kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler olduğu söylenebilir⁵⁴. Ancak çekinme hakkı, sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde kullanılamaz⁵⁵ (HMK m.249). Öte yandan Avukatlık Kanunu⁵⁶ (AvK) m.36 hükmü gereği, sır sahibinin rızası olsa dahi avukatın, tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır.

Menfaat ihlali sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı, HMK m.250 hükmünde belirtildiği üzere tanığın kendisinin veya HMK m.248 hükmünde belirtilen yakınlarının menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda veyahut tanığın beyanının, meslek veya sanatına dair sırların ortaya çıkmasına sebep olabilecek durumlarda söz konusudur. Dikkat etmek

⁴⁹ Karamercan, (n 33) 172

⁵⁰ Umar, (n 28) 774

⁵¹ Umar, (n 28) 774

⁵² Kuru, (n 12) 2573

⁵³ Umar, (n 28) 775

⁵⁴ Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 544

⁵⁵ Kuru, (n 12) 2573

⁵⁶ Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG. 07.04.1969, S. 13168

gerekir ki söz konusu menfaat ihlalinin ortaya çıkması durumunun, duraksamaya yer vermeyecek şekilde kesin olması gerekmektedir⁵⁷.

II. AVUKAT SIFATINI HAİZ KİŞİNİN TANIKLIĞI

A. DAVAYA VEKÂLET EDEN SIFATIYLA AVUKAT

1. Davada Temsil

Davada temsil, bir kimseye yargılamanın taraflarından birinin veya her ikisinin kendileri adına ve hesabına davanın yürütülmesi yetkisi verilmesidir⁵⁸. Bu yetkiyle temsilci, temsil olunan adına davayı yürütürken, onun adına ve hesabına iş ve işlemleri yapar. Öte yandan temsilciye karşı yapılan işlemler de doğrudan temsil olunan üzerinde hüküm ve sonuç doğurur⁵⁹. Bu bağlamda davada temsil, maddi hukuktaki temsil kurumunun bir başka görünümüdür. Ancak maddi hukuktaki temsilden farklı olarak (TBK m.40 vd.) usul hukuku çerçevesindeki temsilde irade serbestisinin geçerli olmadığı söylenebilir⁶⁰. Keza usul hukukunda temsil kurumu oldukça katı, şekli kurallara bağlanmış emredici hükümlerden oluşmaktadır⁶¹.

Türk hukuk yargılamasında davada temsil, kanuni temsil ve iradi temsil olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanuni temsilde, kanun hükümleri gereğince dava ehliyetine sahip bulunmayan tarafı temsil etmek üzere görevlendirilen kimsenin temsilciliği söz konusu iken (HMK m.51-52) iradi temsilde dava, tarafın kendisini temsil etmek üzere görevlendireceği avukatı aracılığıyla yürütülmektedir. Dolayısıyla kanuni temsil ilişkisi, fiil ehliyetine sahip olmayan kişinin iradesinden bağımsız olarak kurulmaktadır⁶². Öte yandan kanuni temsil ilişkisi, dava ehliyetiyle bağlantılı olduğundan dava şartı olarak re'sen hâkim tarafından incelenir (HMK m.114-d). Ancak nihayetinde kanuni temsilci de iradi temsilci gibi, davada,

⁵⁷ Umar, (n 28) 776

⁵⁸ Börü, (n 8) 5; Abdurrahman Kavasoglu, Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2007) 140

⁵⁹ Börü, (n 8) 5; Kavasoglu, (n 58) 140

⁶⁰ Kavasoglu, (n 58) 144

⁶¹ Kavasoglu, (n 58) 144

⁶² Kavasoglu, (n 58) 144; Atalı, Ermenek ve Erdoğın, (n 12) 246

temsil olunan adına hareket eder⁶³. Diğer bir deyişle kanuni temsilci tarafından yapılan her işlem, davanın tarafı adına hüküm ve sonuç doğurur^{64 65}.

İradi temsil ilişkisi bağlamında Türk hukukunda taraflar, davasını kendisi açıp sürdürebileceği gibi bir vekil tayin edip onun aracılığıyla da bu işlemleri yapabilmektedir⁶⁶. Eş söyleyişle bazı ülkelerden farklı olarak⁶⁷ ülkemizde, kural olarak davada vekille temsil zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁸ (HMK m.50-51). Davasını vekil aracılığıyla takip etmek isteyen taraf, kural olarak baroya kayıtlı bir avukatı vekil olarak atamak zorundadır⁶⁹ (AvK m.35/1). Dolayısıyla ancak baroya kayıtlı bir avukatın davaya vekâlet ehliyetinin bulunduğu söylenebilir. Nitekim davaya vekâlet ehliyeti olmayan kişinin tarafı temsil ettiğinin tespit edilmesi durumunda, davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilecektir (HMK m.114/1-f).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davada tanıklık edebilme yönünden kanuni temsilci ve iradi temsilci arasında farklı hükümler ihdas etmiştir. Hukuken davanın tarafı olmadıkları halde, kanuni temsilciler, tanık olarak dinlenemez aksine taraf gibi isticvap edilirler (HMK m.170). İsticvap edilen kimse, tıpkı tanık gibi vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında beyanda bulunur (HMK m.169/2). Ancak isticvap, hukuki mahiyeti ve kanun sistematiği gereği delil değil delil elde etme aracıdır⁷⁰. İsticvapla taraf, sorguya çekilerek aleyhine olan hususlar hakkında beyanda bulunur. Duruşmaya gelmeyerek beyanda bulunmamanın yaptırımını ise o vakıanın ikrar edilmiş sayılmasıdır (HMK m.171). Dolayısıyla

⁶³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 248

⁶⁴ Usul hukukunun niteliği, yapılan işlemlerin sadece davanın tarafı hakkında hüküm ve sonuç doğurmasını gerektirdiğinden davada dolaylı temsil olamaz. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kavasoglu, (n 58) 142-143; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 248; Kuru ve Aydın, (n 12) 540 vd. *Kuru ve Aydın*, hem iradi hem kanuni temsil ilişkisinde verilen kesin hükmün sadece taraflar açısından geçerli olacağını belirtmektedir. Dolayısıyla kesin hükmün sadece tarafları etkileyeceğini, iradi veya kanuni temsilcilerin, üçüncü kişi olduklarından kesin hükümden etkilenmeyeceklerine işaret etmektedir.

⁶⁵ Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.51/2 hükmünde de aynı esas kabul edilmiştir.

⁶⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 260

⁶⁷ Avukatla temsil zorunluluğu bulunan hukuk sistemlerinde iradi temsilden söz edilemeyeceği hakkında bkz. Kavasoglu, (n 58) 144; Alman, Avusturya, Fransız hukuklarında bulunan vekille temsil zorunluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nazlı Ülkü-Gören, 'Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), (2010), 16 (3-4), 310 vd.

⁶⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 261; Ülkü-Gören N, (n 67) 318

⁶⁹ Kanun çeşitli hallerde, vekilin baroya kayıtlı avukat olması zorunluluğuna istisna getirmektedir. Söz gelimi dava takipçileri (AvK Geçici m.17), gemi müdürünün temsilciliği (Türk Ticaret Kanunu m.1070), acentenin temsilciliği (Türk Ticaret Kanunu m.105/2). Diğer istisnalar için bkz. Kavasoglu, (n 58), 281 vd.

⁷⁰ Ansay, (n 12) 249-250; Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, (Yetkin Yayınları, 2001) 80; Postacioğlu, (n 12) 565; Uğur Yağcı, 'İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler', (2012) XVI (1-2), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 287 vd.; Mert Namli, 'The Evidential Value of Interrogation in the Law of Civil Procedure', (2020) (68), Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 79

isticvap edilen kanuni temsilci adeta tarafın yerine geçmekte, vakıa hakkında bilgi ve görgüsü yönünden tarafın “*alter ego*”su olarak görülmektedir⁷¹. Bu bağlamda kanunun sistematığı içerisinde tanıklık için üçüncü kişi olma haricinde hiçbir şart aranmaması koşulunun kanuni temsilcinin de bir üçüncü kişi olduğu göz önüne alındığında mutlak nitelikte olmadığı söylenebilir. Kanun, temsilciyle temsil olunan arasındaki ilişkiyi ele alarak onun taraf gibi isticvap edilmesine hükmetmiştir⁷². Ancak dikkat etmek gerekir ki kanuni temsilci, tarafın bizzat dava hakkına sahip olması halinde isticvap edilemeyecektir (HMK m.170/3).

2. Taraf Vekilinin Temsil Faaliyetleri

Usul hukukuna ilişkin kendine özgü birtakım özellikleri bulunsa da esasında davaya vekâlet kurumu borçlar hukukundaki iradi temsilin bir görünümüdür⁷³ (HMK m.72). İradi temsilci⁷⁴ olarak avukat, tarafın davadaki temsilcisidir. Dolayısıyla kural olarak⁷⁵ avukat, temsil yetkisi çerçevesinde, davanın takibiyle ilgili her türlü işlemi hüküm kesinleşinceye kadar yapabilir (HMK m.73/1)⁷⁶. Nitekim vekilin vekâletnamesinde yapabileceği işlerin tek tek gösterilmesine ve bu hususa ilişkin özel bir yetki verilmesine gerek yoktur⁷⁷. Bu bağlamda avukat, duruşmanın her safhasına katılabilir, beyanda bulunabilir, itiraz edebilir, temyiz isteminde bulunabilir. Doğrudan temsil yetkisinin bir sonucu olarak vekil tarafından yapılan işlemler müvekkil hakkında hüküm ve sonuç doğurur⁷⁸. Öte yandan davaya vekâletin kapsamı kanun tarafından belirlendiği için, söz konusu kapsamı sınırlandırıcı anlaşmalar iç ilişki bakımından geçerli olmakla birlikte dış ilişkide geçersizdir (HMK m.73/2). Kanımızca usul hukuku yönünden vekil-müvekkil ilişkisinin klasik vekâlet ilişkisinden daha sıkı olduğunu söylenebilir. Bu bağlamda vekilin, müvekkilinin hazır bulunduğu duruşmadaki beyanlarına müvekkil açıkça ve hemen itiraz etmediği takdirde bu açıklamalara rıza göstermiş sayılmaktadır (HMK m.78). Öte yandan avukatların sır saklama yükümlülüğü ve hatta vekilin iznine rağmen sırrı açıklamama yetkisi (AvK m.36), yine karşı tarafın ve mahkemenin davaya ilişkin tüm usul işlemlerini vekile karşı yapması⁷⁹, vekilin mazeretinin eski hale getirme

⁷¹ Tanık, davada hiçbir menfaati olmayan kimse iken isticvap edilecek kimse davada kısmen veya tamamen menfaati bulunan kimsedir. Kanun, kanuni temsilciyi de davada menfaati olan kimse olarak görmektedir. Bu konu hakkında bkz. Tercan, (n 70) 165-166

⁷² Tercan, (n 70) 86, 88 dn.56

⁷³ Tanrıver, (n 3) 539

⁷⁴ Kanuni temsil için ayrıca bkz. HMK m.52/1,54, 114/1-d. Ulukapı, (n 12) 199 vd.

⁷⁵ Özel yetki verilmesini gerektiren haller için bkz. HMK m.74/1

⁷⁶ Belirtmek gerekir ki iradi temsilciyle kanuni temsilci arasında temsil faaliyetinin içeriği, temsilcinin yetkisi vb. bakımından hiçbir farklılık yoktur. Bu farklılık sadece söz konusu temsil ilişkisinin kaynağında kendini göstermektedir. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Kavasoğlu, (n 58) 145

⁷⁷ Kavasoğlu, (n 58) 217; Karslı, (n 25) 291-292

⁷⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 283

⁷⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 283

sebebi sayılması (HMK m.95), vekilin bulunduğu davada müvekkile yapılan tebligatın usulsüz sayılacağı⁸⁰ (Tebligat Kanunu⁸¹ m.11/1) söz konusu vekil-müvekkil ilişkisinin kuvvetini gösterir.

B. AVUKAT SIFATINI HAİZ KİŞİNİN DAVADA TANIKLIĞI

1. Sır Niteliğinde Bilgilere Sahip Olmayan Avukatın Tanıklığı

Avukat sıfatına sahip bulunan kimsenin mahkemede tanıklık yapması, kural olarak zorunludur (HMK m.245). Avukat olmak, yargılama sürecinde tanık olmanın istisnalarından biri sayılamaz. Keza yukarıda açıklandığı üzere tanıklık, maddi olgular üzerindeki bilgilerin aktarımından ibarettir. Ancak avukat, davada taraf vekili olmasa dahi sır niteliğinde bilgiye sahipse tanıklıktan çekinebilir (AvK m.36). Dikkat edilmelidir ki avukat, sır kapsamındaki bilgileri, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerek Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri dolayısıyla edinmiş olmalıdırlar (AvK m.36). Nihayetinde taraflarla ilişkisi bakımından meslek sırrına sahip olmayan avukat, mahkemede tanıklık yapmak zorundadır.

2. Sır Niteliğinde Bilgilere Sahip Olan Avukatın Tanıklığı

a. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü

Tanıklıkta bulunma zorunluluğu özelinde, avukatlık mesleğinin icrasından kaynaklanan sır niteliğinde bilgilere sahip avukatların durumu kanun tarafından özel olarak düzenlenmiştir. AvK m. 36/1 hükmü gereği avukatlar meslekleri icabı öğrendikleri sır niteliğindeki bilgileri ifşa edemezler. Öte yandan Avukatlık Meslek Kuralları⁸² m.37 hükmü gereği avukat, meslek sırrıyla bağlıdır. Dolayısıyla avukat-müvekkil ilişkisinden doğan bir sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir. Bu yükümlülük mutlak nitelikte olup davada dahi müvekkilin yararına olarak onun rızası olmadıkça açıklanamaz⁸³. Ancak doktrinde müvekkilin rızası haricinde avukatın, hakkını ispat veya kendisini sorumluluktan kurtarma amacıyla veyahut zorunluluk halinde sırrı ifşa edebileceği belirtilmektedir⁸⁴.

Avukatın ifşa etmekten kaçınması gereken sır niteliğindeki bilgilerin, mesleki ilişkinin getirdiği kolaylıktan faydalanmak suretiyle edinilmesi gerekmektedir. Keza vekâlet

⁸⁰ Hükmün emredici niteliği hakkında bkz. Yar. 12 HD, E.2.3.2001, K.3037/3961, (2002/5), Yargıtay Kararları Dergisi'nden naklen: Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 149 dn.18

⁸¹ Tebligat Kanunu, Kanun Numarası: 7201, Kabul Tarihi: 11.02.1959, RG. 19.02.1959, S. 10139

⁸² 8-9,1.1971 tarihli IV. Genel Kurul Kararı, Türkiye Barolar Birliği Bülteni, 26.1.1971

⁸³ Vekâlet ilişkisi sebebiyle müvekkilin farazi rızası, zorunluluk hali durumlarındaki çeşitli görüşler için bkz. Özcan Günergök, 'Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü' (2003) VII (1-2), AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 660

⁸⁴ Günergök, (n 83) 662 vd.

sözleşmesiyle birlikte taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmaktadır⁸⁵. İşte bu güven ilişkisi müvekkilin avukata sır niteliğindeki bilgilerin verilmesi suretiyle hukuki yardım alınmasını kolaylaştırmaktadır. Gerçekten de avukatın, sır niteliğinde bilgi olması dolayısıyla müvekkilinden konu hakkında eksik bilgi alması veya bilgi alamaması, avukatın vereceği hukuki yardımın zayıf olmasına veyahut yapacağı savunmanın eksik olmasına yol açar⁸⁶. Bu bağlamda avukat, vekâlet sözleşmesi kapsamına girmese dahi⁸⁷ mesleğin icrasından kaynaklanan bilgiler olması şartıyla⁸⁸, müvekkiline ait kişisel, sosyal, politik, ekonomik, dini inanış, cinsel tercih, sağlık, etnik kimlik gibi sır niteliğinde bilgilere sahiptir. Bu bağlamda bilginin sır kapsamında olması için sahibi, bilginin başkalarına açıklanmamasında yarar görmeli ve bilgi, başkaları tarafından bilinmemelidir⁸⁹. Konu özelinde bir örnek vermek gerekirse, avukat, mesleği icabı öğrendiği müvekkilinin sosyal medya hesaplarındaki kişisel mesajların içeriğini öğrenmişse, söz konusu bilgileri sır saklama yükümlülüğüne uygun olarak ifşa etmemekle yükümlüdür. Ancak aynı sosyal medya hesabındaki mesajların müvekkili haricindeki kimseye ait bir bilgiyi içermesi ve bu bilginin müvekkilin sırrı kapsamındaki bir bilgi olmaması durumunda avukatın sır saklama yükümlülüğünden değil duruma göre kişilik haklarını ihlalden söz edilir (Türk Medeni Kanunu m.24-25). Diğer bir deyişle sır saklama yükümlülüğünün kapsamı, vekil-müvekkil ilişkisi dolayısıyla müvekkilden veya müvekkilin çevresinden edinilen müvekkile ait sır niteliğindeki bilgilerle sınırlıdır⁹⁰. Öte yandan avukatın söz konusu sır saklama yükümlülüğü avukatlık ilişkisinin sona ermesi, vekâletten azledilmesi veyahut müvekkilin ölümü ile de sona ermez⁹¹. Avukat, söz konusu yükümlülüğe kural olarak ömür boyu uygun davranmak zorundadır⁹².

b. Avukatın Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.249 hükmü, kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimselerin, sır niteliğinde bilgiler hakkında tanıklıktan çekinebileceklerini düzenlemiştir. Söz konusu kişiler hakkında, sır sahibinin rızasının varlığı halinde tanıklıktan çekinme haklarının ortadan kalkacağı yukarıda

⁸⁵ Semih Güner, 'Sır Saklama Yükümlülüğü', (2000) (3) Ankara Barosu Dergisi, 46

⁸⁶ Güner, (n 85) 46

⁸⁷ Avukatlık Meslek Kuralları m.37/a "Avukat, davasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayar. Avukatlık sırrının tutulması süresizdir, meslekten ayrılmak bu yükümü kaldırmaz."

⁸⁸ Günergök, (n 83) 657

⁸⁹ Bir bilginin sır niteliğinde olması hususundaki gerekli şartlar için bkz. Günergök, (n 83) 656

⁹⁰ Günergök, (n 83) 657; Umar, (n 28) 775

⁹¹ Güner, (n 85) 48; Mikdad Lamih Çelik, 'Meslek Kurallarında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü', (2007) 2 (14), Terazi Hukuk Dergisi, 89

⁹² Güner, (n 85) 48; Çelik, (n 91) 89

açıklanmıştı⁹³. Ancak söz konusu hükümde Avukatlık Kanununa ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

Avukatlık Kanununda saklı tutulan hükümler, açıkça anlaşılacağı üzere m.36'da bulunan sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerdir. Söz konusu hükme göre avukatlar sır niteliğindeki bilgiler hakkındaki vakıalar hakkında tanıklıkta bulunamazlar, meğerki sır sahibinin bu hususta rızası olsun. Diğer bir deyişle avukatlar görevleri sebebiyle öğrendikleri sır niteliğindeki bilgileri, müvekkilin izni olmaksızın açıklayamaz. Ancak söz konusu hükmün devamında avukatın, müvekkilinin izni dahi olsa bu bilgiler hakkında tanıklıktan çekinme hakkının devam edeceğini belirtmiştir. Hükmün getiriliş amacının avukatlık mesleğinin etik ilke ve sorumluluğunun bir gereği olduğu söylenebilir⁹⁴. Gerçekten de eğer böyle bir hüküm mevcut bulunmasa idi avukatın, müvekkilinin rızası dâhilinde de olsa sır niteliğindeki bilgileri tanık olarak beyan etmesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmasının karşısında temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanan avukat-müvekkil ilişkisine zarar verecekti. Keza kanımızca müvekkilin, sırrını paylaştığı avukatının, her koşulda sırrını saklayacağından emin olmasının gerekmesi karşısında kendi rızası dâhilinde de olsa bu bağlamda bir boşluk bulunması avukatlık mesleğinin ruhuna ve mesleki gizlilik ilkesine⁹⁵ aykırılık oluşturacaktır.

III. TARAF VEKİLİ AVUKATIN TANIKLIĞI

A. YARGILAMADAKİ KONUMU AÇISINDAN AVUKAT

1. Genel Olarak

Taraf vekilinin kural olarak avukat olması gereklidir. Ancak bu kuralın mutlak nitelikte olmadığı daha önce belirtilmişti⁹⁶. Bu bağlamda bir davada taraf vekili, avukat olmayabilir. Ancak davada taraf vekili olmayan avukat olabilir mi?

Avukatlık bir meslek olarak, serbest meslektir (AvK m.1). Avukat, bireylere hukuki ilişkilerinin düzenlenmesinde yardımcı olur ve her türlü hukuki sorun ve uyuşmazlıkların hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesini her çeşit merci, kurum ve kuruluş önünde sağlamakla yükümlüdür (AvK m.2/1). Yalnızca avukat niteliğini haiz kişiler belli türdeki iş ve işlemlerde bulunabilir (AvK m.35). Bu bağlamda avukat, hukuki konular hakkında görüş bildirebilir, mahkemelerde vekil olarak bireyleri savunabileceği gibi vekil olmaksızın da

⁹³ Bkz. Bölüm I.C.2

⁹⁴ Güner, (n 85) 51

⁹⁵ Dilşad Çiğdem Sever, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar', (2018) (4), Ankara Barosu Dergisi, 249

⁹⁶ Bkz. Bölüm II.A.1

birtakım adli işlemlerde bulunabilir (AvK m.35/1). Eğer bir davada kişi avukat sıfatıyla bulunuyorsa o, mutlaka taraf vekili olmak zorundadır (HMK m.76, 77, 151). Ancak avukat sıfatını haiz olup da taraf vekili olmayan kimseler de davada başka sıfatlarla bulunabilir. Keza baroya kayıtlı avukat; tarafa hukuki görüş verebilir, bilirkişilik yapabilir, konkordato komiserliği yapabilir. Nihayetinde çalışma, avukatın taraf vekili olması halinde onun tanıklıkta bulunup bulunamayacağı noktasında önem arz etmektedir. Yoksa avukat, tarafa hukuki danışmanlık yapmış veyahut taraf vekili iken istifa etmiş, azledilmiş ise onun tanıklık yapıp yapamayacağı farklı bir konu bağlamında değerlendirilir.

Taraf vekili avukatın yargılama sürecindeki konumu, yargılamada tarafın kim olduğunun tespiti noktasında toplanmaktadır. Diğer bir deyişle avukatın taraf olup olmadığı, onun tanıklık yapabilme koşullarından olan yargılamanın tarafları haricindeki üçüncü kişi olması şartını taşıyıp taşımadığını ortaya koyacaktır. Bu bakımdan öncelikle “taraf kimdir?” sorusu konu bağlamında önem arz etmektedir.

2. Yargılamada Taraf

Taraf kavramının saptanması, hem maddi hukuk hem de usul hukuku anlamında ayrı bir öneme sahiptir. Taraf olmak kendine özgü çeşitli hak ve yükümlülükleri de beraberinde getirir. Kural olarak yargılama, taraf teşkili bağlamında menfaatleri birbirine zıt iki taraf üzerinde yürür. Bu bağlamda tarafın belirli veya belirlenebilir olması, taraf menfaatinin yerine getirilmesine hizmet eder.

Usul hukuku bağlamında taraf, bir davada yargılama yetkisine sahip makamdan hukuki himaye talep edenle birlikte, kendisine karşı hukuki himaye talebinde bulunulan kimseye denir⁹⁷. Hukuki koruma talep edene davacı, kendisine karşı hukuki koruma talep edilene davalı denir⁹⁸. Dolayısıyla her davada en az bir davacı ve en az bir davalı olmak şartıyla iki farklı tarafın bulunması gerekir⁹⁹. Diğer bir deyişle bir kimse kendisiyle davacı veyahut kendisiyle davalı olamaz¹⁰⁰. Aksi takdirde ortada bir dava söz konusu olamaz¹⁰¹.

⁹⁷ Söz konusu olgu, şekli anlamda taraf teorisine dayanmaktadır. Serdar Kale, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, (On İki Levha Yayınları 2010), 7-8; Evrim Erişir, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, (Güncel Yayınevi 2007), 55; Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 113; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 250; Karşlı, (n 25) 273; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 210

⁹⁸ Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 113; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 250

⁹⁹ Erişir, (n 97) 57

¹⁰⁰ Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 113

¹⁰¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 211

Maddi hukuk anlamında taraf kavramı ise usul hukukundan ayrılmakta, davadaki taraf sıfatına bakılmaksızın gerçek anlamda uyuşmazlığın tarafı olan kimseleri belirtmektedir¹⁰². Diğer bir deyişle maddi anlamda taraf, usul hukuku içerisindeki husumetle ilgilidir¹⁰³. Husumet, maddi anlamda taraf sıfatının karşılığıdır¹⁰⁴. Maddi hukuktan doğan hak sahibi davada husumet ehliyetine sahiptir. Ancak dikkat edilmelidir ki maddi anlamda hak sahibinin tespiti çoğu zaman bir yargılamayı gerektirmektedir. Bu bağlamda husumet ehliyeti usul hukukunu ilgilendirmemektedir. Gerçekten de şekli anlamda taraf olan davacı veyahut davalı, eğer maddi anlamda hak sahibi olarak taraf sıfatına sahip değillerse mahkeme, davanın esastan reddine karar verir¹⁰⁵. Söz konusu mahkeme hükmü, davada taraf gösterilen kimsenin taraf sıfatının bulunmadığına ilişkin tespiti içeren maddi hukuk açısından sonuç doğuran bir hüküm niteliğindedir¹⁰⁶. Bu bağlamda yargılama hukuku anlamında taraf, hukuki himaye talep eden diğer bir deyişle dava dilekçesinde talepte bulunan davacı veya kendisine karşı dava dilekçesi tebliğ edilen davalıdan biri olan birbirinden farklı kimselerden oluşan iki ayrı cihettir. Nitekim gerek kanuni temsilci gerek iradi temsilci yargılamanın tarafı olarak nitelendirilemez.

Avukatın, üçüncü bir kişi olması dolayısıyla tanık olarak dinlenebileceği söylenebilir. Ancak avukat, aşağıda açıklanacağı üzere hukuken taraf olmamakla birlikte, maddi bir olgu olarak temsil ettiği tarafındadır¹⁰⁷. Bu bağlamda avukatın, tanıklık yapabilmesi bakımından yargılamanın herhangi bir tarafı olmadığından açıkça bahsedilemez. Öte yandan hâkimin, vekillik yaptığı bir davada hâkimlik yapamaması göz önüne alındığında (HMK m.34/1-f), vekilin taraflardan bağımsız olarak üçüncü bir kişi olarak kabulü mümkün olmasa gerektir.

Temeli yargısal bir faaliyet¹⁰⁸ olan çekişmesiz yargıda, taraf kavramından bahsedilemez. Keza belirtildiği üzere ortada bir dava olması için menfaatleri birbirine zıt iki tarafın olması gerekir¹⁰⁹. Oysaki çekişmesiz yargıda bir uyuşmazlıktan söz edilemez (HMK

¹⁰² Maddi anlamda taraf teorisi için bkz. Kale, (n 97) 6-7; Erişir, (n 97) 54; Ulukapı, (n 12) 186; Tanrıver, (n 3) 528; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 209

¹⁰³ Kale, (n 97) 23; Ulukapı, (n 12) 86; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 231

¹⁰⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 262; Karlı, (n 25) 290; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 229; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, (n 6) 250

¹⁰⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 267

¹⁰⁶ Kale, (n 97) 50; Erişir, (n 97) 54; Alagonya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, (n 7) 121; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 267; Ulukapı, (n 12) 190; Tanrıver, (n 3) 528; Karlı, (n 25) 290

¹⁰⁷ Bkz. Bölüm III.A.3

¹⁰⁸ Baki Kuru, Nizasız Kaza, (Ajans Türk Matbaası 1961) 10; Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, (Yetkin Yayınları 2017), 19. Aksi yönde bkz. Postacıoğlu, (n 12) 26-27. *Postacıoğlu*, çekişmesiz yargı işlerini idari faaliyet olarak tanımlamanın daha doğru olduğu kanısındadır.

¹⁰⁹ Kale, (n 97) 36; Erişir, (n 97) 105; Aras, (n 108) 125

m.382/1-a). Bu bağlamda Kanun, çekişmesiz yargı işlerinde, işin konusuyla bağlantılı olan kimseleri “ilgili”¹¹⁰ olarak nitelendirmektedir (HMK m.382/1).

Maddi anlamda ilgili, çekişmesiz yargı sonucunda verilecek karardan maddi hukuk bakımından etkilenecek olan kimsedir¹¹¹. Şekli anlamda ilgili ise usul hukuku bakımından geçerli olan, mahkemeden çekişmesiz yargı işi hakkında karar verilmesi talebinde bulunan kimsedir¹¹². Çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak re’sen araştırma ilkesi uygulandığından (HMK m.385/2) hâkim, kendiliğinden her türlü delili inceleyebilir. Dolayısıyla taraflarca getirilme ilkesi çekişmesiz yargı işlerinde geçerli değildir.

Çekişmesiz yargı işlerinde tanıklığa ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır (HMK m.385/1). Bu bağlamda HMK m.240/1’deki davada taraf olmayan kişilerin tanık olarak dinlenebileceğini belirten hüküm çekişmesiz yargıya uygulanmayacaktır¹¹³. Dolayısıyla gerek maddi anlamda ilgili, gerek şekli anlamda ilgili olan kimseler çekişmesiz yargı işinde tanık olarak dinlenebilir¹¹⁴. İlgilinin tanık olarak dinlenebildiği durumda evleviyetle vekilinin de tanık olarak dinlenebilmesi gerekir.

3. Avukatın Taraflar Karşısındaki Konumu

Avukat, hem maddi hukuk anlamında hem de usul hukuku anlamında taraf değildir. Keza taraf vekili, maddi veya şekli anlamda taraf olmaktan ziyade davacı veya davalı tarafın temsilcisi konumundadır. Taraf vekili, temsilci sıfatıyla taraf adına olmak üzere; dava açar, davayı takip eder, yargılama giderlerini tahsil eder, verilen kararı temyiz eder. Diğer bir deyişle avukatın yerine getirdiği işlemler, kendisi üzerinde değil taraf üzerinde hüküm ve sonuç doğurur. Öte yandan avukat, yargılamadaki konumu açısından ne hukuki himaye talep eden ne de kendisine karşı hukuki himaye talep edilendir. Kaldı ki dava dilekçesinde avukat, davacı veya davalı olarak değil davacı veya davalı vekili olarak gösterilir. Bu bakımdan taraf vekilini hukuken taraf olarak nitelendirmek doğru değildir.

Avukatın taraflar karşısındaki konumu açısından bir değerlendirme yapmak elzemdir. Keza taraf vekilleri, her ne kadar hem maddi anlamda hem de şekli anlamda taraf olarak nitelendirilemese de yanında bulunduğu tarafın temsilciliğini yaptığı olgusu gözden

¹¹⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ihdas edilmeden önce *Kuru*, çekişmesiz yargı işlerinde taraf kavramı yerine ilgili kavramının kullanılması gerektiğine işaret etmişti. *Kuru*, ‘Nizasız’ (n 108) 139

¹¹¹ *Kuru*, ‘Nizasız’ (n 108) 141; *Erişir*, (n 97) 105-106; *Aras*, (n 108) 127

¹¹² *Kuru*, ‘Nizasız’ (n 108) 142; *Erişir*, (n 97) 106; *Aras*, (n 108) 128

¹¹³ *Kuru*, ‘Nizasız’ (n 108) 145; *Aras*, (n 108) 160

¹¹⁴ *Kuru*, ‘Nizasız’ (n 108) 145; *Aras*, (n 108) 160

kaçırılmamalıdır¹¹⁵ (AvK m.2). Taraf vekili avukatlar, müvekkilinin savunma hakkını (AY m. 36/1) kullanmasına aracı olmaktadır. Bu bağlamda yargılamanın her aşamasında temsil ettiği taraf adına iş ve işlemlerde bulunur. Taraf vekili avukatla müvekkili arasındaki bağ o kadar güçlüdür ki avukat, müvekkilini bir davada temsil etmiş veyahut ona bir uyuşmazlık hakkında mütalaada bulunmuşsa artık söz konusu dava veya uyuşmazlığın karşı tarafı lehine avukatlıkta bulunamaz (AvK m.38/1-c). Hatta söz konusu yasak avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsamaktadır (AvK m.38/2). Tüm bunlara ek olarak sır saklama yükümlülüğü karşısında kanımızca taraf vekili avukat, hukuken taraf konumunda olmasa da maddi bir olgu olarak taraf konumundadır.

4. Avukatın Yargılamanın Özneleri Karşısındaki Konumu

Yargılama sav-savunma-hüküm üçgeninde, iddia ve savunmanın ortaya konulması ve hükmün verilmesi şeklinde gerçekleşir. Hukuk yargılamasında taraflar, iddia ve savunmalarını delilleriyle beraber ortaya koyup tartışırlar. Muhakemenin nihayetinde ise hâkim, hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm verir (AY m.138/1). Ceza yargılamasında müdafî-savcı-hâkim olarak daha net bir şekilde ortaya çıkan öznelerin çatışması durumu, hukuk yargılamasında da kendini gösterir. Taraf vekillerinin tez ve antitezleriyle bir sonuca ulaşılmaya çalışılır¹¹⁶. Bu bağlamda avukatların görevini gereği gibi ifa etmesi hâkimin verdiği kararın hukuka ve adalete uygun olması sonucunu doğurur¹¹⁷.

Avukatlık, kamu hizmeti olup yargının kurucu unsurlarından savunma unsuruna bağımsızca hizmet eder (AvK m.1). Bu bağlamda avukatlık rolü, sav-savunma-hüküm üçgeninde yer alır. Avukatın yargının kurucu unsurlarından olması onun toplum ve adalete erişim bağlamındaki konumundan kaynaklanmaktadır¹¹⁸. Yargılamada avukat, taraf vekili olarak sırf müvekkilinin temsilciliğini yapmaz. Onun yargılama sürecinde hukuk kurallarından kaynaklı görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Avukat, vekillik görevini ifa ederken savunmanın kutsallığı ilkesi gereği işini, özenle ve meslek onuruna yaraşır bir biçimde yapmalıdır (AvK m.34). Esasında işini özenle yapma yükümlülüğü, müvekkile karşı bir yükümlülük gibi gözükse de (Türk Borçlar Kanunu m.506/2) bütüncül anlamda savunma kurumunu ifa eden avukatların mesleki saygınlığı koruma yükümlülüğüyle de yakından

¹¹⁵ Tanrıver, (n 3) 322

¹¹⁶ Barış Yaltı, 'Avukat', (2011) 85 (4), İstanbul Barosu Dergisi, 4. Hukuk yargılamasındaki tez-antitez-sentez üçlüsünün değerlendirilmesi ve şematik gösterim için bkz. Barış Yaltı, 'Avukatın Yargılamadaki Yeri ve Önemi', (2011) 85 (5), İstanbul Barosu Dergisi, 84

¹¹⁷ Hazal Ocaklı, 'Yargı Bağımsızlığı Açısından Avukatların ve Baroların Bağımsızlığı', (2020) 15 (195), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1751

¹¹⁸ Yaltı, 'Avukat' (n 116) 3

bağlantılıdır¹¹⁹. Öte yandan savunma dokunulmazlığı (AY m.36), sır saklama yükümlülüğü (AvK m.36), yolsuz ve haksız işleri reddetme yükümlülüğü (AvK m.38/a), menfaati zıt olan diğer tarafın vekilliğini yapmama yasağı (AvK m.38/b), reklam yasağı (AvK m.55), çekişmeli hakları edinme yasağı (AvK m.47) gibi hak ve yükümlülükler, avukatın bağımsız savunmayı gereği gibi yerine getirerek adaletin gerçekleşmesini sağlama rolünü somutlaştıran araçlardır.

Avukatlık rolü tıpkı hâkimlik rolü gibi adaletin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Oysa tanıklık rolü, tamamen yargılamadan bağımsız olarak vâkif olduğu vakıyı mahkemeye sunmaktan ibarettir. Dolayısıyla avukatlık ve tanıklık aynı davada birleşemez. Aksi durumda avukat, savunma rolünü gereği gibi ifa edemez. Öte yandan bu yönde sav-savunma-hüküm üçgeninden biri olan hâkimin, yürüttüğü davada tanıklık yapamayacağı yasal olarak düzenlenmiştir. Keza hâkimin, yürütülen davada tanıklık yapmış olması ret sebebidir (HMK m.36/1-c).

Türk hukukunda taraf vekili olan avukatın, davada tanık olarak dinlenmesinin avukatlık meslek etiğine aykırı olduğu yönünde çeşitli görüşler¹²⁰ bulunsa da hukuken böyle bir yasak bulunmamaktadır. Keza Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, her ne kadar doğru ve haklı olsa da açıkça taraf vekilinin tanıklık yapamayacağına ilişkin yasal düzenlemenin bulunmaması dolayısıyla, vekilin tanıklık yapmasının disiplin suçu oluşturmayacağını belirtmiştir¹²¹.

Avukatlık rolünün tanıklık rolüyle birleşemeyeceği, bunun hem adaletin tesisi hem de avukatlık meslek etiğine aykırı olduğu Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde de kabul edilmektedir. Amerikan yargılama usulü hukukunda, taraf vekili avukatın aynı zamanda tanıklık yapması meslek etiği açısından uygun bulunmamaktadır¹²². Gerekçe olarak avukatlık rolünün tanıklık rolünden farklı olduğu¹²³, ikisinin bir arada bulunmasının mesleki bağımsızlığa zarar vereceği¹²⁴, çapraz sorgu yöntemiyle çoğu zaman tanığın itibarına darbe vurarak güvenilirliğinin azaltılması suretiyle avukatlık mesleğinin profesyonelliğine etki

¹¹⁹ Levent Uysal, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, (2008) 82 (6), İstanbul Barosu Dergisi, 2959-2960

¹²⁰ Ankara Barosu Disiplin Kurulu, E.1994/37, K.1995/2, 27.01.1995, (Güner, (n 85) 51 dn.16)

¹²¹ TBB Disiplin Kurulu, E.1995/24, K.1995/26, 05.04.1995, (Ankara Barosu Dergisi 1995 S.2 116'dan naklen Güner, (n 85) 51 dn.17)

¹²² Amerikan mahkemelerinin, avukatın aynı zamanda tanık olması durumunu, “*son derece ahlaksız, mesleğin itibarını düşürücü, yargılama yolsuzluğu*” olarak nitelendirdiği görülmektedir. Alger v Merritt, (1864); Inglett Co. v Everglades Fertilizer Co. (1958); Frear v Drinker, (1848); Ferraro v Taylor, (1936); In v Estate of Comegys, (1955); Cobbed v Hudson, (1852). İlgili mahkeme kararları için bkz. Arnold N. Enker, ‘The Rationale of the Rule That Forbids Lawyer to Be Advocate and Witness in the Same Case’, (1977) 2 (2), American Bar Foundation Research Journal, 456 <www.jstor.org/stable/828059> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2021

¹²³ Enker, (n 122) 461

¹²⁴ Enker, (n 122) 463

edeceği¹²⁵ gösterilmektedir. Öte yandan yargılamanın seyri açısından söz konusu tanıklık yasağının varlığıyla avukatın, müvekkiliyle ilişkisi nedeniyle tarafsız olmasının mümkün olmadığını dolayısıyla gerçeği çarpıtabileceğini¹²⁶, bu bağlamda hükümde etkisi olan jürinin veya hâkimin kararının etkilenmesi sonucunu doğuracağı belirtilmektedir¹²⁷. Hatta söz konusu görüş, avukatın, tanıklık yapması durumunda çapraz sorguya hazırlık gibi durumlar nedeniyle avukatın performansının düşeceğini, bu durumun da müvekkiline zarar vereceğini belirtmektedir¹²⁸. Yine avukat-müvekkil ilişkisinin temelinde bir menfaat ilişkisi bulunması dolayısıyla avukatın tanıklığının jüri veya hâkim nazarında haksız bir önyargı oluşturabileceği¹²⁹ ve bunun sonucunda tanıklık durumunun müvekkil aleyhine bir durum oluşturabileceğine işaret edilmektedir.

B. TÜRK HUKUKUNDA AVUKATIN TANIKLIĞI

Doktrindeki hâkim görüş, taraf vekili olan avukatın, yargılamada herhangi bir şekilde taraf sıfatının bulunmaması dolayısıyla tanıklık yapabileceğini kabul etmektedir¹³⁰. Söz konusu görüşe göre avukatın, vekâleten takip ettiği davada, taraflara nazaran üçüncü kişi konumunda olduğundan, görevi dışında öğrendiği hususlar haricinde tanıklık yapma zorunluluğu vardır¹³¹. Öte yandan aynı yönde bir başka görüşe göre¹³² tanıklık yapmak için taraf olmamak dışında çeşitli sebeplerle ret veya yasaklılık sebepleri öngörülmesi suretiyle başka bir şart aranmasının, tanıklık eden kişilerin her halde sınırlı sayıda olması dolayısıyla ikamesinin mümkün olmaması karşısında ulaşılmak istenen amaca aykırı düşeceğini belirtmektedir. Ancak avukat, meslek sırrı niteliğindeki bilgiler söz konusu ise tanıklık yapamaz (AvK m.36/1). Nitekim söz konusu meslek sırrı niteliğindeki bilgilerin sahibi, sırrın açıklanmasına izin verdiği takdirde tanıklıkta bulunulabilir (HMK m.249, AvK m.36/2, 36/3).

¹²⁵ Enker, (n 122) 462; Douglas R. Richmond, *Lawyers as Witnesses*, (Winter 2006) 36 (1) *New Mexico Law Review*, 48 <<https://core.ac.uk/download/pdf/151580189.pdf>> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021

¹²⁶ Yeni Güney Galler mahkemelerinde, avukat-müvekkil ilişkisinin menfaat ilişkisi olduğuna işaret ederek çıkar ilişkisinin olduğu durumlarda kural olarak avukatın tanıklığının yargılamaya zarar vereceği belirtilmektedir. Kararlar için bkz. NSWSC 1406; NSWSC 1078, <www.austlii.edu.au> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021. Yine Kanada hukukunda da mahkeme kararlarında, avukatın tanik olamayacağı belirtilerek, ilke olarak taraf vekilinin yargılamada kendi adına delil sunamayacağını, dolayısıyla tanıklığının kabul edilemez olduğu belirtilmektedir. Kararlar için bkz. *R. v Deslauriers*, 1992/4022 (MB CA); *Stanley v Douglas*, 1951/30 (SCC), [1952] 1 SCR 260, <www.canlii.ca/t/22rwh> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021; *Webb v Attewell*, 1994/8699 (BC CA), <www.canlii.ca/t/231q8> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021

¹²⁷ Richmond, (n 125) 49

¹²⁸ Richmond, (n 125) 49

¹²⁹ Richmond, (n 125) 49

¹³⁰ Ansay, (n 12) 266, 269. *Ansay*, eski hukuka göre (Mecelle m.1703) vekil, tanıklık yapamazken şimdiki tanıklık hükümlerinin Alman Kanunundan alınması ve bu yönde bir yasağın açıkça öngörülmemesi dolayısıyla vekilin tanıklık yapabileceğini belirtmektedir. Kuru, (n 12) 2574; Ertanhan, (n 12) 67; Umar, (n 28) 775; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 443

¹³¹ Kuru, (n 12) 2574

¹³² Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 518

Söz konusu rıza, müvekkilin vekile bir talimatı olarak kabul edilmelidir¹³³. Sır niteliğindeki bilgilerin korunması hakkının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması dolayısıyla bu talimat ancak müvekkilin kendisi tarafından verilebilir¹³⁴. Yoksa müvekkilin bir temsilcisi aracılığıyla verilemez. Rıza, açıkça verilebileceği gibi zımnen de verilebilir¹³⁵. Öte yandan verilen rıza, sadece verildiği kapsamdaki sırların açıklanmasına ilişkindir¹³⁶. Eş söyleyişle bir davada sırnın açıklanmasına rıza gösterilmişse bu, vekilin tümüyle sır saklama yükümlülüğünden kurtulduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda taraflardan birinin davadaki vekili konumunda olan avukatın, şartlar oluştuğu takdirde müvekkili tarafından veyahut diğer tarafça tanık gösterilip duruşmada dinlenmesinde yasal olarak bir sakınca bulunmamaktadır¹³⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) bir kararında taraf vekili avukatın, üçüncü kişi olduğunu belirterek yasal anlamda bir engelin de bulunmaması karşısında tanık olarak dinlenebileceğine hükmetmiştir¹³⁸. Yine YHGK güncel tarihli bir kararında özetle; açıklama ve ispat hakkının silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde taraflarca eşit olarak kullanılması gerektiğini, taraf vekilinin tanık olarak dinlenmemesinin tarafın ispat hakkını elinden almak sonucunu doğuracağını, bu durumun da taraflar arasında eşitsizlik yaratacağını belirterek avukatın, vekillik yaptığı yargılamada tanık olarak dinlenebileceğine hükmetmiştir¹³⁹.

Taraf vekilinin davada tanık olarak dinlenebilmesi Alman hukukunda da kabul edilmektedir. Alman hukukunda, avukatın, taraf vekili olduğu davada aynı zamanda tanık

¹³³ Günergök, (n 83) 661

¹³⁴ Günergök, (n 83) 662

¹³⁵ Günergök, (n 83) 662

¹³⁶ Günergök, (n 83) 662

¹³⁷ Umar, (n 28) 775

¹³⁸ "...Öte yandan taraf vekili, üçüncü kişi olup, tanık olarak dinlenmesinde hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Davacı vekili yargılamayı takip eden kişi olarak duruşmalarda hazır olduğu için çağrılması yönünden masraf depo edilmesine de gerek olmadığı çok açıktır. O nedenle tanıkların dinlenmesi için mahkemenin masraf verilmesine ilişkin kesin hükmünün davacı vekili yönünden hukuken bir etkisi bulunmamaktadır. O halde, vekili tanık olarak dinlemeli özellikle dava tarihinden önceki olaylar hakkında bilgi ve görgüsü alınmalı dosyadaki tüm deliller birlikte takdir edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir..." Yar. HGK E.1996/2-897, K.1997/86, 06.05.1999 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹³⁹ "...Davalı-karşı davacı vekilinin delil listesinde yer alan aynı zamanda vekili olan tanığın yasal olarak dinlenilmesinin mümkün olduğu, bu tanığın da diğer tanıklar gibi HMK'nin 240. ve devamı maddeleri gereğince dinlenilmesi gerektiği, aksi durumda esasen hukuki dinlenilme ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyet verilmiş olunacağı, savunma hakkının kısıtlanacağı aşıkardır. Ayrıca yargılamanın geçirdiği safhalar ile dosyada mevcut bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucu delil listesinde yer alan bu tanığın dinlenilmesi talebinin davayı uzatma amacıyla yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle davalı-karşı davacı tanığı dinlenilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekmektedir..." Yar. HGK E. 2017/2-2209, K. 2020/475, 24.6.2020 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

olarak dinlenebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁰. Keza bu yönde Alman Federal Mahkemesi (BGH) bir kararında¹⁴¹, temyiz mahkemesinin, ZPO m.139¹⁴² 143 hükmü uyarınca tarafların dayandıkları tüm vakıaları zamanında ve eksiksiz olarak açıklamasını, ileri sürülen vakıaların somutlaştırılması için gerekli bilgi ve belgelerin sağlanmasını, kanıtları tanımlamasını ve ilgili başvuruları yapmasını sağlaması yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Federal Mahkeme, söz konusu yükümlülüğü yerine getirmeyen temyiz mahkemesinin, tarafın bilgilenme hakkını ihlal ettiğine karar vererek, eğer mahkeme söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmiş olsaydı, tarafın, vekili olan avukatı tanık olarak gösterebileceğini¹⁴⁴ belirtmiştir.

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde yargılama boyutunda vekilin tanık olarak dinlenmesi kural olarak mümkün değildir. Amerikan hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak taraf vekilinin tanıklığı yasal olarak düzenlenmiştir. Amerikan Barolar Birliği Meslek Etiği Kuralları (ABA Model Rules of Professional Conduct)¹⁴⁵ m.3/7 hükmünde avukatın, kural olarak tanıklık yapması muhtemel olan bir davada taraf vekili olamayacağı belirtilmiştir. Ancak avukat, davanın tek tanığı olması, edinilen bilgilerin mesleki sır niteliğinde olmaması ve avukatın taraf vekili olamaması veyahut görevinden çekilmesi durumunun tarafı oldukça zor bir duruma sokması halinde tanıklık yapabilmektedir. Anlaşılacağı üzere bu üç şart kümülatif olarak bir arada bulunması gerekir.

Kümülatif şartlardan müvekkilin zor durumda kalması durumu haricinde diğer şartlar oldukça açık ve nettir. Müvekkilin zor durumda kalması halinin değerlendirilmesinde, mahkeme, öncelikle, söz konusu hükmü dar yorumlamalı ve avukatın hem vekillik hem tanıklık rolünde bulunmasının yargılamaya vereceği zararın müvekkiline vereceği zarardan

¹⁴⁰ Harald Bürck, Der prozessbevolmaechtichte Reschtsanwalt als Zeuge im Zivilprozess (NJW, 1969) 906-910'dan naklen: Kuru, (n 12) 2574

¹⁴¹ BGH, 8 Mayıs 2007 tarihli karar, VI ZB 80/06; LG Dresden, <www.lexetius.com/2007,1189> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021

¹⁴² Alman Medeni Usul Kanunu (Zivilprozessordnung).

¹⁴³ ZPO m.139/1 hükmü gereği aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde hâkim, vakıanın gerçekliğini taraflara, tanığa soru sorarak test etmelidir. İleri sürülen vakıaların gerçeğe aykırı olması halinde dikkate alınmamalıdır. Eberhard Schilken,(Çeviren: Nevhis Deren-Yıldırım), Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığında Altında Yargılama Hukuku (Derleyen: Mehmet Kâmil Yıldırım), (6. Baskı, Beta Yayınları 2001) 55

¹⁴⁴ Avukatın tanık olarak dinlenebileceğine ilişkin bir başka Alman Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGH, 22 Aralık 2011 tarihli karar, VII ZB 35/11, <https://lexetius.com/2011,7261> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021

¹⁴⁵ 1977'den 2013'e kadar yürürlükte olan Amerikan Barolar Birliği Mesleki Sorumluluk Kuralları (ABA Model Code of Professional Responsibility) m. 5-101-B ve 5-102-A hükümlerinde de taraf vekili avukatın tanıklık yapamayacağı düzenlenmişti. Bu konu hakkında bkz. Enker, (n 122) 455. Öte yandan Hindistan'da bu durum Baro Konseyi Kurallarında Bölüm 2.2.13'te açıkça düzenlenerek, avukatın tanık olacağı davayı kabul etmemesi, yargılama sırasında tanıklık yapması gerekirse davadan çekilmesi gerektiği belirtilmiştir.

daha az olması gerekmektedir¹⁴⁶. Öte yandan mahkeme, müvekkilin avukatının tanıklıktan diskalifiye olması dolayısıyla yeniden masraf ve zaman harcaması hususunu değerlendirmelidir¹⁴⁷. Diğer bir deyişle müvekkilin masrafı çok zamanı az ise oldukça zor bir durumda olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu masrafın çok olması durumu, müvekkilin mali durumuyla birlikte değerlendirilmelidir¹⁴⁸. Keza müvekkilin mali durumu çok iyi durumda ise tekrar yapmak zorunda olacağı avukatlık masrafının kendisini etkileyebileceğini söylemek zordur. Öte yandan avukatın, konuya ve olaya yakınlığıyla birlikte, konu ve olayın karmaşık bir yapıda olması dolayısıyla başka bir avukatın davaya hâkim olmasının güç olması durumu da müvekkili zor duruma düşüren nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir¹⁴⁹.

Tanıklık ve vekilliğin bir arada olmayacağı kuralı, avukatın müvekkili lehine olduğu gibi aleyhine tanıklık yasağını da kapsamaktadır. Keza mesleki sır niteliğinde olmasa dahi, müvekkilinin aleyhine tanıklık yapması lazım gelen avukatın, müvekkilinin menfaatlerine zarar vereceği açıktır¹⁵⁰. O halde avukat, tanıklık yapması gerekiyorsa müvekkilini temsil etmekten çekinmelidir¹⁵¹.

Türk hukuk devriminden önceki özel hukuk yargılama kurallarını içeren Mecelle hükümlerinde de vekilin tanık olarak dinlenemeyeceği esası kabul edilmişti. Mecelle m.1703 “*Hem müddai hem şahit olunamaz. Binaenaleyh vasinin yetime ve vekilin müvekkile şهادetleri sahih olmaz*” hükmü gereği vekil taraf addolunarak, tanıklığı kabul edilmemişti. Vekil ancak vekâletten azledilirse şahitlikte bulunabilirdi¹⁵².

C. ADİL YARGILANMA HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

¹⁴⁶ Richmond, (n 125) 54

¹⁴⁷ Richmond, (n 125) 54

¹⁴⁸ Richmond, (n 125) 55

¹⁴⁹ Brown v Daniel Davası. (Richmond, (n 125) 55)

¹⁵⁰ Norman N. Robbins, ‘The Attorney as Witness’, (1992) 15 (2), Family Advocate, 13, www.jstor.org/stable/25804861; Richmond, (n 125) 49

¹⁵¹ Robbins, (n 150) 13. Galler İstinaf Mahkemesi olan King’s Bench Mahkemesi, 1941 tarihli *R v Hindistan Dışişleri Bakanı* davasında taraf vekilinin tanıklığını “*kuraldışı ve uygulamaya aykırı*” olarak nitelendirerek avukatın tanıklık veya taraf vekilliğinden birini tercih etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Lloyd Duhaime, ‘The Lawyer Witness: Dr. Jekyll and Mr. Hyde’, (Duhamie, 2011), <www.duhaime.org/LegalResources/CivilLitigation/LawArticle-1282/The-Lawyer-Witness-Dr-Jekyll-and-Mr-Hyde.aspx> Erişim Tarihi 2 Haziran 2021. Öte yandan bir başka mahkeme kararında da söz konusu durumun “*uygunsuz*” olduğunu ve cüret dahi edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz. Bank of British North America v McElroy, 15 NBR 1875; Stanley v Douglas, 1951 CanLII 30 (SCC), [1952] 1 SCR 260, <www.canlii.ca/t/22rwh> Erişim Tarihi 2 Haziran 2021

¹⁵² Murat Şen, Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı, (1998) 2 (1), AÜ Erzincan Hukuku Fakültesi Dergisi, 304

Yargılama adaletinin¹⁵³ bir yansıması niteliğindeki adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğüne yönelik yargılama usullerine ilişkin temel bir insan hakkı olarak nitelendirilebilir¹⁵⁴. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı, içerik olarak kararın adalete uygun olup olmadığından ziyade yargılama usullerinin adil olmasını kendine konu edinir¹⁵⁵. Esasında adil yargılanma hakkı, eşitlik düzlemi üzerinde hem davacıya hem de davalıya aktif olarak yargılamaya katılma, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarda bulunma, alınacak kararda da etkili olabilme imkânının tanınmasını bünyesinde barındırır¹⁵⁶.

Adil yargılanma hakkı hem AİHS m.6 da hem de AY m. 36 hükümlerinde düzenlenmiştir. Öte yandan hukuk yargılamasına ilişkin olarak hukuki dinlenilme hakkı ve aleniyet ilkesi olarak HMK m.27-28 hükümleri de adil yargılanma hakkının iç hukuktaki görünümü olarak düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı, yargılama usullerinde adaletin sağlanmasına ilişkin genel bir ilkedir¹⁵⁷. Diğer bir deyişle söz konusu hak, davanın hakkaniyete uygun surette dinlenilmesi amacı doğrultusunda sınırlı sayıda olmayıp birçok hakkı da bünyesinde barındırır¹⁵⁸. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) de adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğünü sağlayarak demokratik toplumun temel değerlerini koruma amacı bağlamında¹⁵⁹ AİHS m.6 ve AY m. 36 hükümlerinde açıkça sayılmasa da yargılama adaletinin sağlanması çerçevesinde kalmak suretiyle zımnen birçok hakkı içerdiğini kabul etmektedir¹⁶⁰.

Hukuk yargılaması açısından adil yargılanma hakkı AİHS m.6/1 ve AY m.36 hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilir. AİHS m. 6/2 ve 6/3 hükümleri sadece cezai konulara uygulanacak niteliktedir¹⁶¹. Nitekim AİHS m. 6/1 hükmünde kişisel veyahut medeni hak ve yükümlülüklerin karara bağlanmasıyla ilgili bir yargılama usulünde söz konusu hakların uygulama alanı bulacağı ifade edilmişken AİHS m.6/2 ve 6/3 hükümleri, kişi hakkındaki suç isnadıyla ilgili uygulanacak yargılama usullerini konu edinmektedir.

¹⁵³ Güney Dinç, AİHS'e göre Adil Yargılanma Hakkı, (İzmir Barosu Yayınları 2006) 9

¹⁵⁴ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Avrupa Konseyi Yayınları 2013) 209

¹⁵⁵ İnceoğlu, (n 154) 209

¹⁵⁶ Süha Tanrıver, 'Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı', (2004) (53), TBB Dergisi, 192

¹⁵⁷ Hüseyin Turan, İHAS ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, (Adalet Yayınevi 2016) 75

¹⁵⁸ Turan, (n 157) 75

¹⁵⁹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Önemli Kararlar 1.Cilt, (Avrupa Konseyi/Yargıtay Başkanlığı Yayınları 2012) 609

¹⁶⁰ İnceoğlu, (n 154) 210

¹⁶¹ Turan, (n 157) 96

hükmünde belirtilmeyen haklar açısından, usulle ilgili ihlallerde değerlendirilen torba bir hak olarak değerlendirilebilir. Öte yandan hükmün, açıkça kişisel veyahut medeni haklarla ilgili davalarda uygulanacağı belirtildiğinden, hukuk yargılamasında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının varlığı tartışmasıdır.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, yargılama sürecinin bütününe ilgilendiren bir haktır. Bu bağlamda iddia ve savunma hakkının gerçekleşmesi, bireylere kendisini doğru ifade edebilme imkânı vermesi, söz konusu hakkın gerçekleşmesi için elzemdir¹⁷⁰. Nitekim kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi, kişinin savunma hakkının yerine getirilmesine hizmet eder. Öte yandan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesiyle, taraflar arasında adil bir dengenin kurulması suretiyle iddia ve savunmanın birbirine denk olarak ileri sürülmesini amaçlamaktadır. Diğer bir deyişle iddia ve savunmanın eşit şartlarda olması ve böylece adil bir şekilde değerlendirilmesi söz konusudur. Keza özellikle çelişmeli yargılama ilkesi, tarafların yargılamanın tamamında aktif bir süje olarak bulunması ve davanın seyrine etki edebilmesi olanağına işaret etmektedir¹⁷¹.

Türk hukuk yargılamasında hakkaniyete uygun yargılama esas itibarıyla, taraflara eşitlik ilkesinin sağlanması önkoşulu çerçevesinde hukuki dinlenilme hakkının (HMK m.27) tesisi olarak görülebilir¹⁷². Keza hukuki dinlenilme hakkı, AİHS m.6 ve AY m.36 hükmündeki adil yargılanma hakkının usul hukuku anlamındaki tezahürüdür¹⁷³. Hukuki dinlenilme hakkı,¹⁷⁴ yargılananın insan onuruna yakışır bir biçimde yargılanmasına hizmet eder¹⁷⁵. Söz konusu hak, koruma alanı bakımından AİHS m.6/1 hükmünden daha geniştir. Keza AİHS m.6/1 hükmü medeni hak ve yükümlülükler etki edecek nitelikteki uyuşmazlıkları ele alırken¹⁷⁶, hukuki dinlenilme hakkı yargılama olması şartıyla; çekişmeli, çekişmesiz yargı işleriyle birlikte yargılamayla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde ve tahkim yargılamasında uygulanma alanı bulur. Hatta Yargıtay, bir kararında, hukuki

¹⁷⁰ Lüdi v İsviçre Davası, 12433/86, (ECTHR, 15.06.1992) § 49, <<https://www.hr-dp.org/contents/630>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021

¹⁷¹ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, (Avrupa Konseyi 2018) 144

¹⁷² Tanrıver, 'Yargı' (n 156) 204

¹⁷³ Pekcanitez, (n 166) 754; Özekes, (n 166) 56-57; AYM'nin bu yöndeki kararları için bkz. Cansu Korkmaz, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', (2017) (3), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), 238 vd.

¹⁷⁴ Tanrıver, (n 3) 394; Özekes, (n 166) 56-57

¹⁷⁵ Pekcanitez, (n 166) 756; Özekes, (n 166) 20

¹⁷⁶ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, (Avrupa Konseyi Yayınları 2007) 201-202

uyuşmazlıklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında da niteliğine uygun şekilde hukuki dinlenme hakkına riayet edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁷.

b. Kanıtların Kabulü ve Değerlendirilmesi

Türk hukuk yargılamasında tanık beyanı, takdiri delil olarak kabul edilmiştir. AİHS’de, ileri sürülen kanıtların kabulü veya reddi usulünü belirten veyahut hangi delillerin kabul edilmesi gerektiğine işaret eden bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷⁸. AİHM, kanıtların kabulü ve değerlendirilmesinin ulusal mahkemelerin görevi ve yetkisi dâhilinde bulunduğunu belirtmiştir¹⁷⁹.

Mahkeme, kanıtların kabulü ve değerlendirilmesini yargılamanın bütünü açısından değerlendirmektedir. Bu bağlamda kanıtların, olayı temsil ediciliği veyahut güvenilirliği hususunda bir şüphenin bulunup bulunmadığı, söz konusu kanıtlara itiraz hakkının tanınıp tanınması, adil muhakeme hakkı içerisinde bütünsel anlamda değerlendirilir¹⁸⁰. Öte yandan kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi noktasında, söz konusu kanıtın davanın sonucunu belirleyici nitelikte olması halinde, kanıtın güvenilirliğinin test edilmesi ve başka delillerle desteklenmesi hususu adil muhakeme hakkı açısından önem arz etmektedir¹⁸¹.

Adil muhakeme hakkı bağlamında kanıtları kabul etme ve değerlendirme yetkisinin, AİHS ve AİHM içtihatlarınca hâkime ait olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda AİHS, medeni hak ve yükümlülükler bağlamında, delilleri sunma ve tartışma açısından devletlere geniş bir takdir alanı bırakmıştır¹⁸². Diğer bir deyişle yargılamanın bütününde adil muhakeme hakkına aykırılık hariç olmak üzere devletler, delil sunma ve değerlendirme bakımında çeşitli usuller öngörebilirler. Bu bağlamda Türk hukuku özelinde, taraf vekili avukatın tanık olup olamayacağı ve tanıklığı halinde hükme esas alınıp alınamayacağına ulusal hukuk bağlamında karar verilmesi gerekir.

Türk hukukunda taraf vekili avukatın tanık olarak dinlenmesini engelleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu durumun başlı başına adil muhakeme hakkını ihlal ettiği söylenemez. Keza kişinin avukat olması dolayısıyla tanık olarak dinlenmemesi, tarafın maddi bir olguyu ispat edememesi sonucunu doğuracaktır ki bu, savunma hakkının ihlali anlamına

¹⁷⁷ Yar. HGK, E.2017/4-1427, K.2019/77, (Kürtül, (n 40) 712)

¹⁷⁸ Doğru ve Nalbant, (n 159) 637

¹⁷⁹ Van Mechelen ve Diğerleri v Hollanda Davası, 55/1996/674, 2 (ECtHR, 3.04.1997) § 50, <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6778.html>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021

¹⁸⁰ Doğru ve Nalbant, (n 159) 638

¹⁸¹ Doğru ve Nalbant, (n 159) 638

¹⁸² İnceoğlu, (n 154) 247

gelmektedir. Kanıtların değerlendirilmesi hususunda AİHM, tanık beyanının hüküm sonucuna etkisi bakımından değerlendirme yapmaktadır. Bu bağlamda, delilin başka delillerle desteklenmiş olması halinde kanıtların güvenilirliği ve gerçekliğinin tesis edildiğini, dolayısıyla bu açıdan adil muhakeme hakkının korunacağına işaret etmektedir¹⁸³. Öte yandan mahkeme, söz konusu delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği bakımından hiçbir şüphe bulunmamakta ise başka kanıtlarla desteklenmesine duyulan gereksinimin azalacağına işaret etmektedir¹⁸⁴.

Türk hukukunda taraf vekili avukatın tanıklığının, delil değeri hususunda takdir yetkisi hâkime aittir. Bu bağlamda adil muhakeme hakkı açısından hâkim, taraf vekili olması dolayısıyla avukatın güvenilirliğinden şüphe duyması gerekir. Bu bağlamda hâkim, delili söz konusu şüphe ekseninde inceleme yükümlülüğü altındadır¹⁸⁵. Keza kural olarak avukat ve müvekkil arasında bir menfaat ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda taraf vekili avukatın tanıklığı halinde, söz konusu beyanının tek başına hükme esas alınması, karşı tarafın itirazlarının dikkate alınmaması adil muhakeme hakkına aykırılığı gündeme getirebilecektir.

c. Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkesi

Adil muhakeme hakkının görünülerinden biri olan silahların eşitliği ilkesiyle, yargılamadaki taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanması hedeflenir¹⁸⁶. AİHM, silahların eşitliği ilkesini, adil yargılanma kavramının özelliklerinden biri olarak, her bir tarafa, kendisini dezavantajlı duruma düşürmeyen koşullar altında iddia ve savunmalarını sunmaları için makul bir fırsat tanınması olarak tanımlamaktadır¹⁸⁷. Diğer bir deyişle silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından her birine iddia ve savunmalarını, delillerini sunmada eşit imkân sağlanması ve bir tarafa, diğer bir tarafa nazaran üstünlük veyahut imtiyaz tanınmamasıdır¹⁸⁸. Bu bağlamda taraflara verilen süreler aynı olmalı, taraflarca gösterilen tanıklar eşit şartlar altında dinlenmeli ve her iki tarafın gösterdiği deliller eşit koşullarda değerlendirilmelidir¹⁸⁹. Öte yandan silahların eşitliği ilkesi, taraflar arasındaki eşitsizliğin, bir

¹⁸³ Doğru ve Nalbant, (n 159) 638

¹⁸⁴ Khan v İngiltere Davası, 35394/97, (ECtHR, 4.10.2000) § 37, <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-58841%22>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021

¹⁸⁵ Kraska v İsviçre Davası, 13942/88, ECtHR, 19.04.1993) § 30, <<https://www.worldcat.org/title/case-of-kraska-v-switzerland-901991342415-judgment/oclc/28290708?referer=di&ht=edition>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021

¹⁸⁶ İnceoğlu, 'El Kitabı' (n 171) 115

¹⁸⁷ Dombo Beheer v Hollanda Davası, 14448/88, 27.10.1993, § 33, <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57850&filename=001-57850.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021

¹⁸⁸ Turan, (n 157) 319

¹⁸⁹ Turan, (n 157) 319

tarafa zarar vermesini şart olarak aramaz¹⁹⁰. Nitekim söz konusu ilkeyle taraflar arasında hem maddi hem de şekli eşitliğin sağlanması amaçlanır. Öte yandan AİHM, söz konusu silahların eşitsizliği durumunun, yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz hale getirmesi halinde adil muhakeme hakkına aykırılığın gündeme geleceğini belirtmektedir¹⁹¹. Zira silahların eşitliği ilkesi, en genel anlamıyla tarafların eşitliği demektir. Taraflar; iddia ve savunmalarını yapabilmeleri, tanık dinletebilmeleri ve bilgi ve belgelere ulaşabilmeleri açısından eşit durumda olmalı ve aynı zamanda eşit fırsatlara sahip olmalıdır.

Silahların eşitliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası¹⁹² olarak nitelendirilen çelişmeli veyahut çekişmeli yargılama ilkesi, yargılama süreci boyunca mahkemenin hükmünü etkileyebilecek, delil, görüş, açıklama gibi iddia ve savunma araçları hakkında bilgi sahibi olunması ve bunlar hakkında açıklama yapma olanağının taraflara verilmesi ilkesi olarak tanımlanabilir¹⁹³. Diğer bir deyişle çelişmeli yargılama ilkesi, her iki tarafın da iddialarını ve savunmalarını ileri sürmesi ve bunlar hakkında açıklama yapma olanağı tanınarak, yargılamanın, taraf teşkiliyle sunulan delillerin değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilmesidir. Dikkat etmek gerekir ki burada silahların eşitliği ilkesinden farklı olarak tarafların, yargılama süreci hakkında bilgi sahibi olması, ilkenin odak noktasıdır. Silahların eşitliği ilkesiyle bağlantısı ise, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali durumunda evleviyetle silahların eşitliği ilkesinin de ihlal edilecek olmasıdır¹⁹⁴. Keza bilgilendirilmeyen veyahut eksik bilgilendiren taraf, diğer tarafa karşı dezavantajlı duruma gelmektedir.

d. Hukuki Dinlenilme Hakkı

Anayasa m.36 hükmü uyarınca hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkının usul hukukundaki yansımasıdır¹⁹⁵. Nitekim HMK m.27 hükmünün gerekçesinde¹⁹⁶ özetle;

¹⁹⁰ Doğru ve Nalbant, (n 159) 637

¹⁹¹ Kremzow-Avusturya Kararı. (İnceoğlu, (n 154) 239)

¹⁹² AYM BB, Tahir Gökatalay, 2013/1780, 20.03.2014, § 25, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1780>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021; Doğru ve Nalbant, (n 159) 637

¹⁹³ Ruiz Mateos v İspanya Davası, 12952/87, (ECtHR, 23.06.1993) § 63, <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-57838%22>> Erişim Tarihi 26 Mart 2021; Doğru ve Nalbant, (n 159) 637; İnceoğlu, (n 154) 242

¹⁹⁴ Bulut v Avusturya Davası, 17358/90, (ECtHR, 22.02.1996) § 49, <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-57971>> Erişim Tarihi 26 Mart 2021

¹⁹⁵ Pekcanitez, (n 166) 754; Özekes, (n 166) 29

¹⁹⁶ "...Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla "iddia ve savunma hakkı" olarak bilinmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır. Bu hak, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsamına almaktadır. Ancak, her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir. Hakkın temel unsurları maddede tek tek belirtilmiş, böylece uygulamada bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, öncelikle tarafların gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafa yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin

hukuki dinlenilme hakkının niteliği bakımından adil yargılanma hakkından daha dar, ancak iddia ve savunma hakkından daha geniş kapsamlı olduğuna işaret etmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 27 hükmünde belirtildiği üzere hukuki dinlenilme hakkının üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar; bilgi sahibi olma hakkı, herhangi bir iddia veya olguyu açıklama ve ispat hakkı ve dikkate alınma hakkıdır¹⁹⁷. Dikkat etmek gerekir ki söz konusu haklar, taraflar için olduğu gibi asli veya fer'i müdahil dâhil olmak üzere yargılamanın tüm ilgilileri için de geçerlidir¹⁹⁸.

Bilgilenme hakkı, yargılamayla ilgili her türlü işlemde bilgi sahibi olunmasına hizmet eder¹⁹⁹. Bu bağlamda taraflar, gerek karşı tarafça gerek yargı organlarınca yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmelidir²⁰⁰. Tarafların, yargılamanın her safhasından haberdar olması ve hatta bu konuda onlara imkân sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda bilgilenme hakkı çelişmeli yargılama ve dolaylı olarak silahların eşitliğiyle benzeşmektedir.

Açıklama ve ispat hakkı, genel anlamda hak sahibine yargılamanın her aşamasında kendini ifade edebilmesi için olanak tanınmasıdır. Bu bağlamda taraflar, hüküm sonucunu etkileyebilecek her türlü iddia ve savunma yapabilme hakkına sahiptir²⁰¹. Taraflar, yargılamada kendi lehlerine veya aleyhlerine sonuç çıkarılacak her türlü olay, olgu ve vakıalar hakkında eşit olarak kendini ifade edebilme hakkına sahiptir²⁰². Bu bağlamda açıklama ve ispat hakkı, silahların eşitliği ilkesiyle bağlantılıdır. Ancak söz konusu hak, usul kuralları çerçevesinde düzenlenebilir. Keza taraflar, teksif ilkesi gereği, kural olarak dayandıkları vakıaları, davanın başında ileri sürebilir²⁰³. Öte yandan taraflar, ispat hakkını kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak kullanabilirler. Süre kısıtlaması veyahut usule ilişkin işlemler açıklama ve ispat hakkını ihlal etmez. Nitekim Yargıtay HGK, bir kararında²⁰⁴ bu konuda özetle; açıklama ve ispat hakkının, özüne dokunacak ve onu anlamsız kılacak

kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir...” <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>> Erişim Tarihi 3 Haziran 2021

¹⁹⁷ Özkes, (n 166) 31; Tanrıver, (n 3) 400

¹⁹⁸ Özkes, (n 166) 260 vd.

¹⁹⁹ Pekcanitez, (n 166) 769; Özkes, (n 166) 86-87

²⁰⁰ Yar. HGK, E.2015/22-3436, K.2018/1580, (*Kürtül*, (n 40) 2915); Yar. 9. HD, E. 2016/5846, K. 2016/6871, <<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/hukuki-dinlenilme-hakkinin-kapsami>> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2021

²⁰¹ Pekcanitez, (n 166) 775, 778; Özkes, (n 166) 106, 120 vd.; Tanrıver, (n 3) 401

²⁰² Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 150

²⁰³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 150

²⁰⁴ “...açıklama hakkı sınırsız bir içini dökme hakkı değildir. Bu konuda hakkın özünü zedelemeyen, yargılamanın sağlıklı işlemesine yönelik sınırlamalar getirilebilir. Ancak hakkı anlamsız kılacak sınırlamalar kabul edilemez... Açıklama hakkının ne şekilde kullanılacağını ise kural olarak ilgili yargılama usulü belirler. Açıklama hakkının kullanılması için ilgiliye gerekli ortamın hazırlanmasına rağmen, kişi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir...” Yar. HGK, E.2017/4-1427, K.2019/77, (*Kürtül*, (n 40) 711)

sınırlamalar hariç olmak üzere usul kurallarıyla düzenlenebileceğini belirtmiştir. Yargılamanın bir bağdaşım içerisinde yürütülmesi, adalete erişim hakkı açısından önem arz etmektedir. Bu bağlamda söz konusu hakkın bir usul dairesinde yürütülmemesi, yargılama sürecini uzatarak adaletin sürüncemede bırakılması sonucunu doğuracaktır. Ancak dikkat etmek gerekir ki usul kurallarının, tarafların hukuki dinlenme hakkını ihlal etmemesi için onların, bu konuda bilgilendirilmesi veyahut bilgi sahibi olmaları için fırsat tanınması gerekmektedir.

Dikkate alınma hakkı, açıklama ve ispat hakkı gereği, birbiriyle çelişmiş durumda bulunan iddia ve savunmaların, mahkemece değerlendirilmesiyle ilgilidir²⁰⁵. Mahkeme, kararını, tarafları tatmin edici nitelikteki gerekçesiyle birlikte açıklamakla yükümlüdür²⁰⁶. Bilgilenme hakkı, açıklama ve ispat hakkına; açıklama ve ispat hakkı da dikkate alınma hakkıyla bağlantılıdır. Bu bağlamda taraflarca ifade edilen beyanların, delillerin, vakıaların dikkate alınması suretiyle açıklama ve ispat hakkı, amacına ulaşmış olur²⁰⁷.

e. Taraf Vekilinin Tanıklığında Hakların Çatışması Durumu

Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi, taraflar özelinde sübut eden bir ilkedir. Nitekim tanık olarak dinlenecek taraf vekilinin taraf olup olmadığı yukarıda incelenmişti²⁰⁸. Bu bağlamda “*de facto*” taraf olma durumu halinde, taraf vekilinin tanık olarak dinlenmesinin adil muhakeme hakkı özelinde silahların eşitliği ilkesine ve hukuki dinlenme hakkına aykırı olup olmayacağı tartışma konusudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesine aykırılık durumunun yargılamayı fiilen adaletsiz hale getirmesi halinin adil muhakeme hakkına aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda taraf vekili avukatın tanıklık yapıp yapamaması durumu, çeşitli varyasyonlarla incelenmelidir.

Taraf vekilinin tanıklık yapabilmesi halinde, silahların eşitliğine aykırılık nasıl gündeme gelecektir? Taraf vekili, yargılamanın her aşamasına bizzat taraf yerine katılabilmektedir. Bu bağlamda avukat, her ne kadar hukuken taraf olmasa da yargılamanın her aşamasına hâkim konumdadır. Nitekim vekil, taraflar arasında ileri sürülen iddiaları, savunmaları bilmektedir. Öte yandan, yargılama içerisindeki her türlü delil, bilgi ve belgeye de erişme imkânına sahiptir. Taraf vekili, tüm bu olgular karşısında mahkeme önünde tanık

²⁰⁵ Pekcanitez, (n 166) 784; Özkes, (n 166) 153; Tanrıver, (n 3) 401

²⁰⁶ Pekcanitez, (n 166) 786; Özkes, (n 166) 166 vd.; Tanrıver, ‘Yargı’ (n 156) 209

²⁰⁷ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 12) 119-120

²⁰⁸ Bkz. Bölüm III.A

olarak duyu organları yoluyla edindiği bilgileri mahkemeye bildirmektedir. Dolayısıyla taraf vekilinin bu beyanı, mahkemece delil olarak değerlendirilip hükme esas alınabilecektir.

Silahların eşitliği ilkesi, taraflara tanık dinletme hususunda eşit imkân sağlamanın yanında, onların gösterdiği tanıklar arasında farklı muamele yapılmamasını da gerektirmektedir²⁰⁹. Ancak söz konusu farklı davranmama yükümlülüğü hâkime ait bir yükümlülüktür²¹⁰. Hâkimin, tanığa, taraf vekili olması dolayısıyla olması gerekenden daha fazla veya daha az değer atfederek silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda avukatın tanık olarak dinlenmesinin başlı başına, taraflar arasındaki silahları eşitsiz duruma getirdiği düşünülemez. Keza burada taraflar açısından üstün bir konum yaratılmamakta aksine dinlenen tanığın taraf vekili olması dolayısıyla beyanını şüpheli ve desteğe muhtaç hale getirmektedir. Ancak bilgi ve belgelere ulaşmada eşitsizlikle bağlantılı olarak delil sunma eşitsizliği, silahların eşitliği ilkesine aykırılığı gündeme getirebilir. Keza taraf vekili avukat, yargılama içerisindeki her türlü delile vâkıf iken, aynı zamanda iddia ve savunmasına kendi beyanını da delil olarak sunmaktadır. Oysaki yargılamadaki konumu açısından tanık, yargılamaya yabancı üçüncü bir kişidir. Onun görevi sadece duyup gördüklerini vakıanın aydınlanması amacıyla doğru ve objektif biçimde mahkemeye sunmaktır. Bu bağlamda taraf vekili avukatın aynı zamanda yargılamanın tanığı olması durumunda hem müvekkille olan menfaat ilişkisi hem de yargılamada ileri sürülen diğer delillere hâkim olması durumu göz önüne alındığında yargılamanın karşı tarafına veyahut karşı taraf vekiline nazaran daha üstün bir konumda olduğu açıktır. Keza taraf vekili avukat, vakıaya tanık olsa dahi yargılamanın seyrine göre tanıklık yapmaktan çekinebilir veyahut dosyadaki bilgi durumuna göre vakıanın belli durumlarını aydınlatabilir, ezcümle yargılamanın sonucunu temsil ettiği taraf lehine etkileyebilir. Öte yandan tanıkların birbirinden etkilenmemesi adına ayrı ayrı dinlenmesi gerekir (HMK m.261/1). Ancak avukatın tanık olarak dinlenmesi halinde bu hükmün işlevi de ortadan kalkacaktır²¹¹. Nitekim

²⁰⁹ İnceoğlu, (n 154) 239

²¹⁰ Ankerl v İsviçre Davası, 17748/91, (ECtHR, 23.10.1996) § 38, <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58067&filename=001-58067.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mart 2021; Mole ve Harby, (n 162) 11

²¹¹ "...özellikle tanıkların farklı günlerde dinlendiği durumlarda avukat tanık olarak dinlendiği zaman kesiti dışında taraf vekili olarak duruşmada hazır bulunacak hâkimin ve tarafların üzerinde durduğu ve sorduğu sorular hakkında bilgi sahibi olacak ve diğer tanıklara göre yargılamada daha ayrıcalıklı bir konumda yer alacaktır. Ayrıca tanık olarak dinlendiği zaman kesitinde müvekkili duruşmada bulunmuyor ise davacı taraf boş durumda olduğu halde yine davayı takip etmiş durumda bulunacak ve bu sırada yargılamada hem tarafsız tanık hem de taraf temsilcisi konumunu muhafaza etmiş olacaktır. Ayrıca HMK'da tanıkların birbirine soru sorması mümkün olmadığı hâlde tanık olarak dinlendiği zaman kesiti dışında özellikle farklı günde dinlenen tanıklara taraf vekili olarak soru sorma imkânına sahip olacaktır. Bu ise taraf vekilinin kendi tanıklığını öne çıkarma amaçlı diğer tanıklara soru sorabilmesine zemin hazırladığı hâlde diğer tanıklar kendisine soru sorma hakkına sahip bulunmamaktadır. Bu ise

tanıkların birbirine soru sorma yetkisi bulunmamaktayken taraf vekili tanıklara doğrudan soru sorabilir (HMK m.152/1). Öte yandan tanıklar, ayrı ayrı dinlenerek beyanlarının gerçekliği saptanmaktadır. Birbirlerini dinleyen tanıkların beyanlarını değiştirebilme ihtimali mevcuttur. Tanıklar ayrı ayrı dinlenerek beyanları arasında çelişki bulunuyorsa yüzleştirilerek bu çelişkinin giderilmesi sağlanır²¹². Avukatın tanık olarak dinlenmesi halinde yüzleştirme mümkün olamayacak hatta avukat, tanık sıfatıyla beyanını daha önceki tanık beyanlarına göre müvekkili lehine değiştirebilecektir.

Taraf vekilinin tanıklık yapamaması halinde, çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık gündeme gelecektir. Keza çelişmeli yargılama ilkesi taraflara, ileri sürülen deliller ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlara karşı delil gösterebilme, beyanda bulunma imkânının verilmesini gerektirmektedir. Tarafın, tanık dinletme ve gösterebilme hakkı da bu kapsamdadır²¹³. Bu bağlamda özellikle yargılamanın seyrini ve hüküm sonucunu değiştirebilecek nitelikteki delillerin ileri sürülememesi silahların eşitliği ilkesine de aykırılık sonucunu doğuracaktır. Keza silahların eşitliği ilkesi, iddia ve savunmaları eşit şartlarda yapabilmeye anlamına gelmektedir. Oysa davanın taraflarından birinin tanık dinletme imkânının elinden alınması, silahların eşitliği ilkesine aykırılığın yanında savunma hakkına aykırılığı da gündeme getirecektir. Öte yandan maddi bir vakıanın ispatı tek bir tanığa dayanıyorsa bu halde adalete erişim hakkı da ihlal edilmiş olacaktır. Keza bu hususta *Dombo Beheer-Hollanda Davası*²¹⁴ önemli bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu karara konu olayda AİHM,

tarafların tanıklarının eşit koşullar altında dinlenmemesi sonucunu doğuracaktır...”, Yar. HGK E. 2017/2-2209, K. 2020/475, 24.6.2020, Karşı Oy (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

²¹² “...Tanıkların hakim tarafından ayrı ayrı dinlenmesi, biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanların salonda bulunmaması temel usul kuralıdır. (HMK md. 261/1) Kuralın amacı, tanığın gerçek bilgisini saptamaktır. Zira, tanıklardan biri dinlenirken, henüz dinlenmemiş olan tanık veya tanıklar, duruşma salonunda bulunuyor iseler, bunların ifadelerini taraflardan biri lehine değiştirme ihtimali mevcuttur. Bu sebeple birden fazla tanık aynı duruşmaya çağrılmış ise, hakimin oturumu açtıktan sonra, öncelikle tanık yoklaması yapması, bundan sonra tanıkları sırayla duruşma salonuna alıp, her birini ayrı ayrı dinlemesi, aynı olaya ilişkin tanık beyanları arasında çelişki ortaya çıkması halinde tanıkları yüzleştirilmesi gerekir...” Yar. 2. HD, E. 2013/19601, K. 2014/2014, 6.02.2014, <www.lexpera.com.tr>; “...taraf tanıklarının beyanları arasında çelişki bulunduğu 6100 Sayılı HMK'nin 261/1 maddesi uyarınca çelişkinin yüzleştirmek suretiyle giderilmeye çalışılması...”, Yar. 8. HD, E. 2018/9427, K. 2021/1016, 9.2.2021; Yar. 14. HD, E. 2015/18306, K. 2017/2534, 30.3.2017; Yar. 8. HD, E. 2014/2743, K. 2014/4294, 14.3.2014 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

²¹³ Yar. HGK, E.2017/8-1872, K.2019/315, (*Kürtül*, (n 40) 964)

²¹⁴ Karara konu olayda başvuru şirket, şirketin yöneticisiyle bankanın ilgili bölümünün yöneticisinin sözlü olarak anlaşmasıyla şirketin kredisinin artırılmasına karar verildiğini, ancak bankanın sonradan bu taahhüdünden vazgeçmesi dolayısıyla zarara uğradığını iddia etmektedir. Yargılama sürecinde, tanık olarak ancak taraflar haricinde üçüncü bir kişinin tanık olabileceği kuralına istinaden, şirketin eski yöneticisinin mahkemede tanıklık yapmasına izin verilmemiştir. Ancak bunun yanında sözlü anlaşmanın diğer tarafı olan bankanın ilgili yöneticisinin, yargılamanın resmen ve fiilen tarafı olmadığından bahisle tanık olarak dinlenmesine karar verilmiştir. AİHM, başvuru şirket için bankayla yapılan sözlü anlaşmanın ispatlanmasının önem arz ettiğini, bu bağlamda söz konusu görüşmenin yalnız iki kişi arasında yapıldığını, bu kişilerden birinin dinlendiğini ancak diğerinin dinlenmediğini, dolayısıyla bir tarafın diğer tarafa nazaran dezavantajlı durumda bırakıldığını belirterek,

silahların eşitliği ilkesini sağlamak amacıyla tanığın üçüncü kişi olması kuralını diskalifiye ederek tarafın tanık olarak dinlenmesi gerektiğine hükmetmiştir²¹⁵. AİHM, söz konusu olayda tanık delilinin yargılamanın sonucuna etki edecek nitelikte olması dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir²¹⁶. Diğer bir deyişle ileri sürülmesine izin verilmeyen tanık delinin hüküm sonucuna etkisi bulunmamakta ise adil yargılanma hakkının ihlalinden bahsedilemeyeceği söylenebilir.

SONUÇ

Avukatın vekillik yaptığı davada tanıklık yapabilmesi; kanun sistematığı, adil yargılanma hakkı, yargılama diyalektiği ve avukatlık meslek etiği ile iç içedir. Tanıklık, taraflar haricinde üçüncü bir kişinin çekişmeli vakıyyla ilgili edindiği bilgileri mahkemeye beyan etmesidir. Türk hukukunda avukatın, üçüncü kişi olduğundan bahisle tanık olarak dinlenebileceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.

Kanunun sistematığı açısından hukuken davanın tarafı olmadıkları halde, kanuni temsilciler, tanık olarak dinlenemez aksine taraf gibi isticvap edilirler (HMK m.170). İsticvap edilen kimse, tıpkı tanık gibi vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında beyanda bulunur (HMK m.169/2). Söz konusu hüküm, kanuni temsilcinin davada menfaati bulunmasına dayanarak ihdas edilmiştir. Bu bağlamda kanunun sistematığı içerisinde tanıklık için üçüncü kişi olma haricinde hiçbir şart aranmayacaksa kanuni temsilciler de tanık olarak dinlenmeli ya da taraf vekilleri de davada menfaati bulunması dolayısıyla taraf gibi isticvap edilmelidir.

Avukatın tanıklık yapmasının adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceği hususunda ise iddia ve savunma hakkı ile silahların eşitliği ilkesinin birbiriyle çatışması söz konusudur. Keza avukat, tarafça tanık olarak gösterilemezse ispat hakkı elinden alınacaktır. Öte yandan tanık olarak gösterilirse, ispat hakkında eşitsizlik meydana gelecek ve böylece silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşacaktır. Bu bağlamda kanımızca, Türk hukuk sistemi bakımından hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesi ve tanıklara itiraz kurumu (HMK m.255) göz önüne alındığında iddia ve savunma hakkı üstün tutulmalıdır. Keza hâkim, taraflar

'tanıkların dinlenmesinde eşitlik' ilkesine aykırılık suretiyle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Dombo Beheer v Hollanda Davası*, 14448/88, (ECtHR, 27.10.1993)

²¹⁵ Kararda AİHM'in, tarafın tanık olarak dinlenmesine değil tarafın isticvap edilmesi gerektiğine hükmettiğini belirten görüş için bkz. Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, (On İki Levha Yayınları, 2017), 193 vd.

²¹⁶ Ender Anaklı, *Silahların Eşitliği İlkesi*, (Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006)

arasındaki eşitsizliği giderebilecekken ileri sürülemeyen delil üzerinden hüküm veremeyecektir. Bu bağlamda tarafın tanık gösterme hakkı engellenmemelidir. Nitekim AİHM, medeni usul hukukunun düzenlenmesinde devletlerin geniş bir takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda devlet, usul hukukunda ispat hakkını önceleyerek avukatın tanıklık yapabilmesini kabul edebilir, meğerki söz konusu durum hüküm sonucuna etki edecek şekilde hakkın özüne dokunmuş olsun. Keza bu yönde avukat, hem savunmasını gerçekleştirip hem kendini delil olarak ileri süremez. Nitekim bu durum vekil-müvekkil ilişkisinin menfaat ilişkisi içerdiği göz önüne alındığında, yargılama diyalektiğine aykırıdır. Her ne kadar hukukumuzda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme imkânı bulunsa da, içtihatlarca kabul edilen tanığın kural olarak doğru söylediğinin kabulü hususu göz önüne alındığında, avukatın, vakıanın tanığı olarak dinlenecekse vekillikten çekinmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Konu özelinde bir başka boyut, avukatlık mesleğinin yapısıyla ilgilidir. Avukatlık, kamu hizmeti olup yargının kurucu unsurlarından savunma unsuruna bağımsızca hizmet eder (AvK m.1). Bu bağlamda avukatlık rolü, sav-savunma-hüküm üçgeninde yer alır. Ancak tanıklık rolü, tamamen yargılamadan bağımsız olarak vâkıf olduğu vakıayı mahkemeye sunmaktan ibarettir. Dolayısıyla avukatlık ve tanıklık aynı davada birleşemez. Aksi durumda avukat, savunma rolünü gereği gibi ifa edemez. Nitekim bu yönde sav-savunma-hüküm üçgeninden biri olan hâkimin, yürüttüğü davada tanıklık yapamayacağı yasal olarak düzenlenmiştir.

Nihayetinde hukukumuzda taraf vekilinin tanıklığını engelleyici bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda açıkça bir kanuni düzenleme olmadıkça iddia ve savunma hakkı niteliğindeki tanık gösterme hakkına müdahale edilemez (AY m.13). Ancak yürürlükteki hukuk bakımından şu çözüm benimsenebilir. Tarafların, tanıkların davada yararı bulunması şüphesi halinde ispat edilmek şartıyla tanıklara itiraz etme hakkı bulunmaktadır (HMK m.255). Bu bağlamda vekil-müvekkil ilişkisinin kural olarak parasal bir menfaat ilişkisi olduğu göz önüne alındığında (AvK m.164/4), avukatın tanıklığının zımnen mümkün olmadığı sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla kanımızca fiili karine olarak avukatın davada yararının bulunduğu sonucuna dayanılarak taraf vekilinin tanıklığı reddedilebilir.

KAYNAKÇA

- Akil C ve Ercan-Özler M, 'Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)', (Nisan 2018) 9 (39), TAAD, 61-73.
- Anaklı E, Silahların Eşitliği İlkesi, (Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006).
- Ansay SŞ, Hukuk Yargılama Usulleri, (7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası 1960).
- Alagonya Y, Yıldırım MK ve Deren Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları, (7. Baskı, Beta Yayınları 2009).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku, (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, (6. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020).
- Bolayır N, Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları, (2014), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C.I.
- Börü L, Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006).
- Çelik ML, 'Meslek Kurallarında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü', (2007) 2 (14), Terazi Hukuk Dergisi, 85-92.
- Dinç G, AİHS'e göre Adil Yargılanma Hakkı, (İzmir Barosu Yayınları 2006).
- Doğru O ve Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Önemli Kararlar 1.Cilt, (Avrupa Konseyi/Yargıtay Başkanlığı 2012).
- Dutertre G, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, (Avrupa Konseyi Yayınları, 2007).
- Enker AN, 'The Rationale of the Rule That Forbids a Lawyer To Be Advocate and Witness in the Same Case', (1977) 2 (2), American Bar Foundation Research Journal, 455-465.
- Erişir E, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, (Güncel Yayınevi 2007).

- Ertanhan M, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, (Seçkin Yayıncılık 2005).
- Fabreguettes MP, Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Çev. TC. Adalet Bakanlığı, (Yeni Cezaevi Matbaası 1945).
- Görgün Ş, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).
- Güner S, 'Sır Saklama Yükümlülüğü', (2000) (3) Ankara Barosu Dergisi, 43-52.
- Günergök Ö, 'Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü' (2003) VII (1-2), AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 655-668.
- Mole N ve Harby M, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:3, (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü 2001).
- İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, (Avrupa Konseyi 2018), El Kitabı.
- İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Avrupa Konseyi Yayınları 2013).
- Kale S, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, (On İki Levha Yayınları 2010).
- Karamercan F, 'Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık' (2018) (3), Ankara Barosu Dergisi, 151-191.
- Karşlı A, Medeni Muhakeme Hukuku, (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).
- Kavasoğlu A, Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2007).
- Korkmaz C, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', (2017) (3), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), 215-276.
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III (6. Baskı, Demir Yayıncılık 2001).
- Kuru B, Nizasız Kaza, (Ajans Türk Matbaası, 1961), Nizasız.

Kuru B ve Aydın B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (Yetkin Yayınevi, 2021).

Kürtül M, 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararlar ve İçtihadı Birleştirme Kararları, (Yetkin Yayınları, 2020).

Namli M, 'The Evidential Value of Interrogation in the Law of Civil Procedure', (2020) (68), *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 69-83.

Ocaklı H, 'Yargı Bağımsızlığı Açısından Avukatların ve Baroların Bağımsızlığı', (2020) 15 (195), *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1749-1772.

Özekes M, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, (Yetkin Yayınevi, 2003).

Pekcanitez H, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı', (2000) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 753-791.

Postacıoğlu İE, Medeni Usul Hukuku Dersleri, (6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1975).

Richmond DR, 'Lawyers as Witnesses', (Winter 2006) 36 (Winter 1), *New Mexico Law Review*, 47-73.

Robbins NN, 'The Attorney as Witness', (1992) 15 (2), *Family Advocate*, 13-13.

Sever DÇ, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar', (2018) (4), *Ankara Barosu Dergisi*, 243-258.

Schilken E, (Çeviren: Deren-Yıldırım, N), *Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığında Yargılama Hukuku* (Derleyen: Yıldırım MK), (6. Baskı, Beta Yayınları 2001).

Şen M, Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı, (1998) 2 (1), *AÜ Erzincan Hukuku Fakültesi Dergisi*, 283-312.

Tanrıver S, 'Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı', (2004) (53), *TBB Dergisi*, 191-215, Yargı.

Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Tercan E, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, (Yetkin Yayınları 2001).

Turan H, *İHAS ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, (Adalet Yayınevi 2016).

Ulukapı Ö, Medenî Usul Hukuku, (3. Baskı, Mimoza Yayınları 2015).

Umar B, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2014).

Uysal L, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, (2008) 82 (6), İstanbul Barosu Dergisi, 2955-2973.

Ülkü-Gören N, ‘Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu’, (2010) 16 (3-4), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF – HAD), 309-325.

Yağcı U, ‘İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler’, (2012) XVI (1–2), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 285-308.

Yaltı B, ‘Avukat’, (2011) 85 (4), İstanbul Barosu Dergisi, 3-4, Avukat.

Yaltı B, ‘Avukatın Yargılamadaki Yeri ve Önemi’, (2011) 85 (5), İstanbul Barosu Dergisi, 81-84.

Yardımcı TE, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, (On İki Levha Yayınları, 2017).



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

UÇUŞ PERSONELİNİN ÇALIŞMA YAŞAMINDAKİ BAŞLICA SORUNLARI

*Av. Hatice Ebru ŞİMŞEK **

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'nda birtakım iş ve iş ilişkileri kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. İlgili Kanun'un 4. maddesinin a bendinde "hava taşıma işleri" kanun kapsamı dışında bırakılan istisnai işlerden birisidir. Bir bütün olarak değerlendirilmesi gereken havacılık sektörü, yine aynı maddede "havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işleri" fıkrası altında İş Kanunu hükümlerine tabi tutulmuştur. Kanun kapsamında sayılmayan ve uçucu personel olarak adlandırılan pilot, uçuş hostesi, kabin memuru ve hava taşıma anında görevli olarak çalışan kişilerin hakları özel bir İş Kanunu'yla korunmayıp Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır. Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlere Dair Yönetmelik'te sayılan ve bu işler için mesleki eğitim alınması gereken işlere ait çizelgede, uçaklarda yapılan bütün işler için mesleki eğitimin şart tutulması da göz önüne alındığında hali hazırda kendi özel Hava İş kanunları olmayan ve İş Kanunu'na tabi tutulmayan uçucu personel, eğer ki sendika üyesi değilse veya toplu iş sözleşmesiyle İş Kanunu'na tabi kılınmamışsa kıdem tazminatında ciddi sıkıntı yaşayabiliyor. Uçuş personelinin karşılaştığı sorunlar, Yargıtay içtihatları ışığında ve işçilere tanınan yasal haklar çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler İş Hukuku, Kıdem Tazminatı, Toplu İş Sözleşmesi, Uçuş Personeli, Havacılık

MAIN PROBLEMS IN THE WORKING LIFE OF FLIGHT PERSONEL

*Attn. Hatice Ebru ŞİMŞEK ***

ABSTRACT

In the Labor Law numbered 4857, some business and labor relations have been excluded from the scope of the law. "Air transportation works" is one of the exceptional works excluded from the scope of the law in the clause a of the 4th article of the relevant Law. The aviation sector, which should be evaluated as a whole, is also subject to the provisions of the Labor Law under the clause "works carried out in all ground facilities of aviation" in the same article. The rights of pilots, flight stewardess, flight attendants and employees who are not considered within the scope of the law and who work as air transport personnel are not protected by a special Labor Law, but are subject to the provisions of the service contract of the Code of Obligations. In the schedule of the works that are listed in the Regulation on Works in the Dangerous and Very Dangerous Class and that require vocational training for these jobs, vocational training is required for all jobs performed on aircraft. However, flight personnel who do not have their own special Air Labor Laws and are not subject to the Labor Law. If the flight personnel are not a member of the union or are not subject to the Labor Law by collective bargaining, they may experience serious difficulties in severance pay. The problems faced by flight personnel in working life have been examined in the light of the Supreme Court's case law and within the framework of the legal rights granted to the workers.

Keywords Labor Law, Severance Pay, Collective Bargaining, Flight Personel, Aviation

* İstanbul 1 Nolu Barosu Avukatı, İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Tezli) Yüksek Lisans Öğrencisi, hebrusimsek@gmail.com ORCID 0000-0002-7773-8885

** Lawyer of the Istanbul Bar Association No 1, Istanbul Aydın University, Institute of Social Sciences, LLM in Private Law Student, hebrusimsek@gmail.com, ORCID 0000-0002-7773-8885



Extended Summary

Travel by air is the most popular form of transportation in the world. The contribution of the aviation sector to the economy and other areas of the economy is increasing day by day. In our country, the aviation industry provides employment to many people. Unfortunately, there is no comprehensive and special law for workers working in this sector in our country. As a result of this situation, some inequalities occur among aviation sector employees.

The aim of this study is to analyze the problems faced by flight personnel in their working life. The study examined these issues under certain headings. In the study, the problems were examined in the light of the Supreme Court decisions and within the framework of the rights of the workers.

In the first chapter, the differences in severance pay between the Labor Law No. 4857 and the Code of Obligations No. 6098 were analyzed. "Works carried out in all ground facilities of aviation" is included in the Labor Code. "Air transportation works" are out of the scope of the Labor Law but is included in the Code of Obligations. This difference causes inequality among aviation sector workers. It also causes serious problems in their working lives.

Air transport workers; pilots, flight stewardesses and flight attendants are not entitled to severance pay if they are not included in the employment contract or are not regulated in the collective bargaining agreement in which they are involved. Employees who work in the ground facilities of aviation are entitled to severance pay because they are included in the Labor Code.

In the second part is about the importance of the union. Employees and employers have been given the right to form unions in article 51 of the Constitution of the Republic of Turkey. Flight personnel, whether they are a union member or not, must apply to a mediator before suing their employer. Being a union member provides advantages to flying personnel in many ways. For flight personnel who do not have their own specific and comprehensive air labor code, becoming a union member and being a party to the collective bargaining agreement has a protective effect.

The third chapter focuses on the inequality between airline employees. Flight personnel are considered dangerous jobs. As a result, they also need to undergo professional training. Flight personnel are kept under inspection by their superiors during the flight. Flight personnel may be dismissed as a result of a report based on false information. This shows once again that flight personnel are unprotected and deprived of the privileges given to other workers.

Some research has revealed that the risk of breast cancer and skin cancer is associated with cosmic radiation. According to the research on flight personnel, the rate of breast cancer was 30% higher in female employees. According to the same research, skin cancer was observed twice as much in flight personnel. The cancer risk shows that the rights of workers in this profession need to be protected under a comprehensive law.

The fourth section gives information about the legal status of flight personnel. Flying chefs, who are considered to be flight personnel, are experienced employees who have received culinary training. However, flying cooks have no definition in national or international law. Flying chiefs who work in the same working hours and under the same conditions as other flight personnel are not eligible for tax exemption like other flight personnel.

As a result, this study dealt with the loss of Rights suffered by flight personnel and inequalities in practice. In order to avoid further loss of rights, it is necessary to enact the air labor law.

GİRİŞ

İş Kanunu'nun ortaya konmasındaki en önemli sebep, Borçlar Kanunu'nun işçi haklarının korunması açısından yeterli görülmeyip işveren karşısında işçinin sosyal ve ekonomik haklarının daha iyi konuma getirilmesi ve Türk hukukunda bir nevi eşit taraflar olduğu varsayılan ancak uygulamada çokça mağduriyetin yaşandığı işçi ve işveren arasındaki farklılıkları dengelemektir. İşçi ile işveren arasındaki ilişkileri düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesi birtakım iş ve iş ilişkilerini kapsamı dışında bırakmıştır. “Deniz ve hava taşıma işleri”, “Sporcular hakkında” ve “Ev hizmetleri” kapsam dışında bırakılan işlerden birkaç tanesine örnektir. Pilot, uçuş hostesi, kabin memuru ve hava taşıma anında görevli olarak çalışmakta olan işçiler, İş Kanunu'nun 4. maddesinin kapsamı dışında bırakılmışlardır. Ancak havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işleri; temsil, uçak hat bakım, uçak özel güvenlik hizmet ve denetimi İş Kanunu kapsamına dahil edilmiştir. Uçucu personelleri çalıştıkları hava yolu bakımından da sendikalı ve sendikasız olma durumuna göre bir ayrıma tabi tutmalıyız. Bu personeller yaptıkları toplu iş sözleşmesinde İş Kanunu kapsamında olacaklarına dair hüküm koyabilirler lakin bu şekilde bir hüküm konulmasa dahi işçinin sendikalı olması durumunda İş Kanununa tabi olduğu varsayılır. Ancak sendikal yapılanma, çalışılan hava yolunda yoksa burada Borçlar Kanunu devreye girerek çalışanın hakları hizmet sözleşmesi esaslarına göre korunur. Havacılık sektöründeki bu ayrım, bu alanda çalışan insanların ciddi anlamda hak kayıpları yaşamalarına sebep olmakla birlikte faaliyette buldukları mesleğin fiziksel olarak yol açtığı yıpranma payının göz ardı edilmesine sebebiyet vermiştir. Yaşanan mağduriyetlerin önlenmesi için taslak halinde var olan ancak henüz uygulamaya geçmemiş olan Hava İş Kanunu üzerinde çalışmalar tüm hızıyla sürmektedir. Kanunda bir diğer kapsam dışı bırakılmış olan “deniz taşıma işleri” konusuna rağmen 1967 yılında Deniz İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Çok geniş bir istihdama sahip olan havacılık sektörü çalışanlarının haklarının, kapsamlı bir kanun altında toplanmaması büyük bir kayıp olarak varlığını sürdürmektedir.

I. TABİ OLUNAN KANUNLARA GÖRE KIDEM TAZMİNATI KARŞILAŞTIRMASI

A. İŞ KANUNUNA BAĞLI İŞÇİLERİN KIDEM TAZMİNATI

4857 sayılı İş Kanunumuzun düzenlenme amacı işçinin menfaatini daha yüksek seviyede korumak ve işçi işveren arasındaki menfaat dengesini işçiden yana olan bir noktada dengelemektir¹. Kıdem tazminatı, işçinin işten ayrılması durumunda işverenin çalışanına

¹ Sarper Süzek, İş Hukuku, (18. baskı, Beta Basım Yayım, 2019) 9-11 Kanun koyucunun bu amacı 8.6.1936 tarihli ve 3008 sayılı (ilk) İş Kanununun gerekçesinde şu şekilde belirtilmektedir: “Bu kanunun vaazından maksat Türkiye

ödemekle yükümlü olduğu tazminat çeşididir. Kıdem tazminatını çalışan kişinin hem çalıştığı dönemdeki emeğinin karşılığı hem de işten çıkma/çıkarılma sonrası maddi desteği olarak nitelendirebiliriz. Esasen önceki dönemlerde kıdem tazminatının niteliği ve niceliği² oldukça tartışma konusu olmuştur. Doktrinde kıdem tazminatını tazminat olarak kabul eden bir kesim ve yine kıdem tazminatını ikramiye olarak kabul eden iki görüş mevcuttu. Ancak Yargıtay önceleri bunu tazminat olarak kabul etmişse de daha sonra bu görüşünü değiştirerek kıdem tazminatının bir ikramiye olduğunu kabul etmiştir³. Kıdem tazminatının bir diğer tanımı ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından şu şekilde yapılmıştır: “İşverene ait iş yerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde, işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı zorluklar ve iş yerine sağladığı yarar göz önüne alınarak, hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanun çerçevesinde toplu olarak verilen paraya “kıdem tazminatı” denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabının nasıl yapılması gerektiği ve ödeme şekli herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde İş Kanunlarında düzenlenmiştir”⁴. Yargıtay’ın kıdem tazminatı konusunda işçiyi destekler şekilde birçok kararı mevcuttur. Bu sebeple kıdem tazminatı işçi için en önemli haklardan biri olmakla birlikte, işveren tarafından bakıldığında çalışanlarını kolay şekilde işten çıkarmasını engelleyen ve çalışanlarına hakkaniyet ölçüsünde davranması konusunda dikkatli olmasını gerektiren etkenlerden birisidir.

İşverenin İş Kanunu uyarınca çalışanını işten çıkarmak için haklı sebepleri olabilir. Bunlar; sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve zorlayıcı sebeplerdir. İşçi açısından ise maaşının düzenli ödenmemesi, tatil zamanlarının kullandırılmaması, prim ya da ikramiyelerinin ödenmemesi, şahıs varlığını zedeleyecek şekilde hakarete, haksızlığa uğraması işçinin işten ayrılmasına haklı sebep oluşturur. Ayrıca 1475 sayılı eski İş Kanunu’nun 14. maddesine göre kadın çalışan evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini sona erdirirse ve yine eski İş Kanunu’nun aynı maddesinde erkek çalışan askerlik hizmeti için iş sözleşmesini sona erdirirse kıdem tazminatına hak kazanır.

Havacılık alanında ise kıdem tazminatı açısından ikilik mevcuttur. Hava taşıma işleri Borçlar Kanunu’na tabi iken havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işleri 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabidir. Buna göre Türk Sivil Havacılık Kanunu’na dayanarak hazırlanan

amelesi ve işçilerinin hayat ve haklarını ve menfaatlerini göz önünde bulundurarak pay ile sermaye arasında ahenk tesisine yarayacak hükümler vaazı olduğundan...”

² Suphi Okay, “Kıdem Tazminatı Müessesesi ve Türkiye’deki Uygulaması”. Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 0 / 26, Yıl 2012. < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/9706> > Erişim Tarihi 15.10.2020

³ Yar. 9 HD, E. 947/62, K. 3019, 11.10.1947 (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı)

⁴ Yar. 9 HD, E. 2016/8902, K. 2016/9709 (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı)

Havalimanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre havacılığın yer tesislerinde yürütülen işleri;

1. Temsil,
2. Yolcu Hizmetleri,
3. Yük Kontrolü ve Haberleşme,
4. Ramp,
5. Kargo ve Posta
6. Uçak hat bakım,
7. Uçuş Operasyon,
8. Ulaşım,
9. İkram servisi
10. Gözetim ve Yönetim,
11. Uçak Özel Güvenlik Hizmet ve Denetimi

şeklinde gruplandırılmıştır⁵. Havaalanları yer hizmet türlerinin detayları, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün çıkardığı havacılık ile ilgili yönetmeliklerle belirlenir. Havacılığın yer tesislerinde yürütülen bütün işleri 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabidir.

İş Kanunu işçi haklarını koruyan, onlar lehine birçok hüküm barındıran ve hukukumuzda oldukça önemli yere sahip bir kanundur. Bu kanunun kapsamı altına aldığı çalışanlar belirli hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Bir işçinin sahip olduğu haklar; maaş, sosyal sigorta, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, yıllık ücretli izin, hafta tatili, bayram tatilleri, ara dinlenmesi, resmi tatiller, işe iade hakkı, iş arama izni olarak sayılabilir. Görüldüğü üzere bir iş yerinde çalışan işçi için işveren bu hakları kusursuz şekilde uygularsa, hak kaybı meydana gelmez ve sağlıklı bir çalışma ortamı oluşur.

İş hukukuna tabi bir işte çalışan işçinin sahip olduğu en önemli haklarından biri olan kıdem tazminatı yalnızca İş Kanununda sayılan kişiler için değildir. İş Kanunu dışında bırakılan ve Borçlar Kanununa bağlı tutulan 50'den az (50 dahil) işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerde (İş Kanunu md.4/b) çalışmakta olan işçiler için, "hizmet akdi veya toplu iş sözleşmelerinde hüküm bulunması" koşuluyla kıdem tazminatına hak kazanabilirler⁶. Ayrıca bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı, yahut toptan ödeme almak amacıyla sözleşmenin feshedilmesi

⁵ Havalimanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği (SHY-22), RG. 23.08.2016, S. 29810

⁶ Yar. 9. Hukuk Dairesi E. 1992/2280, K. 1992/9386, 9/9/1992

< https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_9_Hukuk_Dairesi_1992-2280.php > Erişim Tarihi 01.01.2021

halinde gemi adamı için kıdem tazminatı hakkı doğar⁷. Aynı şekilde Kanunumuzda işçi tanımının dışında yer alan fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışan gazeteciler için de kıdem tazminatı hakkı Basın İş Kanunu kapsamındadır⁸. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde sıralanan istisnai iş ve iş ilişkilerinde, hava taşıma işlerinde çalışanlar, çıraklar, aile ekonomisi sınırları içerisinde kalan tarımla ilgili yapı işlerinde çalışanlar vb., bu kanunun işçi, işveren ve işveren vekiline tanınan birtakım ayrıcalıklardan hariç tutulmuştur. Fakat ilgili Kanun'un "Analık halinde çalışma ve süt izni" başlıklı 74. maddesinin son fıkrası İş Kanunu'na tabi olan veya olmayan kadın veya erkek her işçi için uygulanır. Buna göre İş Kanunu kapsamında sayılmayan, hava taşıma işlerinde çalışan uçucu personel, iş sözleşmesiyle çalışma şartıyla maddede sayılan her haktan faydalanabilecektir.

B. BORÇLAR KANUNUNA BAĞLI İŞÇİLERİN KIDEM TAZMİNATI

4857 sayılı İş Kanunu, hava taşıma işlerini kanun kapsamı dışında bırakılan istisnai işlerden biri olarak saymıştır. Bu hükme göre kanun kapsamı dışında bırakılan istisnai işlerde çalışan işçiler İş Kanunu'na değil, Borçlar Kanunu hükümlerine tabii kılınmıştır. Borçlar Kanunu'nun gerekçe kısmında geçen "Bu işçiler ile İş Kanunu'nun kapsamına giren işçiler arasında büyük farklılıklar yaratılmamaya çalışılmıştır"⁹ ifadesi ile kanun koyucunun Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler ile İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler arasında oluşacak menfaat farkını en az seviyeye indirmeye çalıştığı vurgulanmıştır. Ancak Kanun'un lafzından da anlaşılacağı üzere İş Kanunu kapsamındaki işçinin menfaatinin daha üstün tutulduğu apaçık ortadadır.

Havacılığın yer tesis işlerinde çalışanlar İş Kanunu'na tabi ve kıdem tazminatına hak kazanmışken, uçucu personel olarak adlandırdığımız pilot, uçuş hostes, kabin memuru İş Kanunu'na göre bir işçinin kıdem tazminatı alabilmesi için, çalıştığı işin 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş bir iş olması ve yine bu kanunun 4. maddesinde sayılmamış amiri yani hava taşıma işlerinde çalışanların İş Kanununun korumasından yararlanmaları, işverenle yaptıkları iş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde buna dair özel bir madde bulunmadıkça mümkün değildir. Yani İş Kanunu'nun 4. maddesi gereğince hava taşıma işlerinde İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu sebeple bu sektörde çalışan kişiler 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na tabi olup iş sözleşmeleri ya da toplu sözleşmelerinde istisnai bir düzenleme

⁷ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.4.1967, RG. 29.4.1967, S. 12586

⁸ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu). Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.6.1952, RG. 20.6.1952, S.8140, İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG.25.10.2017, S. 30221

⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (22.1.2008)

< <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> > Erişim Tarihi 16.06.2019

olmadıkça kıdem tazminatına hak kazanamazlar. Havacılık sektöründe çalışan uçucu personeller yaptıkları iş sözleşmelerine ya da toplu iş sözleşmelerinin içeriğine gerekli özeni gösterdiği takdirde İş Kanunu'nda yer verilen işçi haklarına sahip olabileceklerdir. Bu duruma en güncel örnek olarak yakın zamanda Türk Hava Yolları (THY A.O.) ile Türkiye Sivil Havacılık Sendikası (HAVA-İŞ) arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde¹⁰ geçen “İş güvencesi kavramında ve iş sözleşmesinde yer almayan maddelere ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu uygulanır” cümlesi verilebilir. Herhangi bir sendikaya üye olmayan uçucu personeller bir sonraki başlıkta tartışılacaktır.

6098 sayılı Borçlar Kanunumuz ile uçucu personel de dahil olmak üzere bu kapsamda değerlendirilecek işçilerin haklarının birçoğu emredici hüküm niteliğindedir ve hiçbir şekilde işçinin aleyhine bir hüküm konulamaz. Böyle bir hüküm yer alsa dahi geçersiz sayılır. İlgili kanunda işçilerin diğer hakları ise şu şekildedir: Fazla çalışma hakkı, ihbar tazminatı hakkı, avans hakkı, işçinin kişilik haklarının korunması, tatiller ve izinler, kötü niyete dayanan feshe karşı koruma, haklı sebebe dayanmayan fesihden koruma, ölüm tazminatı hakkı mevcuttur.

Borçlar Kanunu'na tabi olan işçinin tazminat alabilmesi için uyması gereken birtakım kurallar vardır. Bu tazminatların başında ihbar tazminatı gelmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilmeden önce, işçi ayrılacağını işverenine bildirmek zorundadır. Asgari bildirim süreleri 4857 sayılı İş Kanunu madde 17 de şu şekilde belirtilmiştir:

- İş altı aydan daha kısa sürmüş olan işçi için, bildirim karşı tarafa yapılmasından itibaren iki hafta sonra,
- İş altı aydan bir buçuk yıla kadar devam etmiş olan işçi için, bildirim karşı tarafa yapılmasından itibaren dört hafta sonra,
- İş bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş işçi için, bildirim karşı tarafa yapılmasından itibaren altı hafta sonra,
- İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, karşı tarafa bildirim yapılmasından itibaren sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. Hafta sonları ve resmi tatiller bu sürelerin içerisinde yer almakla birlikte, işçi ihbardan sonra çalıştığı gün sayısı kadar ihbar tazminatlarını alır. Ancak işveren bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. İşveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanıldığı durum söz konusu olduğunda ise işveren, işçiye bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında kötü niyet tazminatı ödemekle yükümlüdür.

¹⁰ 26. Dönem Toplu İş Sözleşmesi (THY A.O - HAVA-İŞ) 15.04.2019

C. İŞ MAHKEMELERİ KANUNU KAPSAMINDA İŞ VE BORÇLAR KANUNU DEĞERLENDİRMESİ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹¹ ile iş yargılamasına birtakım yenilikler getirilmesi amaçlanmıştır. İş Mahkemelerinin İş Kanunu'nda belirtilen görev alanları genişletilerek öncesinde başka mahkemelerin görev alanında yer alan işler, İş Mahkemelerinin görev alanına dahil edilmiştir. 7036 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme sonucunda gazeteciler ve gemi adamlarının hizmet akdinden kaynaklanan davaları, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet akdine tabi çalışan ile işveren veyahut işveren vekilleri arasında iş ilişkisi sebebiyle doğan her türlü hukuki uyuşmazlıkla birlikte bazı istisnalar haricinde Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumu'nun taraf olduğu İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatından kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar ve diğer kanunlardan iş mahkemelerinin görevli olduğu anlaşılan tüm işlerin bu mahkemelerde görülmesi amaçlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi sebebiyle sözleşmeden doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin dava ve işlere İş Mahkemeleri bakmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu'nda uçucu personellerin iş sözleşmeleri ile ilgili iş davalarının, iş mahkemelerinde görüleceği ancak yargılamanın İş Kanunu kapsamında değil hizmet sözleşmesi sebebiyle tabi oldukları Borçlar Kanunu'na göre yapılacağı belirtilir. Yani havacılığın hem taşıma hem de yerde görülen işleri için açılacak olan dava iş mahkemesinde görülmekle beraber yargılama usulü farklı olacaktır. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kapsamında, öncelikli olarak arabuluculuk kurumuna başvurulması dava şartı olarak belirlenmiştir. Yani bir uçucu personel, işvereni ile bir sorun yaşadığında öncelikle arabulucuya başvurmalıdır. Başvurudan istenilen sonuç elde edilemezse, davasını iş mahkemesine taşımalıdır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile önceden işçilik alacakları için genel mahkemelerde dava açabilen uçucu personeller, yeni kanun ile davalarını iş mahkemelerinde açabileceklerdir. Bu kanunla birlikte 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren zorunlu arabuluculuk uygulaması uçucu personelleri de kapsamaktadır.

İş yargılamasına yenilik getiren zorunlu arabuluculuk sistemi doktrinde olumlu ve olumsuz birçok tartışmaya yol açmıştır. Doktrindeki bu tartışmaları özetleyecek olursak; öğretilerde bir kısım görüş, Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği¹² gereği zorunlu arabuluculuk sisteminin temel ilkelerinden biri olan gizlilik ilkesinin hem işçi hem de işveren açısından arabuluculuk sistemine güven duyulmasını sağladığını öne sürmektedir. Yani bu görüşe göre, yapılan arabuluculuk toplantılarının gizli olması ve tarafların beyanlarının aksi

¹¹ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG. 25.10.2017, S. 30221

¹² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG. 28.6.2018, S. 30439

kararlaştırılmadıkça saklanması, delil olarak kullanılmaması tarafların sorun üzerinde açıkça tartışmasını sağlamaktadır. Yargılama aşamasında delillerin açıkça göz önüne serilmesi taraflar için birtakım sıkıntılar doğurabileceği için arabuluculuk aşamasında tanınan gizlilik seçeneği taraflar açısından lehe bir durum olarak algılanıp arabuluculuk sistemine eğilimi arttırmaktadır. Günümüzde yargılama süreleri ve ücretleri göz önüne alındığında bu sistemin hem ekonomik anlamda hem de süre bakımından daha hızlı olduğu ve kişilerin maddi ve manevi anlamda yıpranmalarını bir nebze azaltması sebebiyle bu sistem daha ekonomik ve hızlı olarak addedilmektedir. Zorunlu arabuluculuk yönteminin uyuşmazlığı daha hızlı ve daha ekonomik bir şekilde temelinden sonlandırması ve sonrasında maddi ya da şekli herhangi bir uyuşmazlığın meydana gelmesini engelleyerek sosyal barışa katkı sağlaması amaçlanır¹³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun amacı işçi işveren arasındaki menfaat dengesini işçiden yana olan bir noktada dengelemektir. İş Kanunu işçiyi korumak adına birçok emredici hükme yer vermiştir. Ancak zorunlu arabuluculuk sisteminde arabulucu tarafsız olmak zorunda olduğu için işçi ve işveren arasındaki eşitsizliği daha da artıracak kararlar verme olasılığı oldukça düşüktür. Yani İş Kanunu'nun emredici hükümleri ile tarafsız olması gereken arabuluculuk yönteminin uygulanması zorlu olacaktır ancak zamanla yerine oturacaktır¹⁴. Zorunlu arabuluculuğun getirilmesiyle, hakkını yargı yoluyla arayabilecek işçi için arabulucuya gitmeyi zorunlu kılan sistemin, esasen serbest iradeye dayanan arabuluculuğun özüne aykırı olduğu yönünde öğretide görüşler mevcuttur¹⁵. Ayrıca işçinin sahip olduğu hakların pazarlık konusu olmasının doğru olmadığı yönünde birçok görüş mevcuttur. Zorunlu arabuluculuğa dair bir diğer olumsuz görüş ise, arabuluculuk görüşmesinde taraflar arasında anlaşma sağlandığında maddi anlamda arabulucu tam ücrete hak kazanır¹⁶. Bu durum yeterince denetlenmezse suistimal edilmeye müsait olup, arabulucunun toplantı esnasında tarafsız kalmak yerine ve kişinin hak kaybını düşünmeden taraflar arasında anlaşma sağlamaya çalışmasına sebep olabilir. Dolayısıyla ciddi anlamda hak kayıpları oluşabilir.

¹³ Alptekin Burak Boydak, 'İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kamuda Hizmet Alımı Kapsamında Çalışan İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi' (2018) 9 (2), Çalışma İlişkileri Dergisi, 88-100

¹⁴ Gülsevil Alpagut, 'İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi' (2016) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 213

¹⁵ Kürşat Karacabey, 'Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar', (2016) 1, Ankara Barosu Dergisi, 457-489

< <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/14.pdf> > Erişim Tarihi 10.10.2020

¹⁶ Yusuf Burak Aslanpınar, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı' (Ocak, 2019) 1, Türkiye Barolar Birliği, 25

Arabuluculuk sistemi tarafsız, eşit, gizli ve tarafların iradeleri çerçevesinde şekillenerek olumlu veya olumsuz olarak sonuçlanır. Zorunlu arabuluculuk sistemi ile taraflar arasında anlaşma şart koşulmayıp, yargı yükü bir nebze azaltarak adli yardım mekanizmasının gelişmesi amaçlanmıştır¹⁷. Yani yargı sistemine alternatif olarak getirilmemiş, alternatif çözüm yolu olarak sınıflandırılmıştır. Sonuç olarak arabuluculuk sistemi adil yargılamayı geliştirici niteliktedir. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk 02.01.2018 - 24.10.2019 tarihleri arasındaki istatistiğe¹⁸ göre;

<i>Arabulucu Görevlendirilmesi Yapılan Dosya Sayısı</i>	682.136
<i>Anlaşma</i>	423.612 (% 65)
<i>Anlaşmama</i>	223.426 (% 35)

II. SENDİKALI OLMANIN KIDEM TAZMİNATINA ETKİSİ

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 51'e göre, işçi ve işverenler sosyal ve ekonomik hak ve menfaatlerini korumak ve bu hak ve menfaatleri daha üst düzeye çıkartmak için serbest bir şekilde ancak milli güvenliğe, kamu düzenine, genel ahlak kurallarına ve başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal etmeden sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilir, bunlara üye olabilir veya üyelikten çekilebilir. Sendikalar Anayasal ve yasal güvence altındadırlar. Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki¹⁹ hak ve özgürlükler, toplu iş sözleşmeleri ve işçi işveren arasındaki uyumsuzlukların çözümü konuları ILO sözleşmeleri ve 2010 Anayasa değişikliği çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Bu değişikliklerin hem işçi hem de işveren hakları bakımından daha faydalı, özgürlükçü ve adil olacağı öngörülmüştür²⁰. Ülkemizde sendikalaşmanın artması ve işçilerin bilinçlendirilmesi sonucu işvereniyle iş uyuşmazlığı yaşayan işçinin sendikadan hukuki yardım almasıyla hem sahip olunan hakların daha etkili kullanılması söz konusu olur hem de yargının iş yükü bir nebze azalır. Bu sebeple Türkiye'de sendikalar desteklenmeli ve sendikalaşma artmalıdır.

¹⁷ Mustafa Serdar Özbek, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (4. Bası, Yetkin Yayınları, 2016) 11-12

¹⁸ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabuluculuk İstatistikleri, 31.01.2019 <<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistikleri07012021034403>> Erişim Tarihi 21.08.2019

¹⁹ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kanun Tarihi: 18.10.2012, RG. 7.11.2012, S. 28460

²⁰ Muhittin Astarlı, "6356 Sayılı Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları" (2013) 17(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı:1-2, 141

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre uçucu personel sendikalı olsun ya da olmasın işvereni ile herhangi bir sorun yaşadığı zaman dava açmadan önce mutlaka arabulucuya başvurmalıdır. Sorun arabuluculuk aşamasında çözülmezse dava yoluna gidilmelidir. Sendikalı olma durumu bu aşamadan sonra devreye girmektedir.

Ocak 2018 tarihinde THY de görev yapmakta olan uçucu personeller yine meslektaşları olan uçucu personeller için yeni bir sendika olan Hava Sen'i kurmuşlardır, ancak THY tarafından 11 Nisan 2018 tarihinde performans yetersizliği sebebiyle işçi çıkarımı başlamıştır. Fakat çıkarılan kabin memuru sendikal yapılaşma olan Hava Sen'e katıldığı için sözleşmesinin feshedildiğini iddia ederek Bakırköy 11. İş mahkemesine dava açmıştır. Mahkeme işten çıkarılmanın asıl nedeninin gerçekçi ve inandırıcı olmadığını, asıl nedenin davacının yeni bir sendikaya üye olması olduğu ve feshin sendikal olduğunu kabul ederek uçucu personelin işe iadesine ve toplam 215 bin TL ödenmesine karar vererek emsal nitelikte bir karara imza atmıştır.

6536 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun kabul edilerek yürürlüğe girmesiyle mülga haline gelen 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, hem işçi hem de işveren açısından karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları düzenleyip, grev ve lokavt haklarının esas ve usullerinin çerçevesini çizerek yaşanacak uyuşmazlıkları çözme amacı ile yürürlüğe girmiştir. Mülga edilen kanunda da yeni kanunda yer alan iki önemli kavram vardır. Bunlar "Grev" ve "Lokavt" kavramlarıdır. 6536 sayılı Kanunu'nun 58/1 maddesine göre, "İşçilerin, topluca çalışmamak yoluyla iş yerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre mühim ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında mutabık kalarak veya bir kuruluşun aynı maksatla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına "grev" denir". Anayasamızın 54/1 maddesinde de işçilerin sahip oldukları grev hakkından bahsedilmiştir ve bu hakkın kullanılma sınırları çizilmiştir. Grev için kanunda sayılan şartlar yerine getirilmezse yapılan bu grev kanuna aykırıdır. Yine 6536 sayılı kanunun 59/1 maddesine göre, iş yerinde faaliyetin büsbütün durmasına sebep olacak şekilde, işveren veya işveren vekili tarafından veya bir işveren kuruluşunun kararına uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına "lokavt" denir. Lokavt için kanunda sayılan şartlar oluşmadan yapılan lokavt kanuna aykırıdır. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 50'ye göre, bir uyuşmazlıkta taraf olan işveren, sendika üyesi olsun ya da olmasın, uyuşmazlığın bir diğer tarafı olan işçi sendikasının verdiği grev kararının tarafına tebliğinden itibaren altı iş günü içinde lokavt kararı alabilir. Uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için grev kararı verilmiş olsa dahi verilecek olan lokavt kararı yine var olan uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri içinde verilebilir. Grev veya lokavt kararı uygulanmaya başlandığı andan itibaren normal şartlarda taraflar hizmet

sözleşmelerine uygun davranma kuralına uyamayacakları ve kanunda sayılan sorumluluklarını yerine getiremeyecekleri için yani başka bir deyişle hizmet sözleşmeleri gereğince yerine getirmeleri gereken sorumlulukları Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 67/1'e göre askıya alınacağı için grev ve lokavt sürelerinde işveren ücret ödemek, işçi ise iş yerinde çalışmak zorunda değildir. Ayrıca yine ilgili kanun madde 67/3'e göre, grev ve lokavt sürecinde hizmet sözleşmeleri askıya alınan işçilere bu süre içerisinde işveren tarafından herhangi bir ücret veya sosyal yardım ödenmemekle birlikte, bu süreç kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz ve toplu iş sözleşmelerinde bunun aksine hüküm konulamaz. Bir diğer önemli ayrım ise, grev kararı alınmadan lokavt kararı alınamaz. Ancak grev sürecinin bitmesi lokavt süresinin bitmesini gerektirmez. Yine aynı şekilde lokavt sürecinin bitmesi grev sürecinin bittiği anlamına gelmez. Özetlemek gerekirse, grev kararı alınmadan lokavt kararı alınamaz ancak süreçlerin bitişleri birbirlerinden bağımsızdır.

Uygulamada büyük çoğunluğunun Türk Hava Yolları (THY) personelinin oluşturduğu Türkiye Sivil Havacılık Sendikasına (HAVA-İŞ) alternatif olarak Hava Yolları Sendikası (HAVA-SEN) kurulmuştur. Bu sendikanın da kurulmasıyla birlikte bu alanda toplamda dört sendika örgütlenmesi olmuştur. Türk Hava Yolları çalışanlarının üyesi olduğu HAVA-İŞ sendikasıyla THY'nin imzaladığı toplu iş sözleşmesinde, THY bünyesinde çalışan her sendikalı personel, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatına ilişkin hükümlerine tabidir²¹. Bu madde ile olası hak kayıpları engellenmeye çalışılmıştır. Ancak THY aksine herhangi bir sendikalaşma içerisine giremeyen Pegasus Hava Taşımacılığı A. Ş.'nin personelleri, bu şirketin personelleri için hazırladığı politikaya²² tabilerdir. Politikanın 6. maddesine göre, uçucu personeller açısından 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na tabi olmaktadır. Uçucu personel dışında kalan diğer çalışanlar açısından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri geçerli olmaktadır.

Sendikalı olmanın uçucu personele olan etkisi yadsınamaz. Zorlu şartlar altında çalışan, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlere dair ilgili yönetmelikte sayılan işlerden olan ve hâlihazırda kendi özel Hava İş kanunları olmayan ve İş Kanunu'na tabi tutulmayan uçucu personellerin haklarının korunması için öncelikli olarak Hava İş kanunu çıkarılması zorunluluktur ancak bu durumun eksikliğini sendika üyesi olmak ve toplu iş sözleşmesiyle imzalamak suretiyle bir nebze kapatmak mümkündür.

²¹ 26. Dönem Toplu İş Sözleşmesi (THY A.O - HAVA-İŞ) 15.04.2019; md. 30, 31

²² Pegasus Hava Taşımacılığı A.Ş Ücret ve Tazminat Politikası, 20.11.2013

III. HAVAYOLU ÇALIŞANLARI ARASI EŞİTSİZLİK

İşyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından yer aldığı tehlike sınıflarını belirleyen listeye²³ göre, tehlikeli işler arasında uçaklarda yapılan bütün işler sayılmıştır. Bunun bir sonucu olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışacak kişilerin mesleki eğitim alması için bir yönetmelik²⁴ yayınlamıştır. Bu yönetmeliğe göre uçaklarda yapılan bütün işler büyük bir ehemmiyet taşımaktadır ve mutlaka meslek içi eğitimden geçmeleri zorunludur. Türk Sivil Havacılık Kanunu'na dayanarak hazırlanan Havalimanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği'nde sayılan havacılığın yer tesislerinde yürütülen işleri ve uçucu personel olarak adlandırılan uçuş anında uçak içinde bulunan uçucu personeller; pilot, uçuş hostesi, kabin memuru ve hava taşıma anında görevli olarak çalışan kişiler belirli eğitimi almak zorundadırlar.

Uçucu personel, uçuş anında amirleri tarafından takip edilerek denetime tabi tutulurlar. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan Uçucu Ekip Uçuş Görev ve Dinlenme Süreleri ile Uygulama Esasları Talimatı²⁵ madde 4'e göre kokpit ekibi olan pilot/pilotları ve varsa uçak mühendislerinin görevini hava aracının sevk ve idaresi ile kullanımından sorumlu ve lisanslı kişiler olarak tanımlar. Yine aynı talimat, kabin ekibinin görevini ise esas görev yeri hava aracının kabini olan ve yolcu emniyetini ve gereksinimlerini karşılamak üzere gerekli eğitimleri almış, lisanslı kişiler olarak tanımlar. Havacılığın yer tesislerinde çalışan işçiler ile hava taşımacılığı esnasında çalışan uçucu işçiler arasında yaşanan en büyük eşitsizlik konularından birisi de performans değerlendirmesidir. Yargıtay'a göre görev tanımında bulunmayan bir nedenle işçi için performans değerlendirmesi yapılamaz²⁶. Uçucu personel hakkında yolcu emniyeti dışında yolcu memnuniyeti üzerine yazılan olumsuz bir rapor ya da kabin amirinin, yolcu ve uçuş emniyeti ile ilgili görevinin dışında yolcu memnuniyetinin sağlanamadığı gerekçesiyle uçucu personel hakkında yazdığı rapor, performans değerlendirmesi olarak anlaşılmamalıdır. Hatalı performans değerlendirmesi sebebiyle işten çıkarılmış olan uçucu personel için tazminat hakkı doğmaktadır. Borçlar hukukuna tabi uçucu personel ile işveren arasında çıkan bu tarz bir ihtilaf genel mahkemelerde çözümlenmektedir. Bu da herhangi bir sendikalaşma içerisinde bulunmayan işçiler için İş Kanunu'nun işçi lehine yaptığı düzenlemelerden mahrum kalmasına sebebiyet vermektedir.

²³ İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği, RG. 26.12.2012, S. 28509

²⁴ Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmelik, RG. 13.07.2013, S.28706

²⁵ Uçucu Ekip Uçuş Görev ve Dinlenme Süreleri ile Uygulama Esasları Talimatı (SHT-6A.50 Rev. 06)

²⁶ Yar. 22 HD, E. 2018/14692, K. 2018/24703, 19.11.2018, (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı)

Esas görev yeri hava aracının kabini olan uçucu personeller, olağan dışı bir şekilde kozmik radyasyondan, manyetik alandan etkilenmektedirler. Uçucu personelin ortalamadan daha yüksek bir oranda kozmik radyasyona maruz kalan meslek grubu olduğu ve nükleer reaktörlerle çalışan işçilere oranla daha fazla radyasyona maruz kaldıkları görülmektedir. Yapılan bilimsel araştırmalar sonucu 30 bin fitte havada olan uçaktaki pilotların 20 dakikada maruz kaldığı kozmik radyasyon miktarına uçak içindeki yolcular toplamda 57 dakika içerisinde ulaşmaktadırlar. Havacılık teknolojisi geliştikçe yüksek irtifa uçuşlarının artması uçucu personelin kozmik radyasyona uzun süre maruz kalmasına sebep olmaktadır. Uçakta bulunan aletlerin yaydığı elektromanyetik dalgalar, ultraviyole ışınları, jet yakıtı emisyonu, uçağın yapı elemanlarından buharlaşan kimyasalların da uçucu personeller üzerinde uzun vadede ciddi zararlar meydana gelmektedir. Sonuç olarak kokpit kabine göre kozmik radyasyon bakımından 3 kat daha tehlikelidir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda²⁷ sayılan riskli iş gruplarına verilen primlerin, mesleklerini icra ederken maruz kalınan kozmik radyasyona rağmen uçucu personellerin bu kanunun içine dahil edilmemesi büyük bir eksikliktir. İlgili kanunun 49. maddesinde “kamu idarelerinde pilot olan veya olmayan uçucuların görevlerinde geçirdikleri fiilî hizmet sürelerinin her senesi için üç ay itibarı hizmet süresi eklenir” denerek bir kısıtlamaya gidilmiştir. Aynı şekilde Emniyet Teşkilatı Uçuş ve Dalış Hizmetleri Tazminat Kanunu'na göre “Emniyet Genel Müdürlüğünde veya diğer kamu kurumlarında görev yapan Devlet memurları ile sözleşmeli personelden; uçuş ekibi, pilot hizmet müddetleri dışında, ayrıca altı ay itibarı hizmet müddeti eklenir” şeklinde yine kamu sektöründe çalışan uçucu personeller için bir ayrıcalık öngörülmüştür. Yapılan bu düzenleme özel sektörde çalışan uçucu personel açısından çok büyük bir ayrımcılıktır. Ancak özel sektörde bu ayrıcalık sadece THY uçucu personelleri için mevcuttur. Fiili hizmet süresi zammı yani yıpranma payı, esasen uçucu personellerin yararlanması gerekirken, gerekli düzenlemeler yapılmadığı için uçucu personelin büyük çoğunluğu bu uygulamanın dışında kalmıştır. Herhangi bir sendikaya üye olmayıp toplu iş sözleşmesi olmayan uçucu personeller Anayasa Mahkemesine kanun önünde eşitlik ilkesine dayanarak dava açabilir. Kanun önünde eşitlik ilkesi, benzer durumda olan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak meydana gelebilecek eşitsizliği önlemek olarak ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini koruyucu nitelikte kararlar vermektedir²⁸.

²⁷ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası:5510, Kabul Tarihi:31.05.2006, RG. 16.06.2006, S.26200

²⁸ AYM, E. 2016/130, K. 2016/197, 28.12.2016 (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı)

California’da yaşayan ve Uçuş Görevlileri Derneği’ne üye olan uçucu personeller üzerinde yapılan araştırmaya²⁹ göre, kadın uçucu personellerde meme kanseri insidansı %30 daha yüksek çıkmıştır. Yine aynı araştırmada malign melanom olarak bilinen deri kanseri uçucu personelde iki kat fazla çıkmıştır. Bu iki kanser türü de farklı radyasyon kaynaklarıyla oluşabilen kanserler olarak kayıtlara geçmiştir. İzlanda’da yapılan başka bir araştırmaya³⁰ göre, bu ülkedeki iki hava yolu şirketinden 158’i erkek 1532’si kadın toplam 1690 kabin görevlisinden oluşan bir kohort yani belli özellikleri aynı (yaş, cinsiyet, meslek vb.) olan bir grup kurulmuştur. Bu grubun kuruluş amacı radyasyonun kanser riski üzerindeki etkileridir. Yapılan araştırma sonucunda meme kanseri ve deri kanseri yani malign melanom riskinin kozmik radyasyonla ilişkili olduğu ortaya çıkmıştır. Türkiye’de Radyasyondan Korunma Uzmanları Derneği ve Türk Radyoloji Derneği işbirliğiyle yapılan radyasyonla çalışanların kanser riskinin değerlendirilmesi çalışmasında da yüksek oranda radyasyona maruz kalan kişilerde ciddi anlamda sağlık etkilerinin ortaya çıktığı görülmüştür. Bu çalışmaya göre lösemi başta olmak üzere farklı türlerde birçok kanser hastalığının ortaya çıkmaya meyilli olduğu görülmüştür³¹. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi tarafından hazırlanan Meslek Hastalıkları Kitapçığında³² Havacılık Endüstrisinde meslek hastalığı olarak akciğer kanseri gösterilmektedir. Bu verilere bakıldığında zaman uçucu personellerin mesleklerini icra ettikleri esnada kozmik radyasyona maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak, yapılan araştırmalar da gösteriyor ki bu kişilerde kanser riski her geçen yıl artmaktadır.

Havayolunun yer tesislerinde çalışanları ve uçucu ekibinin arasında eşitsizlik sebeplerini, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu arasındaki tazminat farkı, sendikalı olup olmama durumu, haksız performans değerlendirmesi, maruz kalınan kozmik radyasyonun sebep olduğu hastalıklar olarak sıralayabiliriz. Öyle ki ağır ve tehlikeli işler sınıfına giren bir iş kolunun her anlamda ayrıcalıklarının fazla olması gerekmektedir. Ancak uçucu personeller için ayrımcılık hem çalışılan havayolunun yer tesislerinde çalışanlar ve havada çalışanlar olarak ikiye ayrılmasıyla ve tazminat anlamında kişilerin sendikalı ve sendikasız olarak ikiye ayrılmasıyla ciddi bir ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bu ayrımcılığın kendisini gösterdiği en önemli alan

²⁹ Reynolds P, Cone J, Layefsky M et al. ‘Cancer incidence in California flight attendants’ (2002), (United States). *Cancer Causes Control*; 13: 317–324

³⁰ Rafnsson V, Tulinius H, Jonasson JG et al. ‘Risk of breast cancer in female flight attendants: population based study’ (2001), (Iceland). *Cancer Causes Control*; 12: 95–101

³¹ Radyasyonla Çalışanların Kanser Riskinin Değerlendirilmesi Bilgilendirme Toplantısı Sonuç Raporu, (2016) <https://hastaneler.erciyes.edu.tr/Content/files/pdf/yonerge/bilgilendirme_toplantisi_sonuc_raporu.pdf> Erişim Tarihi 22.11.2020

³² Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi, ‘Meslek Hastalıkları’ (2013) <<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1340/meslekhastaliklari.pdf>> Erişim Tarihi 11.11.2019

bu kişilerin yaşamsal anlamda kanser riski taşımalarıdır. Uçucu personelin tüm hak ve menfaatleri emsalleri ile eşit konuma getirilmelidir.

IV. UÇAN AŞÇILARIN HUKUKİ STATÜSÜ

Deneyimli ve mutfak eğitimi almış uçan servis şefi ya da uçan aşçı olarak adlandırılan fakat ne ulusal ne de uluslararası havacılık mevzuatlarında herhangi bir tanımlaması yapılmayan ancak hava yolu işletmelerinde istisna olarak yer görevi yapan ama esas görevleri uzun mesafeli uçuş anında uçucu personelin bir parçası olarak uçağın Business Class sınıfı yolcularına yemeklerini sunmak olan uçan aşçılar, hâlihazırda hiçbir kanunda kendilerine yer verilmemiştir. Motorlu hava araçlarına yönelik hazırlanan talimatname'nin³³ lafzından uçan aşçıları “Yolcu kabininde bulunan kabin ekibi dışındaki görevli personel veya ekip üyeleri” olarak nitelendirebiliriz. Ülkemizde uçan aşçılar Turkish Do&Co isimli uçak yemek hizmetlerini yürüten şirket aracılığıyla THY ile çalışmaktadırlar. Do&Co'nun uçan aşçı tanımı³⁴ ise, “ Uçan Şef, Turkish Do&Co şefi hava yolu ekibine dahil olmakla birlikte Business Class'ta ürün sunumundan ve uçuş görevlilerine mutfak yardımından sorumludur” şeklinde olup uçan şefleri kabin ekibi arasında saymıştır. İş ilişkisi çerçevesinde değerlendirildiği zaman uçan aşçılar Do&Co şirketinin çalışanı, çalıştıkları şirket ise Türk Hava Yollarıdır. Burada işin hizmete dayalı olması, şart olmasa da işin işverene ait iş yerinde görülmesi ve işin uzmanlık gerektirmesi, İş Kanunu madde 2/6 şartlarını sağlayarak THY ve Do&Co arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi olduğunu göstermektedir. Asıl işveren ve alt işveren arasında müteselsil bir ilişki bulunmaktadır. Müteselsil ilişki gereği, alt işverenin çalıştırdığı işçi sebebiyle doğacak sorumluluklar ve borçlar hem asıl işvereni hem de alt işvereni aynı derecede ilgilendirmektedir. Yani işçi, asıl işverene ya da alt işverene talebini doğrudan iletebilir. Asıl işveren, işçinin talebi doğrultusunda herhangi bir ödeme yaparsa bunu alt işverene rücu etme hakkı saklıdır. Asıl işveren alt işveren sözleşmesi yapılırken müteselsil sorumluluğu yok sayacak bir hüküm konulamaz. Böyle bir hüküm konulursa sözleşme geçersiz sayılır.

Bakanlık aracılığıyla hava yolu şirketlerine verilen ruhsatname ile bu hava yolu şirketinde çalışan ve geçerli uçuş için 2920 sayılı Kanunun 88. maddesinde istenilen sertifikaya³⁵ sahip olan uçucu personeller uçuş, görev ve dinlenme süresini düzenleyen ilgili mevzuattan yararlanmaktadırlar. Bununla birlikte uçan aşçıların yaşadıkları en önemli sıkıntılardan bir diğeri ise maaşlarından gelir vergisi kesilmesidir. En genel tanımıyla gelir

³³ Uçuş Operasyonlarına Yönelik Usul ve Esaslar Talimatı (SHT – OPS) -- EK-4 Ticari Hava Taşımacılığı Operasyonları (Bölüm – CAT) md.115., 15.09.2017

³⁴ <https://www.doco.com/do-co-ucan-ascilari/?lang=tr> Erişim Tarihi 21.12.2020

³⁵ Türk Sivil Havacılık Kanunu, Kanun Numarası: 2920, Kabul Tarihi: 14.10.1983, RG. 19.10.1983, S. 18196

vergisi, gerçek kişilerin elde ettiği gelirlerden alınan vergidir. Vergi Usul Kanunu, bir takım durumlara özgü olarak vergi istisnası ve vergi muafiyeti getirmiştir. Vergi muafiyeti ilgili kanuna göre, vergilendirilmesi gereken kişi ya da grupları vergi yükümlülüğünden müstesna tutulmaktadır. Vergi istisnası ise ilgili kanunun bir takım vergi konularını kısmen veya bütünüyle vergi dışı bırakmasıdır. 2019 yılında Gelir Vergi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle;

- Kamu personeli olmayan tüm pilot ve kabin memurları için gerçekleştirdikleri her uçuş için elde ettikleri gelirin %70'i ile gelir vergisinden muaf sayılacaklardır.
- Özel sektörde çalışan pilot ve kabin memurları haricinde; Uçan aşçı, uçak teknisyeni, mühendisler gibi uçuşlarda aktif görev alan diğer meslekler, her uçuştan elde ettikleri gelirin tamamıyla vergiye tabi olacaklardır.

Pilot ve kabin ekibiyle birlikte aynı mesai saatleri içerisinde ve aynı şartlarda çalışan uçan şefler için böylesine bir ayırım ciddi hak kayıplarını da beraberinde getirmektedir. Uçan aşçıların vergi muafiyetinden yararlanamama sebebi ise uçuş için geçerli sertifika sahibi olmamalarıdır. Bu ayrımcılık ile birlikte kanun dışı bırakılan uçan aşçılar, Gelir Vergisi Kanunu'na dayanarak yasal yollardan haklarını aramaya başlamışlardır. Maalesef ki herhangi bir kanuni tanımlamaya sahip olmayan uçan aşçılar, geçerli bir sertifikaya da sahip olmadıkları gibi Hava İş Kanunu'nun da var olmaması sebebiyle hukuki anlamda gerçek statülerine kavuşamamaktadırlar.

V. SONUÇ

Havacılık sektörü, dünya çapında ekonomik ve stratejik anlamda önemli bir yere sahiptir. Dünyada hava yolu ile seyahat gün geçtikçe artmakta ve havacılık sektörü, ulaşım sektöründe payını her geçen gün arttırmaktadır. Ülkemiz, havacılık sektöründe dünyada en hızlı büyüyen ülkeler arasındadır. Ancak geniş istihdam alanına sahip olan ve giderek büyümeye devam eden havacılık sektörünün çalışanları için henüz kapsamlı bir Hava-İş Kanunu bulunmamaktadır. Havacılık sektörü İş Kanunu'nda hava taşıma işleri ve havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işleri olarak ikili ayrıma tabi tutulmuştur. Havacılık sektörü çalışanları, bu durumun bir sonucu olarak sektör içerisinde eşitsizliğe uğramakla birlikte, ciddi hak kayıpları yaşamaktadırlar.

4857 sayılı İş Kanunu ile işveren ve işçi arasındaki iş ilişkisi ve taraflar arasındaki sosyal ve ekonomik dengenin bozulmadan korunması amaçlanmıştır. Ancak İş Kanununun hazırlanmasındaki temel sebep Borçlar Kanunu'nda işçi haklarının korunmasında yaşanan

sıkıntı ve işveren karşısında işçinin yaşadığı mağduriyeti gidermektir. Bu bilgi ışığında İş Kanunu'nda kanun kapsamı dışında bırakılıp, Borçlar Kanunu'na dahil edilen hava taşıma işlerinde çalışan uçucu personelin, kanuni olarak eşitsizliğe uğradığı ve hak kayıpları yaşadığı açıkça ortadadır. Kanun kapsamında sayılmayan ve uçucu personel olarak adlandırılan pilot, uçuş hostesi, kabin memuru ve hava taşıma anında görevli olarak çalışan kişilerin hakları, sektöre has Hava-İş Kanunuyla korunmayıp, Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır. Kanunda bir diğer kapsam dışı bırakılmış olan denizcilik işleri için 1967 yılında Deniz İş Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Bu çalışmada uçucu personelin maruz kaldığı hak yoksunluklarından, uygulamada karşılaşılan ikiliklerin eşitlik ilkesine olan olumsuz etkisinden ve uçuş anında uçucu personelin maruz kaldığı radyasyonun etkilerinden bahsedilmektedir. Bir ülkenin ekonomik ve stratejik alanda büyümesine yardımcı olan ve her geçen gün istihdamını arttıran havacılık sektörünün yürürlüğe konmuş bir kanunu bulunmaması çok büyük bir eksikliklerdir. Uygulama esnasında ortaya çıkan hak kayıplarının daha fazla yaşanmaması için Hava-İş Kanunu'nun bir an önce çıkarılması gereklidir.

KAYNAKÇA

- 25.11.2009 Tarihli ve 27417 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sınıfları Listesi Tebliği
- 21.10.2016 Tarihli Radyasyonla Çalışanların Kanser Riskinin Değerlendirilmesi Bilgilendirme Toplantısı Sonuç Raporu
- Alpagut G, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, (Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016)
- Aslanpınar YB, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı”, (1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ocak 2019)
- Astarlı M, “6356 Sayılı Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013) 17/2, Sayı:1-2, s.141-184
- Boydak AB, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kamuda Hizmet Alımı Kapsamında Çalışan İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma İlişkileri Dergisi (2018) 9 (2), 88-100
- Karacabey K, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi (2016) 123, 457-489 (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/14.pdf>).
- Okay S, “Kıdem Tazminatı Müessesesi ve Türkiye’deki Uygulaması”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi (2012) 26, 105-124
< <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/9706> > Erişim Tarihi: 15.10.2020
- Pegasus Hava Taşımacılığı A.Ş Ücret ve Tazminat Politikası, 20.11.2013
- Reynolds P, Cone J, Layefsky M ve diğ. “Cancer incidence in California flight attendants”, Cancer Causes Control (2002) 13, 317–324
- Rafnsson V, Tulinius H, Jonasson JG ve diğ. “Risk of breast cancer in female flight attendants: population based study”, Cancer Causes Control (2001) 12, 95–101
- Süzek S, İş Hukuku, (18.Baskı, Beta Basım Yayım, 2019)
- Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I, (4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016)
- T.C. Sağlık Bakanlığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi, Meslek Hastalıkları, (1.Baskı, Özyurt Matbaacılık, 2013)
<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1340/meslekhastaliklari.pdf>
<http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf>
<https://www.doco.com/do-co-ucan-ascilari/?lang=tr>



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

MİRAS HUKUKUNDA TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜ VE TENKİS DAVASI

Stj. Av. Ümit YILMAZER *

ÖZET

Bu çalışmamızın amacı, miras bırakanın mal varlığı üzerindeki tasarruf serbestisini sınırlarıyla birlikte araştırmak ve bu sınırların aşılması halinde izlenecek dava yolunu irdelemektir. Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri, doktrindeki farklı görüşler ve Yargıtay kararlarının değerlendirilmesiyle sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Uygulamada birçok miras bırakanın, mal varlığı üzerinde sınırlama olmaksızın özgürce tasarrufta bulunabileceğini düşünerek hareket ettiği görülmektedir. Bu düşünce neticesinde ise, kanun koyucu tarafından hak sahibi olduğu kabul edilen bazı mirasçılarının, haklarının ihlali sonucu doğmaktadır. Benzer şekilde bir kısım miras bırakanın da, kanun tarafından koyulan sınırlamayı bilmesine rağmen, mirasçısı aleyhine işlem yaparak, kasten bu sonucun doğmasına neden olduğu görülmektedir. Miras bırakanın tasarruf oranını aştığını tespit edebilmek için öncelikle terekenin tamamı sonra ise saklı pay oranı belirlenmelidir. Bu belirlemeler neticesinde ise tasarruf oranına ulaşılabilecek ve onun aşılabileceği tespit edilebilecektir. Tenkis davası ile birlikte, saklı pay hakkı ihlal edilmiş olan mirasçının hükümsüzlük talebi karara bağlanacaktır. Dava sonucunda verilen karar ile tasarrufun tamamı hükümsüz bırakılabileceği gibi, ihlalin giderilmesine olanak tanıyacak şekilde kısmen de hükümsüz kılınabileceği sonucuna ulaşılabilecektir.

Anahtar Kelimeler Tenkis, Tenkis Davası, Saklı Pay, Saklı Pay İhlali, Tasarruf Özgürlüğü

FREEDOM OF TESTATION AND ACTION FOR THE REDUCTION OF RESERVED PORTION IN INHERITANCE LAW

Leg. I. Ümit YILMAZER **

ABSTRACT

The purpose of this study is to investigate the freedom of testation on the assets of the inheritor along with its limits and to examine the way to be followed if these limits are exceeded. It will be tried to reach a result by evaluating the provisions of the Turkish Civil Code on the subject, different opinions in the doctrine and the decisions of the Supreme Court. In practice, it is seen that many heirs act by thinking that they can freely evaluate their existence without restrictions. As a result of this thought, it arises as a result of the violation of the rights of some heirs, who are accepted as rightful by the legislator. Similarly, it is seen that some of the inheritors, despite knowing the limitation imposed by the law, act against the heir, deliberately causing this result. With the action for reduction of reserved portion, the invalidation request of the heir whose share right protected by law has been violated will be resolved. With the decision taken as a result of the case, it will be concluded that all the acts may be null or partially void in order to allow the violation to be remedied.

Keywords Reduction, Action for Reduction, Reserved Portion, Breach of Reserved Portion, Freedom of Disposition

* Stj. Avukat, Bursa Barosu, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, umit.yilmazer@org.sakarya.edu.tr, ORCID 0000-0002-1938-4783

** Legal Intern, Bursa Bar Association, Sakarya University Institute of Social Sciences, LLM in Private Law Student, umit.yilmazer@org.sakarya.edu.tr, ORCID 0000-0002-1938-4783



Extended Summary

Inheritance law concerns the distribution of a person's property on his or her death and is a vital area that affects almost everyone. Inheritance law serves to consider the wishes of the individual as well to provide preservation and security of the family. This article discusses the freedom of testamentary disposition under which Turkish inheritance law operates certain limitations through a reserved portion mechanism.

This paper will be structured as follows. In Part I, limitations to testamentary freedom in Turkey will be examined and limitation which relate to the reserved portions will be identified. In part II, application of lawsuit for the reduction of reserved portion is discussed. Legal rights provide a surviving spouse and any children of the deceased, irrespective of legitimacy, with the right to claim on part of the deceased's property.

Freedom of testamentary disposition is an established right within Turkish law and, theoretically, anybody with the capacity to do so may leave a Will and/or Agreement of inheritance distributing the entire or part of his estate as a mortis causa trust on his death. It is assumed that as part of the right of ownership, a person may dispose of his property as he sees fit. The freedom of testation is, however, subject to certain limitations. A testator/trix is not completely free to dispose of their entire property as they please. The law limits this freedom in favour of close relatives, by means of the 'reserved portion' principle.

This 'reserved portion' is a specific percentage of the estate reserved for certain relatives of the deceased. Not all persons who would be entitled to inherit by intestate succession have reserved portions. Only the children, father and mother, brothers and sisters and the surviving spouse of the deceased have rights to such a reserved portion. The amount of the reserved portion depends on the closeness of the surviving heirs to the deceased. The Turkish Civil Code decreases the extent of the reserved portion and expands the amount.

Turkish inheritance law provides certain rules with regard to reserved portions. Heirs with reserved portions (and creditors of the heirs with reserved portions in exceptional circumstances) may (with leave of the court) oppose a distribution if the part distributed exceeds the ratio of the estate that is the remaining portion after the entitlement of the reserved portion. (However, heirs with reserved portions cannot file the above-mentioned suit or demand temporary injunction when the testator/trix is alive.) Distributed portions are corrected through two methods: reduction and equalization. Heirs may exercise such options if they feel the distribution of assets is not just or in conformity with the law.

Reduction: for example, if the deceased states 'I leave my Istanbul flat (which has a value of 700) to my son A, and I leave my Ankara flat (which has a value of 200) to my daughter B', the position will be as follows. The testator/trix has an estate with a value of 900 and they intend to portion 700 of the estate to son A. However, daughter B has a reserved portion with a value of 225 (calculated from the total estate value of 900 as B has an intestate share of one-quarter). Thus, in this situation B can file a revocation suit demanding the remaining part of her reserved portion.

Equalization: Another method is equalization. Where the testator/trix has transferred an asset to an heir when they are alive, the heir is obliged to return the asset (movable or immovable)

or its value to the estate in order for it to be partitioned. Certain conditions are required before a transfer can be made subject to equalization:

- the original transfer must have taken place when the testator/trix is alive;
- the transfer must have been without any consideration;
- the transfer must have been to an heir;
- the transfer must have been made as part of the heir's intended portion of the inheritance.

Therefore, not all transfers are subject to equalization. The burden of proof is on the plaintiff if they claim that the transfer was made in consideration of the heir's portion of inheritance.

To sum up, all heirs are subject to equalization whether or not they are entitled to a reserved portion. However it is possible for the testator/trix to provide that the asset or value shall be excluded from equalization. Unless the testator/trix indicates their clear intention to exclude the transfer from equalization when they make the transfer to the heir, equalization is applied to all types of transfers, including the provision of a beneficial loan.

In conclusion, Turkish inheritance law aims to protect the extended family by imposing a reserved portion for the benefit of said family members. However, to become a heir to the deceased's estate and property, it is important that certain conditions be satisfied.

GİRİŞ

Miras Hukuku, gerçek kişinin yaşamının sona ermesiyle birlikte, sahip olduğu mal varlığının kimlere ve hangi oranda dağıtılması gerektiği hususu üzerinde durmaktadır. Bu mal varlığı içerisinde taşınır ve taşınmaz malları temsil eden aktifler bulunacağı gibi, borçları kapsayan pasifler de yer alacaktır¹.

Miras bırakanın ölümü sonrasında söz konusu bu mal varlığının akıbeti, geride bıraktığı mirasçıları için büyük bir öneme sahiptir. Dolayısıyla kanun koyucu, miras bırakana mal varlığı üzerinde özgürce tasarrufta bulunma imkanı tanımış ve geride kalan mirasçıları düşünerek bu özgürlüğün sınırlarını da çizmiştir.

Bu çalışmamızın birinci bölümünde, miras bırakanın mal varlığı üzerindeki tasarruf özgürlüğünün hangi boyutta olduğunu, kanun koyucunun bunu nasıl ve kimler lehine sınırlandırdığını, tasarruf oranının neyi ifade ettiğini ve nasıl hesaplandığını anlatmaya çalışacağız.

İkinci bölümde ise, miras bırakanın kanun koyucunun belirlediği sınırları aşması sonucu gündeme gelecek tenkis davası, örnek olaylar ve Yargıtay kararları çerçevesinde tüm yönleriyle ele alınacaktır.

I. MİRAS BIRAKANIN TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Aynı ailenin üyesi olan kişilerin birbirlerinin geleceğini düşünerek hareket etmesi ve bu üyelerden miras bırakana daha yakın olan üyenin lehine, diğer üyelerin mirastan mahrum bırakılmasının önüne geçilmesi adına, varlığına dokunulamayacak miras paylarının oluşturulması ihtiyacı duyulmuştur².

Hukukun tanıdığı özgürlük neticesinde kişiler, sahip oldukları mal varlıkları üzerinde istisnalar hariç serbestçe tasarruf etme imkanına sahiptir. Bu istisnalardan birisi, kanunda ifade edilen saklı paylı mirasçıların payları üzerinde tasarrufta bulunulamamasıdır. Kanun koyucunun bu istisnayı düzenlemiş olmasının nedeni, üstün kamu menfaatini gözetmiş olmasıdır³.

¹ Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, Miras Hukuku (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 17

² Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 202

³ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 87

Kanunda sayılmış olan saklı paylı mirasçılardan sahip olduğu ve miras bırakan tarafından üzerinde tasarruf yetkisi kullanılmayan paylar, saklı pay olarak anılmaktadır. Miras bırakanın mal varlığı içindeki söz konusu bu saklı paylar dışındaki kısım ise miras bırakan tarafından tasarruf edilebilir kısım olarak anılmaktadır⁴. Başka bir ifadeyle saklı paylı mirasçılardan davaya konu edemeyeceği tereke parçası, miras bırakan tarafından tasarruf edilebilir kısım olarak ifade edilmektedir⁵.

Saklı payın, yasal mirasçılardan bir kısmına ait olup, mecburi olma özelliği taşıyan miras payı olduğunu da söyleyebiliriz. Aile içerisindeki yakınlık derecesi azaldıkça bu pay azalacak ve buna bağlı olarak da miras bırakanın tasarruf edebileceği pay artacaktır⁶.

A. SAKLI PAYLI MİRASÇILAR

Her şeyden önce şunu ifade edebiliriz ki, miras bırakanın yasal mirasçısı olmayan ya da olmasına rağmen sonradan bu sıfatını kaybetmiş olan kişinin, saklı paya sahip mirasçı olduğu da söylenemeyecektir⁷.

Yasal mirasçılar, saklı paya sahip olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁸ 506'ncı maddesinde⁹ görüldüğü gibi, kimlerin saklı paya sahip mirasçı olabileceği kanun koyucu tarafından sayılmış ve üç grup halinde düzenleme altına alınmıştır¹⁰. Dolayısıyla herhangi bir kişinin, kendi mirasında saklı paya sahip olabilecek mirasçılarını belirleme yetkisi yoktur¹¹.

⁴ Serozan ve Engin (n 2) 202; Oğuz Ersöz, 'Tenkis Defi' (2017) 15 (170) Legal Hukuk Dergisi, 602-603

⁵ Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 326

⁶ Osman Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, Miras Hukuku (Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 315

⁷ Antalya ve Sağlam (n 6) 319

⁸ RG. 08.12.2001, S. 24607

⁹ "Saklı pay aşağıdaki oranlardan ibarettir: 1. Altsoy için yasal miras payının yarısı, 2. Ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri, 3. (Mülga: 4/5/2007-5650/2 md.), 4. Sağ kalan eş için, altsoy veya ana ve baba zümresiyle birlikte mirasçı olması hâlinde yasal miras payının tamamı, diğer hâllerde yasal miras payının dörtte üçü."

¹⁰ Serap Kurtbaş, Tenkise Esas Alınan Tereke (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 36-37

¹¹ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 88; Serozan ve Engin (n 2) 205

Miras bırakan, TMK m. 515¹² gereğince, yapacağı ölüme bağlı tasarrufların bir koşula bağlanmasını sağlayabilecektir. Buna karşılık miras bırakanın, hak sahibi olan mirasçılarının saklı pay sahibi olabilmelerini ise herhangi bir koşula bağlaması söz konusu olmayacaktır¹³.

1. Birinci Grup Saklı Paylı Mirasçılar

Kanun gereğince, birinci grup saklı paylı mirasçılarının, miras bırakanın altsoyu olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Bu gruptakilerin tespiti için, miras bırakanın, altsoyu ile soy bağının ne şekilde kurulduğunun önemi yoktur. Başka bir ifadeyle hukuken altsoy olduğu kabul edilen herkes, birinci grup saklı paylı mirasçı olarak kabul edilmektedir¹⁴.

Kanundaki ilgili düzenlemeye dikkat edilirse, birinci grupta yer alan bu saklı paya sahip mirasçılarının, saklı payları oran olarak belirlenmiş ve yasal miras paylarının yarısı kadar olduğu ifade edilmiştir.

2. İkinci Grup Saklı Paylı Mirasçılar

Kanun gereğince, ikinci grup saklı paylı mirasçılarının, miras bırakanın anne ve babası olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Kanundaki ilgili düzenlemeye dikkat edilirse, ikinci grupta yer alan bu saklı paya sahip mirasçılarının, saklı payları oran olarak belirlenmiş ve yasal miras paylarının dörtte biri ($\frac{1}{4}$) kadar olduğu ifade edilmiştir.

Kanunda, 04.05.2007 tarihinde yapılan düzenlemeden önce, miras bırakanın kardeşinin de saklı paylı mirasçı olduğu ve saklı payının ise yasal miras payının sekizde biri ($\frac{1}{8}$) kadar olduğu düzenleme altına alınmıştı¹⁵. Düzenlemeyle birlikte kardeş, saklı paya hak sahibi olmaktan çıkarılmıştır. Bu da saklı pay ile tasarruf oranı arasındaki ters orantı nedeniyle, miras bırakanın mal varlığı üzerindeki tasarruf oranının artmasına neden olmuştur¹⁶.

¹² "Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir. Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin buldukları tasarrufu geçersiz kılar. Anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır."

¹³ Antalya ve Sağlam (n 6) 319

¹⁴ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 88

¹⁵ RG. 10.05.2007, S. 26518

¹⁶ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 90

Miras bırakanın kardeşinin saklı paylı mirasçı olması hususunda 2007 öncesinde ve sonrasında farklı düzenlemelerin söz konusu olmasının, uygulamada dava ve hüküm tarihinin farklı dönemlere denk gelmesi halinde uygulanacak düzenlemenin tespiti açısından soru işareti oluşturabileceği düşünülebilecektir. Ancak mirasın paylaşılması, Türk Medeni Kanunu gereğince ölüm anında yürürlükte bulunan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirileceğinden, hangi düzenlemenin uygulanacağını, dava veya hüküm tarihine değil, ölüm anına bağlandığı sonucuna ulaşabiliriz. Yani miras bırakanın, 04.05.2007 tarihinden önce ölmüş olması durumunda, kardeşleri de saklı paylı mirasçı olarak kabul edilecektir¹⁷.

3. Üçüncü Grup Saklı Paylı Mirasçılar

Kanun gereğince, üçüncü grup saklı paylı mirasçının, miras bırakanın sağ kalan eşi olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Kanundaki ilgili düzenlemeye dikkat edilirse, üçüncü grupta yer alan bu saklı paya sahip mirasçının saklı payları, kiminle birlikte miras bırakanın mirasçısı olduğuna göre farklılık göstermektedir. Sağ kalan eş, miras bırakanın altsoyu veya annesi, babasıyla birlikte mirasçı olması halinde, sahip olduğu yasal miras payının tamamı saklı pay olarak kabul edilecektir. Bunlar dışındakilerle birlikte mirasçı olması halinde ise, yasal miras payının dörtte üçü ($\frac{3}{4}$) saklı pay olarak kabul edilecektir.

Terekenin paylaşımı yapılmadan önce borçların ödenmesi ve mal rejimi tasfiyesinin yapılmış olması gerekir. Bunlardan sonra mirasçılara payları oranında dağıtım yapılacaktır. Kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olduğunu düzenlemiştir. Bu rejim gereğince örneğin, sağ kalan eş, alt soy ile birlikte mirasçı iken, bir malın edinilmiş mal olması halinde, söz konusu bu malın yarısını sağ kalan eş alacaktır. Malın kalan yarısının dörtte birini ($\frac{1}{4}$) ise yine yasal miras payı olarak sağ kalan eş alacaktır¹⁸. Saklı payın da bunun üzerinden hesaplanması gerekecektir.

¹⁷ Serozan ve Engin (n 2) 205; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 90

¹⁸ Antalya ve Sağlam (n 6) 322; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 91

B. TASARRUF ORANI VE HESAPLANMASI

Roma hukukunda, miras bırakanın mal varlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği genel olarak kabul edilmiştir. Yani bu konuda miras bırakanın iradesi üstün kılınmıştır. Ancak zamanla bu düzenlemenin yumuşadığı görülmektedir¹⁹.

Tasarruf oranı, murisin söz konusu malvarlığı için tasarruf yetkisini kullanabildiği kısmı ifade eder²⁰. Murisin sahip olduğu tasarruf oranıyla saklı pay oranı arasında ters orantı vardır. Başka bir ifadeyle saklı pay oranı ne kadar az olursa muris o kadar fazla tasarruf yetkisine sahip olacaktır. Dolayısıyla tasarruf oranının, her bir olay için ayrıca hesaplanması gerekecektir. Tasarruf edilebilecek kısmın hesaplanmasında, mirasın tamamından saklı payların toplamının çıkarılması gerekmektedir²¹. Bunu matematiksel olarak ifade etmek gerekirse “ $TEK=MT-ST$ ” eşitliğinin kullanılması gerektiğini söyleyebiliriz²². Tasarruf oranının hesaplanmasında ise, terekenin 1 olarak kabul edilmesi halinde, toplam saklı pay oranının 1’den çıkarılmasıyla sonuca ulaşılabilecektir. Bunu matematiksel olarak ifade etmek gerekirse “ $TO=I-SO$ ” eşitliğinin kullanılması gerektiğini söyleyebiliriz²³.

Dolayısıyla murisin mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu kısmın belirlenebilmesi için öncelikle terekenin tespit edilmesi gerekir²⁴.

Tasarruf oranı belirlenirken dikkate alınacak olan asıl tereke, sadece murisin öldüğü andaki mevcut olan aktif değerlerden oluşmamaktadır. Kanun koyucu, murisin sağ iken mal varlığına yönelik istediği şekilde tasarrufta bulunabileceğini kabul etmiş olsa da, söz konusu bu tasarruf sonucunda saklı paya sahip mirasçıların bu paylarının tecavüze uğramasını istememiştir. Dolayısıyla miras bırakanın sağ iken ifa ettiği bazı tasarrufların, tasarruf oranının belirlenebilmesi adına, ölümüyle birlikte terekeye eklenmesi arzu edilmiştir²⁵.

¹⁹ Zahit İmre ve Hasan Erman, Miras Hukuku (13. Baskı, Der Yayınları 2017) 230

²⁰ Hasan Petek, ‘Mirasçılık Sifatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi’ (2002) 4 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 139; Aydın Ebrar Günel, Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları (2. Baskı, Platon Hukuk Yayınları 2020) 112

²¹ Antalya ve Sağlam (n 6) 323; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 88; Serozan ve Engin (n 2) 211; Kurtbaş (n 10) 38

²² TEK = Tasarruf edilebilir kısım, MT = Miras toplamı, ST = Saklı paylar toplamı; Hakan Albaş, ‘Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def’i’ (2012) 18 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 145

²³ TO = Tasarruf oranı, SO = Saklı pay oranı; Hande Deniz, Miras Hukuku Pratik Çalışmaları (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 88

²⁴ Serozan ve Engin (n 2) 212; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 91; Antalya ve Sağlam (n 6) 324

²⁵ Gamze Turan Başara, ‘Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası’ (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 366

TMK m. 507'de²⁶ murisin mal varlığı üzerinde tasarruf edebileceği kısmın, ölümün gerçekleştiği andaki terekenin durumuna göre belirleneceği ifade edilmiştir²⁷. Yine aynı maddede tasarruf edilebilecek kısmın belirlenmesi anında terekeden indirilmesi gereken hususlar da vurgulanmıştır. Terekenin belirlenebilmesi için öncelikle mal varlığının aktifleri ile pasiflerinin ayrılması ve net aktiflerin tespit edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla 507'nci maddede ifade edilen miktarların terekeden indirilmesi gerekmektedir. Gerekli indirimler yapıldıktan sonra, net terekenin hesaplanabilmesi adına bazı eklemelerin yapılması da gerekecektir. TMK m. 508'de²⁸ ifade edildiği gibi, murisin öngörülen belirli süre içinde yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmaların da terekeye eklenmesi gerekecektir. Benzer şekilde, mirasta iadesi söz konusu olabilen bağışlamaların da terekeye eklenmesi gerekmektedir²⁹. TMK m. 509'da³⁰ ise sigorta alacaklarının, miras bırakanın ölümü anındaki satın alma değeriyle birlikte terekeye eklenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

1. Mirasın Reddinin Tasarruf Oranı Üzerindeki Etkisi

Mirasın reddedilmesiyle birlikte reddedenin mirasçılığı sona erecektir. TMK m. 611³¹ gereğince, kişinin mirası reddetmiş olması, miras bırakandan önce ölmüş gibi değerlendirilmesine neden olacaktır. Dolayısıyla mirası reddedenin altsoyunun miras hakları korunmuş olacaktır³². Başka bir ifadeyle, mirası reddetmiş olan mirasçı hesaba katılmaksızın mirasçıların sahip oldukları saklı paylar ve miras bırakanın tasarruf nisabı hesaplanacaktır. Mirasın reddinin miras bırakanın sahip olduğu tasarruf oranına etkisi, reddeden mirasçının altsoyunun olup olmamasına, olması halinde bunların saklı paya sahip olup olmamasına ve pay oranlarına göre değişiklik gösterecektir³³.

²⁶ “Tasarruf edilebilir kısım, terekenin mirasbırakanın ölümü günündeki durumuna göre hesaplanır. Hesap yapılırken, mirasbırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri terekeden indirilir.”

²⁷ Erhan Günay, Soru ve Cevaplarla Miras El Kitabı (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 66

²⁸ “Mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları, tenkise tâbi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir.”

²⁹ Serozan ve Engin (n 2) 212; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 92

³⁰ “Mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yapması veya böyle bir kişiyi sonradan lehdar olarak tayin etmesi ya da sigortacıya karşı olan istem hakkını sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla karşılıksız olarak üçüncü kişiye devretmesi hâlinde, sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değeri terekeye eklenir.”

³¹ “Yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer. Mirası reddeden atanmış mirasçının payı, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufundan arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça, miras bırakanın en yakın yasal mirasçılarında kalır.”

³² Antalya ve Sağlam (n 6) 342; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 93

³³ Mustafa Dural ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku (15. Baskı, Filiz Kitapevi 2020) 272; Günel (n 20) 112

Reddedenin saklı paylı mirasçı olduğunu ve altsoyunun da olmadığını düşünelim. Bu durumda mirasın reddedilmiş olması halinde, söz konusu bu saklı pay aynı zümre ve sıradaki mirasçıların paylarının artmasına neden olsa da, miras bırakanın tasarruf oranı üzerinde herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır³⁴.

Somutlaştırmak adına örnek vermek gerekirse, miras bırakanın geride yalnızca iki çocuğunun kaldığını düşünelim. Bu durumda her bir çocuğun miras payı $\frac{1}{2}$ ve saklı payı da $\frac{1}{4}$ olacaktır. Dolayısıyla saklı paylar toplamı $\frac{1}{2}$ ($\frac{1}{4} + \frac{1}{4}$) olacaktır. Saklı paylar dışında geriye kalan kısım ise yani $\frac{1}{2}$ 'lik ($1 - \frac{1}{2}$) kısım ise miras bırakanın tasarruf oranına karşılık gelecektir. Çocuklardan birinin mirası reddetmesi halinde ise, mirasın tamamı sağ olan diğer çocuğa kalacaktır. Bu durumda da mirasın tamamını alan çocuğun saklı payı $\frac{1}{2}$ olacaktır. Saklı pay dışında kalan kısım ise yani $\frac{1}{2}$ 'lik ($1 - \frac{1}{2}$) kısım ise miras bırakanın tasarruf oranı olacaktır. Görüldüğü gibi, bu şartlar altında mirasın reddi halinde, diğer mirasçının miras payı artmasına rağmen, miras bırakanın tasarruf oranı değişmemiştir³⁵.

Reddedenin saklı paylı mirasçı olduğunu ve altsoy yanında diğer mirasçıların da olmadığını düşünürsek, söz konusu saklı pay bu durumda doğrudan mirasın tasarruf edebileceği kısma eklenecektir. Dolayısıyla tasarruf oranının artmasına neden olacaktır³⁶.

Reddedenin saklı paylı mirasçı olduğunu ve altsoyu olmasına rağmen bu altsoyun saklı paylı mirasçı olmadığını düşünelim. Mesela anne ve babanın mirası reddettiğini ve geride yaşayan bir kardeşin mirasçı olarak kaldığını düşünelim. Kardeş, mevcut düzenleme gereğince saklı paylı mirasçı olmadığından, bu durumda da söz konusu bu saklı pay doğrudan mirasın tasarruf edebileceği kısma eklenecek ve bu da tasarruf oranının artmasına neden olacaktır³⁷.

Geriye kalan mirasçı saklı paylı mirasçı ve pay oranı da reddeden mirasçının ki ile aynı ise, miras bırakanın tasarruf oranında değişme olmayacaktır. Eğer geride kalan bu kişinin saklı pay oranı daha az ise, bu durumda miras bırakanın tasarruf edebileceği kısımda, aradaki fark kadar genişleme olacaktır³⁸.

³⁴ Dural ve Öz (n 33) 272

³⁵ Alkım Oral, 'Miras Hukukunda Tenkis Davası' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018) 21

³⁶ Antalya ve Sağlam (n 6) 342-343; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 93; Serozan ve Engin (n 2) 236

³⁷ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 93

³⁸ Antalya ve Sağlam (n 6) 342

Örneğin, Ali öldüğünde kızı Kamuran ile babası Bilal'in hayatta olduğunu düşünelim. Bu durumda alt soyun varlığı Bilal'in mirasçılığını engelleyeceğinden, Kamuran mirasın tamamına sahip olacak ve saklı payı ise $\frac{1}{2}$ olacaktır. Saklı payın dışında kalan $\frac{1}{2}$ 'lik ($1-\frac{1}{2}$) kısım ise Ali'nin tasarruf oranını ifade edecektir. Kamuran'ın mirası reddetmiş olması halinde ise, birinci zümrede başka bir mirasçı kalmadığından, miras Bilal'e geçecektir. Bilal terekenin tamamına sahip olabilecek olsa da saklı pay oranı $\frac{1}{4}$ 'tür. Dolayısıyla saklı payın dışında kalan $\frac{3}{4}$ 'lük ($1-\frac{1}{4}$) kısım Ali'nin tasarruf oranı olacaktır. Görüldüğü gibi geride kalanın saklı payının daha az olması tasarruf oranının genişlemesine neden olmuştur³⁹.

2. Mirastan Feragatin Tasarruf Oranı Üzerindeki Etkisi

Mirastan feragatin ivazlı olup olmamasının, tasarruf oranına etkisi aynı olmayacaktır. İvazsız yapılan feragat, aksi kararlaştırılmamışsa altsoyu etkilemeyecektir. Bu nedenle mirastan feragatin ivazsız yapılması halinde, altsoyun mirasçılığı devam edecektir⁴⁰.

Mirastan ivazsız feragat edilmiş olması halinin tasarruf oranı üzerindeki etkisi hususunda doktrinde tartışmalar olsa da, büyük bir çoğunluğun savunduğu görüş, mirastan çıkarılma ile aynı etkiye sahip olacağı yönündedir⁴¹.

Feragat etmiş olan mirasçının altsoyu yoksa bu mirasçının saklı payı, miras bırakanın üzerinde tasarrufta bulunabildiği kısma eklenecektir. Bu nedenle miras bırakanın tasarruf oranında artış olacaktır⁴². Benzer şekilde feragat edenin altsoyu olmasına rağmen saklı paylı mirasçı sıfatına sahip değilse, bu durumda da söz konusu pay murisin tasarruf edebileceği kısma eklenecek ve tasarruf oranı artacaktır⁴³.

Mirastan ivazsız feragat etmiş olan mirasçının saklı pay hakkına sahip olan alt soyu varsa, miras bırakanın tasarruf oranında herhangi bir değişiklik söz konusu olmayacaktır. Bu hususun, mevcut düzenleme çerçevesinde, feragat etmiş olan mirasçının birinci zümreden olması ve ayrıca altsoya sahip olması durumunda geçerli olacağını söyleyebiliriz. Bunun dışındaki ihtimallerde,

³⁹ Dural ve Öz (n 33) 272

⁴⁰ Antalya ve Sağlam (n 6) 341; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 94; Oral (n 35) 24; Serozan ve Engin (n 2) 239-240

⁴¹ Mustafa Kemal Oğuzman, Miras Hukuku (6. Baskı, Filiz Yayınevi 1995) 234; Serozan ve Engin (n 2) 241; Antalya ve Sağlam (n 6) 340-342; Zeynep Tokur, Tenkis Davası (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 36; Ahmet Nar, Türk Miras Hukukunda Tenkis (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016) 80; Aksi yöndeki görüşler için bkz. Petek (n 20) 155; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 94

⁴² Nar (n 41) 80

⁴³ Antalya ve Sağlam (n 6) 341; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 94; Serozan ve Engin (n 2) 239-240

feragat etmiş olan kişinin altsoyu olsa da, onun saklı payı olmayacaktır. Dolayısıyla feragat etmiş olan mirasçının saklı payı miras bırakanın tasarruf nisabına eklenecektir⁴⁴.

Mirastan feragatin ivazlı yapılması halinde ise TMK m. 528⁴⁵ gereğince, aksi yönde bir anlaşma yoksa altsoy etkilenecektir. Dolayısıyla mirastan ivazlı feragat edilmesi halinde, yine söz konusu pay murisin tasarruf edebileceği kısma eklenecek ve tasarruf oranını artıracaktır⁴⁶.

Mirasın reddi söz konusu olduğunda, reddeden mirasçının miras bırakandan önce öldüğü varsayılmakta ve buna bağlı olarak da, miras bırakanın tasarruf nisabı yeniden hesap edilmektedir. Buna karşılık ivazlı mirastan feragatin söz konusu olması halinde ise, feragat etmiş olan mirasçının öldüğü değil, varlığını devam ettirdiği kabul edilerek saklı payı hesaplanır ve bulunan tutar miras bırakanın tasarruf nisabına eklenir⁴⁷.

Örneğin, Mahir'in mirasçıları, oğulları Aydın, Burak ve Cemil ile Cemil'in kızı Derya olsun. Mahir'in ölümünden önce Cemil ile ivazlı bir feragat sözleşmesi yaptıklarını düşünelim. Mahir, feragat etmesi karşılığında Cemil'e 100.000 TL verdiğini ve ölümü anında net terekesinin ise 200.000 TL olduğunu varsayalım. Cemil'e verilen karşılığın terekeye eklenmesi gerektiğinden, tereke 300.000 TL (100.000+200.000) olacaktır. Bu durumda Aydın, Burak ve Cemil'in her birinin miras payları 100.000 TL ve saklı payları 50.000 TL olacaktır. Dolayısıyla saklı paylar toplamı 150.000 TL (50.000+50.000+50.000) olup, Mahir'in tasarrufta bulunabileceği kısım ise yine 150.000 TL (300.000-150.000) olacaktır. Cemil'in feragati ivazlı olduğu için, onun söz konusu saklı payı Mahir'in tasarrufta bulunabileceği tutara eklenecektir. Dolayısıyla Mahir'in tasarruf edebileceği tutar 200.000 TL (150.000+50.000) ye çıkacaktır. Derya ise, TMK m. 528 gereğince, Cemil'e halef olamayacaktır⁴⁸.

3. Mirastan Iskatın Tasarruf Oranı Üzerindeki Etkisi

Murisin mirasçısını mirasçılıktan çıkarması halinde, TMK m. 511⁴⁹ gereğince, çıkarılan mirasçının altsoyu bundan etkilenmeyecektir. Yani bu durumda mirasçılıktan çıkarılmış olan

⁴⁴ Nar (n 41) 81; İbrahim Yazar, 'Miras Hukukunda Tenkis' (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017) 24

⁴⁵ "Miras bırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir. Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur."

⁴⁶ Antalya ve Sağlam (n 6) 340; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 94; Serozan ve Engin (n 2) 239-240

⁴⁷ Antalya ve Sağlam (n 6) 340

⁴⁸ Oral (n 35) 24

⁴⁹ "Mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi; tenkis davası da açamaz. Miras bırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse miras bırakandan

kişinin, muristen önce öldüğü varsayılacaktır. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarılanın payına altsoyu hak sahibi olacak ve bu da söz konusu bu payın murisin tasarruf edebileceği kısma eklenmesine yani tasarruf oranının artmasına engel olabilecektir⁵⁰.

Mirasçılıktan çıkarılmış olanın sahip olduğu saklı pay, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısma eklenebilecek olsa da, bu durum diğer mirasçıların saklı paylarını etkilemeyecektir. Başka bir ifadeyle mirasın reddinde bahsettiğimiz gibi, saklı paylı mirasçıların paylarının artması söz konusu olmayacaktır. Bu durumun miras bırakanın tasarruf oranı üzerindeki etkisi ise, ıskat edilmiş mirasçının altsoyunun olup olmadığına göre farklılık gösterecektir⁵¹.

Mirasçılıktan çıkarılanın alt soyunun bulunması ve bunun saklı paylı bir mirasçı olmaması halinde, çıkarılmış olanın saklı payı, miras bırakanın üzerinde tasarruf edebileceği kısma eklenecektir. Eğer bu altsoy saklı paylı bir mirasçı ise, söz konusu bu payı talep etme hakkına sahip olacaktır⁵².

Mirasçılıktan çıkarılan ile alt soyunun sahip oldukları saklı pay oranlarının aynı olup olmaması farklı sonuçlar doğuracaktır. Her ikisinin saklı paylarının eşit olması halinde miras bırakanın tasarruf edebileceği kısımda bir değişiklik olmayacaktır. Eğer altsoyun saklı payı daha az ise, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısım aradaki fark kadar artacaktır⁵³.

Birinci duruma örnek verecek olursak, örneğin, Oya'nın mirasçıları oğlu Adem ve kızı Merve olsun. Ayrıca, Adem'in Cem isminde oğlu bulunsun. Bu durumda Adem ve Merve'nin saklı payları ayrı ayrı $\frac{1}{4}$ oranında olacağından, toplam saklı pay oranı $\frac{1}{2}$ ($\frac{1}{4}+\frac{1}{4}$) oranında olacaktır. Dolayısıyla geriye kalan $\frac{1}{2}$ ($1-\frac{1}{2}$) oran ise miras bırakan Oya'nın tasarruf oranı olacaktır. Oya'nın, Adem'i mirasçılıktan çıkardığını düşünelim. Adem mirasçılıktan çıkarılmış olduğundan, onun yerine oğlu Cem geçecek ve saklı payını talep edebilecektir. Merve ile birlikte mirasçı olan Cem'in saklı payı da Adem'in saklı pay oranı olan $\frac{1}{4}$ oranı kadardır. Dolayısıyla bu

önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa miras bırakanın yasal mirasçılarına kalır. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse miras bırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir."

⁵⁰ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 94

⁵¹ Oğuzman (n 41) 233; Serozan ve Engin (n 2) 237

⁵² Oğuzman (n 41) 234-235; Serozan ve Engin (n 2) 237; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 380

⁵³ Antalya ve Sağlam (n 6) 337

durumdaki mirasçılar olan Merve ve Cem'in saklı payları toplamı da $\frac{1}{2}$ ($\frac{1}{4}+\frac{1}{4}$) oranında olacaktır. Bu da miras bırakanın tasarruf oranının değişmediğini gösterecektir⁵⁴.

İkinci durum ise sadece 04.05.2007 tarihinde yapılan değişiklikten önce düzenlenmiş olan, kardeşin saklı paylı mirasçı olması durumunda söz konusu olabilecektir⁵⁵.

Mirastan feragatin tasarruf oranı üzerindeki etkisinden bahsederken söylediğimiz gibi, burada da mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu yoksa ya da olmasına rağmen saklı paylı mirasçı sıfatına sahip değilse, söz konusu pay murisin tasarruf edebileceği kısma eklenecek ve tasarruf oranının artmasına neden olacaktır⁵⁶.

Örneğin, Musa'nın mirasçıları, kızları Ayça ve Burcu olsun. Kızların saklı payları $\frac{1}{4}$ olacağından toplam saklı pay oranı $\frac{1}{2}$ ($\frac{1}{4}+\frac{1}{4}$) olacaktır. Dolayısıyla Musa'nın tasarruf oranı da $\frac{1}{2}$ ($1-\frac{1}{2}$) olacaktır. Musa'nın Ayça'yı mirasçılıktan çıkardığını ve Ayça'nın herhangi bir altsoyunun da olmadığını düşünelim. Bu durumda da çıkarılma hiç olmamış gibi hesap yapılacağından, Burcu'nun saklı payı aynı şekilde $\frac{1}{4}$ olacaktır. Ayça'nın saklı payı olan $\frac{1}{4}$ oranı ise sıfırlanacak dolayısıyla saklı paylar toplamı $\frac{1}{4}$ ($0+\frac{1}{4}$) olacaktır. Bu nedenle miras bırakan Musa'nın tasarruf edebileceği oran $\frac{3}{4}$ 'e ($1-\frac{1}{4}$) yükselecektir. Görüleceği gibi, mirasçılıktan çıkarılan Ayça'nın saklı payı, Musa'nın tasarruf oranına eklenmiştir⁵⁷.

4. Mirastan Yoksunluğun Tasarruf Oranı Üzerindeki Etkisi

Mirastan yoksunluğun, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısım üzerindeki etkisi hususunda ise doktrinde farklı görüşler olduğu görülmektedir⁵⁸. Birinci görüş taraftarı olanlarca; mirastan yoksunluğun mirastan çıkarmayı tamamlar nitelikte bir kurum olduğu kabul edilmekte ve aralarındaki bu benzerlik nedeniyle, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin yapılan açıklamaların, mirastan yoksunluk için de geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹. Diğer görüş taraftarı olanlar ise bu görüşe karşı çıkarak, mirastan yoksunlukta, mirastan çıkarmaya ilişkin ilkelerin değil, mirasın reddine ilişkin ilkelerin uygulanmasının daha doğru olacağını ifade etmişlerdir⁶⁰.

⁵⁴ Yazar (n 44) 22

⁵⁵ Oğuzman (n 41) 233; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 380

⁵⁶ Antalya ve Sağlam (n 6) 337; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 94; Serozan ve Engin (n 2) 237-238

⁵⁷ Yazar (n 44) 23

⁵⁸ Petek (n 20) 159; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 382; Serozan ve Engin (n 2) 241-242

⁵⁹ Fikret Eren, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973) 42; İmre ve Erman (n 19) 314; Dural ve Öz (n 33) 275

⁶⁰ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 385; Antalya ve Sağlam (n 6) 343; Petek (n 20) 160

Miras bırakanın, yoksunluk nedenlerini öngörmesi ve yoksun kılınana ait saklı payın, mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi, miras bırakanın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kısma eklenmesi uygun olmayacaktır⁶¹. Dolayısıyla, mirastan yoksunluğun söz konusu olduğu durumlarda da yoksun kalan kişinin miras bırakandan önce öldüğü varsayılarak, miras bırakanın tasarruf nisabı belirlenir. Daha önce mirasın reddinin tasarruf oranı üzerindeki etkileri başlığı altında yaptığımız açıklamalar, mirastan yoksunluk halinde de geçerli olacaktır⁶².

II. TENKİS DAVASI

Tenkis davası, miras hukukuna mahsus olup, murisin mal varlığı üzerindeki tasarruf oranıyla yakından alakalıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi, murisin mal varlığı üzerinde tasarruf edebileceği kısım, saklı pay haricindeki kısım olacaktır⁶³. Miras bırakanın yaptığı tasarruflarıyla, tasarruf edebileceği tereke parçasını aşması nedeniyle ortaya çıkan saklı pay ihlalinin giderilerek, yasal sınırlara çekilmesine olanak tanıyan davaya tenkis davası denilmektedir⁶⁴.

Bazen murisin yapmış olduğu sağlararası tasarrufları veya ölüme bağlı tasarrufları ile saklı pay sahibi olan mirasçılarının söz konusu bu haklarına tecavüz ettiği görülebilmektedir. İşte bu aykırılığı gidermek adına kanun koyucu TMK m. 560⁶⁵ ile mirasçuya, saklı payında tecavüz edilen kısım için tenkis davası açma hakkı tanımıştır⁶⁶.

Saklı payın koruma altına alınmış olması, miras bırakanın ihlale neden olan tasarrufunun kendiliğinden geçersiz olmasını sağlamayacaktır. Başka bir ifadeyle, saklı payı ihlal edilen mirasçının bu ihlalin giderilmesi için harekete geçmiş olması şarttır. Aksi takdirde tasarruf ihlale neden olsa da geçerli kalmaya devam edecektir⁶⁷.

⁶¹ Petek (n 20) 160

⁶² Antalya ve Sağlam (n 6) 343; Petek (n 20) 160

⁶³ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 104

⁶⁴ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 387; Anıl Köroğlu, 'Tenkis Def'inin Yargılamada İleri Sürülmesi ve Sonuçları (Gizli İnşai Hüküm Kavramı Üzerine Bazı Tespitler)' (2020) 28 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 577; Turan Başara (n 25) 387; Ersöz (n 4) 614; Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, Vasiyetname Ve Miras Sözleşmesi (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 73; Günay, 'Miras El Kitabı' (n 27) 169; Selin Sert Sütçü, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri Ve Sonuçları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 174; Kurtbaş (n 10) 39

⁶⁵ "Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler. Yasal mirasçılarının paylarına ilişkin olarak tasarrufla yer alan kurallar, miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruflardan anlaşılmadıkça, sadece paylaşırma kuralları sayılır."

⁶⁶ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 104; Serozan ve Engin (n 2) 203; Elif Polat, Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesinde Muvazaa ve Tenkis (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 131-132

⁶⁷ Serozan ve Engin (n 2) 203; Ersöz (n 4) 605

Kanun gereğince, tenkis davasını açmaya herkes hak sahibi olmayıp, sadece saklı paya sahip olanların bu hakkı kullanabileceği yani tenkis davasını açabileceğini söyleyebiliriz. Daha önce de belirttiğimiz gibi, saklı paylı mirasçılar kanunca üç gruba ayrılmış ve bunların; miras bırakanın eşi, altsoyları, anne ve babası olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla tenkis davasını açabilecek kişiler de bunlardan ibarettir⁶⁸.

Şunu da belirtmek gerekir ki, miras bırakanın tasarruf oranını ihlal ettiği her halde tenkis davasının söz konusu olduğunu söyleyemeyiz. Mesela murisin tasarruf oranını ihlal ettiğini, ancak eşine sahip olduğu saklı pay hakkından daha fazla mal bıraktığını düşünelim. Bu durumda sağ kalan eş, tenkis davası açamayacaktır. Çünkü her ne kadar başkalarının saklı payı ihlal edilmiş olsa da kendi saklı payı ihlal edilmemiştir. Başka bir ifadeyle, saklı payından daha fazla bir pay almış olan mirasçının, bu davayı açması söz konusu olamayacaktır⁶⁹.

Saklı payının, miras bırakanın tasarrufuyla ihlal edildiğini öğrenen mirasçının, ihlalin miktarını bilemeyeceği dikkate alındığında, dava yoluna başvururken tenkisini talep ettiği tutarı belirtmesi gerekmediği sonucuna ulaşabiliriz. Söz konusu ihlale karşılık olan bu tutarın, yargılama anında tespiti yapılarak, belirlenen tutar üzerinden tenkis kararı verilecektir⁷⁰.

Tenkis davası ile denkleştirme arasındaki en bariz farkın, konu edindikleri tasarruflar bakımından ileri geldiğini söyleyebiliriz. Çünkü denkleştirmede miras bırakanın yalnızca sağlararası karşılıksız kazandırmaları konu edinilirken, tenkis davasında sağlararası karşılıksız kazandırmaların yanında ölüme bağlı tasarruflar da konu edinilmektedir⁷¹.

A. HUKUKİ NİTELİĞİ

Miras bırakanın yaptığı tasarruflar nedeniyle saklı payın ihlal edilmiş olması üzerine, saklı paylı mirasçının başvuracağı tenkis davası sonucunda, ilgili kısmın tenkisi hususunda verilecek karar yenilik doğuran bir karar olacaktır. Bu kararlar birlikte söz konusu ihlale neden olan tasarruflar, bu ihlal oranında hükümsüz kalacaktır⁷². Ayrıca verilecek tenkis kararı geriye dönük hüküm doğuracağından, söz konusu tasarrufu terekenin açıldığı andan itibaren hükümsüz

⁶⁸ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 105

⁶⁹ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 105

⁷⁰ Köroğlu (n 64) 584-585

⁷¹ Remzi Demir, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuza Göre Açılan Tenkis Davası İle Mirasçıların Açabileceği Diğer Davaların Karşılaştırılması' (2020) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 348

⁷² Serozan ve Engin (n 2) 245; Polat (n 66) 131

kılacaktır. Buradaki hükümsüzlük tasarrufun tamamı üzerinde söz konusu olabileceği gibi, ihlale konu olan belirli bir kısmı üzerinde de söz konusu olabilecektir⁷³.

Tenkis davası, miras bırakanın ifa ettiği tasarruflarının revize edilmesi ya da iptalinin sağlanmasına yönelik olduğundan, eda davası niteliğine sahip olduğu ifade edilebilecektir⁷⁴. Dolayısıyla saklı pay sahibi mirasçılardan dava sonucu verilen tenkis kararına istinaden, lehine tasarrufta bulunulmanın zilyetliğinde olan kazandırmanın ihlale konu olan kısmının iadesi için, bir eda davasının da açılmış olması gerekecektir. Yargıtay'ın bu konuya yaklaşımı ise, tenkis davasının aynı zamanda eda talebini de içerdiği yönündedir⁷⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.12.2010 tarihli kararında da görüldüğü gibi tenkis davasının, tespit kısmı ve eda kısmı olacak şekilde iki kısımdan oluştuğu, yani bu davanın her ikisini de barındırdığı vurgulanmıştır⁷⁶.

B. DAVA ŞARTLARI

İlk şart, miras bırakanın kendisine tanınmış olan sınırların dışına çıkarak, mal varlığı üzerinde tasarruf edebileceği kısmı aşmış olmasıdır⁷⁷. Yani mirasçının hakkı olan saklı payını alamamış olması, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşmış olmasına değil de farklı bir nedene dayanıyorsa tenkis davasının açılabilmesi söz konusu olmayacaktır. Mesela, üçüncü bir kişinin söz konusu malı alıkoymasına nedeniyle mirasçının saklı payını alamaması durumu buna örnek olarak gösterilebilir⁷⁸.

Miras bırakanın tasarruf oranını aşmış olması ile saklı paylı mirasçının sahip olduğu saklı payın ihlal edilmesi aynı şey değildir. Dolayısıyla ikinci şart, miras bırakan tarafından, saklı paya sahip mirasçının bundan doğan hakkına tecavüz edilmiş olmasıdır⁷⁹. Yani saklı pay sahibi olan

⁷³ Serozan ve Engin (n 2) 245; Antalya ve Sağlam (n 6) 344-345; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 388

⁷⁴ Turan Başara (n 25) 388

⁷⁵ Turan Başara (n 25) 388-389

⁷⁶ Yargıtay HGK. E.2010/648, K.2010/684, 22.12.2010, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2021; "...saklı paylarının değerini alamayan mirasçılardan miras bırakanlarının, mirastan tasarruf edebileceği kısmı aşan yani saklı paylarına yaptığı tecavüzü ortadan kaldırmak ve geri alınmasını sağlamak için açtıkları davalar ise tenkis (İndirim) davaları olarak adlandırılmaktadır (4721 Sayılı TMK m. 569). Miras bırakanın, saklı paya tecavüzünün bulunup bulunmadığının tespiti davanın tespit kısmıdır. Bu işlem tespit edildikten sonra da ne miktar payın tecavüze uğradığı ve bu kısmın mirasçıya iadesi hususu da davanın eda kısmıdır. Tenkis davasında; miras bırakanın, mirasçının saklı payına tecavüz ederek vasiyetle veya ölüme bağlı diğer bir tasarrufla başka bir mirasçıya veya üçüncü kişiye başta bulunmuş olması, davanın açılması koşuludur..."

⁷⁷ Turan Başara (n 25) 390

⁷⁸ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 389; Fatma Tülay Karakaş, 'Saklı Paylı Mirasçılara Yapılan Kazandırmalar Ve Artık Terekenin Paylaşılması Sorunu' (2014) 63 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 816

⁷⁹ Antalya ve Sağlam (n 6) 347; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 389

mirasçının, yasayla kendisine hak olarak tanınmış olan bu payı kısmen veya tamamen alamamış olması gerekmektedir⁸⁰. Çünkü kişinin saklı payını almış olması durumunda, miras bırakan tasarruf oranını diğer mirasçılar aleyhine aşmış olsa da, dava açma hakkına sahip olamayacaktır.

Üçüncü şart ise saklı payı tecavüze uğrayan mirasçının, bu ihlalin giderilmesi yönünde bir talepte bulunmasıdır. Aksi halde ihlalin varlığına rağmen miras bırakanın tasarrufu geçerli kabul edilecektir⁸¹. Başka bir ifadeyle, saklı paya tecavüz niteliği taşıyan tasarrufların, resen geçersiz hale dönüşmesi söz konusu olmayacaktır. Saklı payı tecavüze uğrayan mirasçının bunu dava veya def'i yoluyla talep etmesi gerekmektedir⁸².

C. TENKİS DAVASINDA USUL

1. Davanın Tarafları

Her davada olduğu gibi, tenkis davasında da tarafların, davacı ve davalı olarak ele alınması gerekmektedir.

Bu davada, davacı rolünü üstlenebilecek kişilerin iki gruba ayrıldığını söyleyebiliriz. Birincisi miras bırakanın tasarruf oranını aşması neticesinde saklı payı ihlal edilmiş olan mirasçılardır. İkincisi ise istisnai olarak, saklı paya sahip olan mirasçıların borçlu olduğu kişilerdir⁸³.

Saklı paya sahip olan mirasçılar, tenkis davasında davacı sıfatına sahip olabilse de, eğer bu mirasçılardan mirastan feragat etmiş olan var ise, o bu hakka sahip olamayacaktır. Benzer şekilde mirasçılıktan çıkarılmış olan ya da mirastan yoksun olan saklı paylı mirasçılar da tenkis davasını açamayacaktır⁸⁴.

Tenkis davasında davacı olabilecek kişiler açısından doktrinde tartışma konusu yapılmış bir husus söz konusudur. Bu tartışma, tenkis davasını açmaya hakkı olan saklı paylı mirasçının davanın açılmasından önce ölmesi halinde, bu kişinin saklı paya sahip olmayan mirasçılarının davayı açıp açamayacağı konusundadır⁸⁵. Tenkis davası açma hakkı, terekenin aktifinde yer alan bir kıymet olarak mirasçılara intikal edecek olması nedeniyle, saklı paylı olmayan mirasçıların

⁸⁰ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 389

⁸¹ Antalya ve Sağlam (n 6) 348

⁸² Deniz (n 23) 89; Ersöz (n 4) 604

⁸³ Antalya ve Sağlam (n 6) 346; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 105

⁸⁴ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 391; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 106

⁸⁵ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 106

da bu durumda tenkis davasını açma hakkına sahip olabileceği sonucuna ulaşılmıştır⁸⁶. Yargıtay'ın 19.01.2009 tarihli bir kararında⁸⁷ da bu hususa vurgu yaptığı görülmektedir⁸⁸.

Keza saklı paylı mirasçının tenkis davasını açmasından sonra ölmüş olması halinde de, geride bırakmış olduğu mirasçılar, saklı pay sahibi olup olmaması gözetilmeksizin davayı halef sıfatıyla devam ettirebilecektir⁸⁹.

Saklı payın tecavüze uğraması nedeniyle, saklı paylı mirasçının ya da istisnai olarak hak sahibi olduğu kabul edilen saklı paylı mirasçının alacaklısı tarafından açılması gereken tenkis davasının süresi içinde açılmaması halinde, bu kişiler, bunu bir def'i olarak ileri sürme hakkına sahip olabileceklerdir⁹⁰.

Yargıtay'ın 14.04.2011 tarihli kararında da bu husus üzerinde durulmuş ve süreye tabi olmaksızın tenkisin def'i olarak ileri sürülebileceği vurgulanmıştır⁹¹.

TMK m. 562'de⁹² ifade edildiği gibi, gerekli şartların oluşması halinde, iflas idaresi ya da elinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklılar, saklı paylı mirasçı yerine geçerek tenkis

⁸⁶ Engin Günay, Miras Hukukunda Tenkis (İndirim) Davaları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 83; Günay, 'Miras El Kitabı' (n 27) 175; Mehmet Ayan, Miras Hukuku (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 255; Cemal Öztürkler, Mirasta Denkleştirme İade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2004) 154; Turan Başara (n 25) 395; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 393; Tekdoğan A, Mirasta Denkleştirme Ve Tenkis Davaları (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 481

⁸⁷ Yargıtay 2. HD. E. 2007/15406, K. 2009/261, 19.01.2009, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2021; "Davacılar, miras bırakan A. mirasçısı olmayıp, miras bırakanın kardeşi S. alt soyudur. Miras bırakan 24.1.1999'da, mirasçılardan kardeşi S. ise daha sonra 1.1.2001 tarihinde vefat etmiştir. Tenkis davasını, mirasta saklı pay sahibi mirasçılar açabilir. (TKM.m.453 ve 502) Yeğenler, mirasta saklı pay sahibi değildir. Ancak, saklı pay sahibi olan kendi miras bırakanlarının saklı payını murislerinin tenkis davası açma süresi bitmeden ölümü halinde, o'na tanınan süre içinde halefiyet yoluyla talep edebilirler..."

⁸⁸ Yazar (n 44) 29

⁸⁹ Günay, 'Tenkis (İndirim) Davaları' (n 86) 83; Günay, 'Miras El Kitabı' (n 27) 175; Tekdoğan (n 86) 481; Ersöz (n 4) 608

⁹⁰ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 401; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 106

⁹¹ Yargıtay 3. HD. E. 2010/19757, K. 2011/6298, 14.04.2011, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2021; "...tenkis iddiası def'i yoluyla (süreye tabi olmaksızın) her zaman ileri sürülebilir. İşbu davada da davalı taraf, yasal mirasçı olan davalıların saklı payının zedelendiğini belirterek, saklı paylarının gözetilerek tasarrufun tenkisine karar verilmesini talep etmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalı tarafça ileri sürülen tenkis def'inin incelenmesi sonucu uyarınca hüküm tesis olunması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."

⁹² "Miras bırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflâs hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler. Mirasçılıktan çıkarılanın çıkarılma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda da iflâs idaresi veya alacaklılar, aynı koşullarla tenkis davası açabilirler."

davası açabilecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle, kötü niyetli olan saklı paylı mirasçıya karşı alacaklıları koruma amacı güttüğünü söyleyebiliriz⁹³.

Kanunda saklı paylı mirasçılar dışında tenkis davasını açabileceği belirtilmiş olan iflas idaresi ve ilgili alacaklılar, bu dava ile yalnızca kendi alacaklarıyla sınırlı talepte bulunabilirler⁹⁴. Bunun yanında, iflas idaresinin, söz konusu dava açma hakkı açısından yetkilendirmiş olduğu bir alacaklının da bu hakkı kullanarak dava açabileceğini söyleyebiliriz⁹⁵.

Ayrıca saklı paylı mirasçının alacaklısı olan kişi, miras bırakanın ihlale konu olan birden fazla saklı paylı mirasçısı olsa da, yalnızca kendine borçlu olan mirasçının payına istinaden tenkis davası açma hakkına sahiptir⁹⁶.

Tenkis davasının davalısı ise, miras bırakan değildir. Bu davada miras bırakanın lehine tasarrufta bulunduğu kimseler davalı sıfatına sahip olacaktır. Miras bırakanın söz konusu bu tasarrufunun, sağlararası ya da ölüme bağlı olmasının önemi yoktur⁹⁷.

Lehine tasarrufta bulunulan ve kendisine karşı tenkis davası açılmış olan kişinin, söz konusu malı elinde bulundurması halinde sorun söz konusu olmasa da, mal elinde değil ise başka bir ifadeyle malı üçüncü bir kişiye devretmiş ise ne olacağı tartışmalara neden olmaktadır. Tartışma konusu bu durumda davanın, lehine tasarrufta bulunulan kişiye karşı mı yoksa üçüncü kişiye karşı mı açılacağı hususundadır. Tenkis davasının, üçüncü kişiye karşı açılmaması kural olsa da, üçüncü kişinin bu malı devralmasındaki amacının tenkis davasının açılmasının önüne geçmek olması halinde, bu üçüncü kişiye karşı da tenkis davası açılabilir⁹⁸. Yargıtay'ın 13.01.1975 tarihli içtihadı birleştirme kararında da bu hususa vurgu yapıldığı görülmektedir⁹⁹.

Buna karşılık üçüncü kişinin iyi niyetli olması halinde, tenkis davasının muhatabı yapılamayacak ve malın aynen iadesi talep edilemeyecektir. Bu durumda lehine tasarrufta

⁹³ Antalya ve Sağlam (n 6) 349; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 107; Serozan ve Engin (n 2) 248

⁹⁴ Günay, 'Tenkis (İndirim) Davaları' (n 86) 82; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 394; Ayan, 'Miras Hukuku' (n 86) 256

⁹⁵ İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, 'Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi' (2015) 6 (4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 783

⁹⁶ Ali Ahmet Genç, 'Saklı Paylı Mirasçılarının Alacaklılarının ve İflas Dairesinin Tenkis Davası Açma Hakkı' (2020) 28 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 515

⁹⁷ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 107; Serozan ve Engin (n 2) 248; Ersöz (n 4) 608

⁹⁸ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 107; Serozan ve Engin (n 2) 249; Antalya ve Sağlam (n 6) 346-347

⁹⁹ RG. 15196, E.1974/7, K.1975/1, 13.01.1975, <<https://www.resmigazete.gov.tr>> Erişim Tarihi 26 Ocak 2021; "Miras bırakanın saklı pay kurallarını gidermek amacı ile yaptığı temlik tasarruftan sonra, bundan yararlanan kişinin, miras, bırakanın bilgi ve talimatı dışında saklı pay sahibi mirasçılara bu haklarından yoksun kılmak için, durumu bilen üçüncü kişilere taşınmazları temlik etmesi halinde, kötü niyetli bu kişilere karşı saklı pay sahibi mirasçılar tarafından tenkis davası açılabilmesine üçte ikiyi aşan oy çokluğuyla 13/1/1975 gününde karar verildi."

bulunmuş olan kişiye karşı, söz konusu malın değeri üzerinden tenkis davası açılması gerekecektir¹⁰⁰.

2. İspat Yükü

TMK m. 6'da¹⁰¹ ispat yükü konu edinilmiştir. Bu düzenleme gereğince, tenkis davasına başvuracak olan davacı, miras bırakanın vefat etmiş olmasının yanında, kendisinin onun saklı paylı mirasçısı konumunda olduğunu ve saklı payının tecavüze uğradığını kanıtlaması gerekecektir¹⁰².

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tenkis davalarında görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁰³ m. 2¹⁰⁴ gereğince, Asliye Hukuk Mahkemeleri iken, yetkili mahkeme ise TMK m. 576¹⁰⁵ gereğince, murisin ikametgâhının en son bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemeleridir¹⁰⁶.

4. Tenkis Davasında Süre

Her şeyden önce tenkis davasının söz konusu olabilmesi için miras bırakanın ölmüş olması ya da ölüme denk hallerden birinin gerçekleşmiş olması şarttır. Çünkü ölüm meydana gelmeden saklı paylı mirasçıların, söz konusu bu pay hakkına sahip olması mümkün olmayacaktır. Her ne kadar tenkis davasının ölümden sonra açılabileceği ifade edilmiş olsa da, kanun koyucu bu davanın açılabileceği zaman zarfına sınırlama getirmiş ve bir süre belirlemiştir. Tenkis davası açmaya hakkı olan kişiler, belirlenen bu süre içerisinde dava açmama halinde bu haklarını kaybetme sonucuyla karşı karşıya kalacaklardır¹⁰⁷.

Kanun koyucunun yeni kanunda, tenkis davasının açılması konusunda söz konusu olacak süreleri mülga kanundan farklı düzenlediği görülmektedir. Çünkü eski kanunda bu süreler zamanaşımı süresi olarak düzenlenmişken, yeni kanunda hak düşürücü süre niteliğinde

¹⁰⁰ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 107

¹⁰¹ "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."

¹⁰² Ali İhsan Özügür, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları (5. Baskı, Adalet Yayınları 2015) 108

¹⁰³ RG. 04.02.2011, S. 27836

¹⁰⁴ "Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir."

¹⁰⁵ "Miras, malvarlığının tamamı için miras bırakanın yerleşim yerinde açılır. Miras bırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yerleşim yeri mahkemesinde görülür."

¹⁰⁶ Antalya ve Sağlam (n 6) 360-361; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 108

¹⁰⁷ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 108

düzenleme altına alınmıştır. Yani kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan bu sürenin hak düşürücü bir süre olduğunu söylememiz yerinde olacaktır¹⁰⁸. Ayrıca tenkis davasında belirlenecek bu süre ile tarafları koruma amacı değil, esas olarak üçüncü kişileri koruma amacı güdüldüğünü söyleyebiliriz¹⁰⁹.

Saklı paylı mirasçının, miras bırakan tarafından saklı payının ihlal edildiğini öğrenmesinden sonra bir yıl içerisinde tenkis davasını açması gerekecektir. Saklı paya sahip olan mirasçıların bu ihlali farklı zamanlarda öğrenebileceği düşünülürse, her biri için bu bir yıllık sürenin farklı zamanlarda işlemeye başlayacağı sonucuna ulaşabiliriz¹¹⁰.

Saklı payın ihlalinin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre öngörülmuş olsa da, ihlalin ne zaman öğrenileceği belli olmadığından, söz konusu olabilecek sınırsızlığın önüne geçmek adına, kanun koyucu ikinci bir süre belirlemiş ve her ne olursa olsun bu davanın on yıl içinde açılmış olması gerektiğini belirtmiştir. On yıllık sürenin işlemeye başlayacağı anı ise, mirasın ya da vasiyetnamenin açılış anı olarak sabitlemiştir¹¹¹.

Kanun koyucu, tenkis davası için bahsetmiş olduğumuz bir ve on yıllık bu süreleri TMK m. 571'de¹¹² düzenleme altına almıştır¹¹³.

Tenkis davasının açılabilmesi için kanunda öngörülen süreler hak düşürücü nitelikte olup, bu sürelerin bir şekilde kaçırılmış olması halinde, mirasçıların tenkis davası açması mümkün olmayacaktır. Ancak, söz konusu bu süreler kaçırılmış olsa bile, mirasçıların tenkisi bir def'i olarak ileri sürebilmesi mümkün olabilecektir¹¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, bu def'i hakkı henüz ifa edilmemiş tasarruflarda kullanılabilir. Bu hususta dikkat edilirse, tenkisin def'i olarak ileri sürülmesinin, tenkis davasına göre saklı paylı mirasçıya süreye tabi olmama kolaylığı sağladığı söylenebilecektir¹¹⁵.

D. TENKİSE TABİ TASARRUFLAR

¹⁰⁸ Turan Başara (n 25) 392

¹⁰⁹ Antalya ve Sağlam (n 6) 361

¹¹⁰ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 397; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 108; Serozan ve Engin (n 2) 251

¹¹¹ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 108; Serozan ve Engin (n 2) 251

¹¹² "Tenkis davası açma hakkı, mirasçıların saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşer. Bir tasarrufun iptali bir öncekinin yürürlüğe girmesini sağlarsa, süreler iptal kararının kesinleşmesi tarihinde işlemeye başlar. Tenkis iddiası, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir."

¹¹³ Ruhi ve Ruhi (n 64) 76

¹¹⁴ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 109; Serozan ve Engin (n 2) 252

¹¹⁵ Serozan ve Engin (n 2) 252; Albaş (n 22) 158

Tenkise tabi tasarruftan kasıt, miras bırakanın yaptığı hangi tasarrufları için saklı paya sahip mirasçılarının ya da onların alacaklılarının tenkis davasına başvurabileceğidir. Tenkise tabi olan tasarrufları iki gruba ayırabiliriz¹¹⁶.

Birincisi miras bırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflarıdır. Miras bırakanın mal varlığı üzerinde tasarruf edebileceği kısmı aşarak, mirasçılara ait saklı paylarının ihlaline neden olan tüm ölüme bağlı tasarruflarının tenkise tabi olduğu kabul edilmektedir. Miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla vakıf kurması buna örnek olarak gösterilebilir¹¹⁷.

Yargıtay'ın 07.11.2017 tarihli kararında da, miras bırakanın tasarrufuyla kurmuş olduğu vakfın, saklı paya sahip mirasçılar için ihlale neden olması halinde tenkis davasına konu olabileceği üzerinde durulmuştur¹¹⁸.

Tenkise tabi olduğu kabul edilen tasarruflardan ikincisi ise, miras bırakanın sağlararası yaptığı tasarruflardır. Kanun koyucu, miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarında tenkise tabi olanlar için bir sınırlama öngörmemişken yani yapılan tüm ölüme bağlı tasarrufları tenkise tabi tutmuşken, miras bırakanın sağlararası yapmış olduğu tasarruflarda ise tenkise tabi olması açısından sınırlama getirdiği görülmektedir. TMK m. 565'te¹¹⁹ de görüldüğü gibi miras bırakanın yapmış olduğu sağlararası tasarruflardan hangilerinin tenkise tabi olacağı tek tek sayılmıştır¹²⁰.

TMK m. 565'te sayılanların dışında yapılan sağlararası tasarrufların tenkisi söz konusu olmayacağı gibi bunlar tereke ve tasarruf oranının belirlenmesinde de dikkate alınmayacaktır¹²¹.

¹¹⁶ Tekdoğan (n 86) 188

¹¹⁷ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 109

¹¹⁸ Yargıtay 8. HD. E. 2017/3053, K. 2017/14656, 07.11.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2021; "...miras bırakan, terekesinin tasarruf edilebilir kısmının tamamını veya bir bölümünü özgülemek suretiyle vakıf kurabilir. Miras bırakan tasarruf oranını aşarak saklı pay kurallarını bertaraf ederse, bundan etkilenen mirasçılar vakfa itiraz edebilir. Söz konusu itiraz, TMK'nın 560. maddesine göre, tenkis davası açmak suretiyle olur. Buna göre saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler."

¹¹⁹ "Aşağıdaki karşılıksız kazandırmalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbidir: 1. Miras bırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi. 2. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar. 3. Miras bırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar. 4. Miras bırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar."

¹²⁰ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 109; Salih Polater, 'İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi' (2018) 8 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 154; Serozan ve Engin (n 2) 220-221

¹²¹ Emrehan İnal, 'Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu' (2007) 65 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 287

E. TENKİSTE SIRA

Tenkisin uygulanması aşamasında karşılaşılan temel sorun, ihlali söz konusu olan saklı payın korunabilmesi adına, miras bırakanın tasarruflarından hangilerinin, nasıl bir usulle ve hangi sırada tenkise tabi tutulacağıının tespit edilmesidir¹²².

Tek bir tane tasarrufun söz konusu olması halinde, tenkiste yapılacak bir sıralama olmayacağından sorunsuz bir şekilde işlem yürütülebilecektir. Ancak söz konusu olan tasarruflar birden fazla ise, hangisinin daha önce tenkise tabi tutulacağı hususunda yaşanılacak sorunla karşılaşmaktayız. Dolayısıyla bu tasarruflar arasında sıralama yapma ihtiyacı doğmuştur. TMK m. 570'de¹²³ miras bırakanın yaptığı tasarrufların tenkisinde izlenecek sıra belirlenmiş ve sorun ortadan kaldırılmıştır¹²⁴.

Düzenlemeyle birlikte öncelikle, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları ile sağlararası tasarrufları arasında bir sıralama yapıldığı ve önceliğin ölüme bağlı tasarruflara verildiği, eğer bunlar yeterli gelmez ise sağlararası tasarruflara başvurulacağı ifade edildiği görülmektedir¹²⁵. Ölüme bağlı tasarrufların her biri aynı zamanda hüküm ve sonuç doğuracağından, bunlar için kendi içinde bir sıralama yapma ihtiyacı doğmamıştır. Çünkü miras bırakanın yapacağı ölüme bağlı tasarrufların her birinin aynı sıra ve aynı oranda tenkisi söz konusu olacaktır¹²⁶. Buna karşılık miras bırakanın sağlararası yaptığı tasarruflar için aynı kuralın geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Kanun koyucu, sağlararası yapılacak tasarruflar arasında izlenecek sırayı belirlemiş ve bu sıranın tasarrufların yapıldığı tarihe göre belirlenmesini öngörmüştür. Bu tasarruflardan en yeni tarihli olandan en eski tarihli olana doğru bir sıralama yapıldığı görülmektedir. En yeni tarihli olup da aynı günde yapılmış olan birden fazla sağlararası tasarrufun söz konusu olması da mümkündür. Bu durumda aynı günde yapılmış olan bu tasarrufların da aynı sıra ve oranda tenkise tabi tutulması gündeme gelecektir¹²⁷.

¹²² Dilşad Keskin ve Reyhan Demircioğlu, Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku – Miras Hukuku) (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018) 203

¹²³ “Tenkis, saklı pay tamamlanıncaya kadar, önce ölüme bağlı tasarruflardan; bu yetmezse, en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere sağlararası kazandırmalardan yapılır. Kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar en son sırada tenkis edilir.”

¹²⁴ Turan Başara (n 25) 370; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 111

¹²⁵ Serozan ve Engin (n 2) 231; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 111; Hasan Özkan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı Miras Hukuku (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2015) 249

¹²⁶ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 407-408

¹²⁷ Serozan ve Engin (n 2) 233; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 111; Özkan (n 125) 249

Burada vurgulanması gereken diğer bir husus ise, miras bırakanın sağlararası yapmış olduğu tasarruflar için sıranın tespit edilmesinde, sözleşmenin ifa edildiği tarihin önemi olmayıp, kurulduğu tarih önem arz etmektedir¹²⁸.

Ölüme bağlı tasarrufların birden fazla olduğu ve saklı payın ihlaline konu olan tutarın bu tasarrufların toplamından daha az olması halinde, hangi tasarruftan, hangi oranda tenkisin gerçekleştirileceği hususunda TMK m. 570’de düzenleme olmadığı görölmektedir. Bu noktadaki açığı TMK m. 563¹²⁹ gereğince, miras bırakanın farklı bir isteği söz konusu değilse, her bir tasarrufun orantılı olarak tenkise tabi tutulacağı şeklinde doldurabiliriz¹³⁰.

Bunu somutlaştırmak adına bir örnek vermek gerekirse; miras bırakan Melih öldüğünde mirasçı olarak geride kızı Kübra’yı bırakmıştır. Melih, düzenlemiş olduğu vasiyetname ile iş ortaklarından Orhan’a 100.000 TL, Oya’ya ise 300.000 TL vasiyet etmiştir. Melih’in öldüğü anda terekesi 500.000 TL’dir. Dolayısıyla terekenin tamamı Kübra’ya kalacağından, Kübra’nın saklı payı 250.000 TL olacaktır. Fakat ölüme bağlı tasarrufların toplamı 400.000 TL (100.000+300.000) olduğundan, Kübra terekeden saklı payının 100.000 TL’sini (500.000-400.000) alabilecektir. Dolayısıyla Kübra’nın saklı payının 150.000 TL’lik (250.000-100.000) kısmı ihlal edilmiş olacaktır. Söz konusu bu ihlalin giderilmesi adına yapılmış olan bu ölüme bağlı tasarruflar orantılı bir şekilde tenkis edilecektir. Dolayısıyla bu orantının sağlanabilmesi için öncelikle sabit tenkis oranının bulunması gerekmektedir. Bu oran ihlale konu olan saklı payların (150.000 TL), yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların toplamına (400.000 TL) bölünmesiyle bulunacaktır. Dolayısıyla sabit tenkis oranı 150.000/400.000 yani 3/8 olacaktır. Melih’in yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların her biri 3/8 oranında tenkis edilecektir. Dolayısıyla Orhan’dan 37.500 TL (100.000 x 3/8) ve Oya’dan 112.500 TL (300.000 x 3/8) tenkis edilecektir. Orhan ve Oya’dan tenkis edilen bu tutarların toplamı 150.000 TL (37.500+112.500) olduğu, bunun da Kübra’nın ihlal edilen saklı payına denk düştüğü görölmektedir¹³¹.

TMK m. 570’de miras bırakanın tasarrufları içerisindeki kamu tüzel kişileri lehine ya da kamuya yararlı dernek veya vakıflar lehine yapılmış olanların ayrı tutularak bu sıralama kuralına

¹²⁸ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 112

¹²⁹ “Tenkis, miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasçı atanması yoluyla veya diğer bir ölüme bağlı tasarrufla elde edilen kazandırmaların tamamında, orantılı olarak yapılır. Ölüme bağlı tasarrufla kazandırma elde eden kimse, bazı vasiyetleri yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa, kazandırmanın tenkise tâbi tutulması hâlinde, bu kimse miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça vasiyet borçlarının da aynı oranda tenkis edilmesini isteyebilir.”

¹³⁰ Serozan ve Engin (n 2) 232

¹³¹ Tokur (n 41) 100

dahil edilmediği, ancak sıralamadaki yerinin sabitlendiği görülmektedir. Bunlar lehine yapılacak tasarrufların ölüme bağlı ya da sağlararası olmasına bakılmaksızın en son sırada tenkise tabi olacağı ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, miras bırakanın ölüme bağlı ve sağlararası yapmış olduğu tenkise tabi tasarrufların, saklı paylı mirasçının ihlal edilen saklı payını karşılamaması halinde, kamu tüzel kişileri veya kamuya yararlı dernek ve vakıflar lehine yapılmış olan tasarrufların tenkisine başvurulabilecektir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, miras bırakanın yapacağı bir vasiyetname ile birlikte, bu tasarrufların daha önce tenkise tabi tutulmasını sağlayabilir. Yani miras bırakanın bu hususta tenkis sırasını değişme imkanına sahip olduğunu söyleyebiliriz¹³².

F. TENKİS TALEBİNDEN FERAGAT

Saklı pay hakkı sahibi olan mirasçının, tenkis talebinden ne zaman feragat edebileceği hususunda doktrinde farklı görüşler söz konusudur¹³³.

Birinci görüşe göre; saklı payının ihlal edilmesine karşılık, tenkis yoluna gitme hakkına sahip olan mirasçılar, ancak miras bırakanın sağlığında bu hakkından feragat edebilecektir. Çünkü tenkis talebinden feragat, ancak iki taraflı akdedilen bir sözleşme ile mümkün olacaktır¹³⁴.

İkinci görüşe göre ise; mirasçının söz konusu bu feragat hakkına sahip olabilmesi için, öncelikle tenkis davası açma hakkını kazanmış olması gerekmektedir. Tenkis davası hakkı ise ancak terekenin açılması anında doğacağından, feragat hakkı da mirasın açılması yani miras bırakanın ölümünden sonra söz konusu olabilecektir¹³⁵.

TMK m. 678¹³⁶ gereğince, miras bırakan sağken, mirasçı, mirastan feragat sözleşmesi dışında herhangi bir hukuki işlemle, tenkis talebinden feragat edemeyecektir. Henüz doğmamış olan bir haktan feragat edilebilmesi için, yasayla düzenleme altına alınan hallerden birinin varlığı gerekecektir. Kanun, tenkis talep hakkından feragat etmek isteyen mirasçının, söz konusu

¹³² İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 112; Serozan ve Engin (n 2) 234

¹³³ Oral (n 35) 47

¹³⁴ Osman Gökhan Antalya, Miras Hukuku (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2009) 278

¹³⁵ Günay, 'Tenkis (İndirim) Davaları' (n 86) 85; Tekdoğan (n 86) 484

¹³⁶ "Miras bırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir. Böyle bir sözleşme gereğince yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi istenebilir."

sözleşmeyi miras bırakan haricinde biriyle akdetmesine olanak vermemiştir. Yargıtay'ın 6.12.2005 tarihli kararında¹³⁷ da bu hususun vurgulandığı görülmektedir¹³⁸.

G. TENKİS KARARININ SONUÇLARI

Tenkis davasıyla birlikte miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufları ya da sağlararası tasarrufları neticesinde, öncelikle saklı payın tecavüze uğrayıp uğramadığı tespit edilecek ve ihlalin tespiti halinde ise hükmün edasına ilişkin karar verilecektir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi, aslında tespit davası sonucunda alınan hükmün icrası için ayrıca eda davası açılmasının kural olmasına rağmen, tenkis davasında her ikisinin de birlikte sonuçlandırıldığı görülmektedir¹³⁹.

Miras bırakanın sağlararası bir tasarrufunun tenkisine hükmedilmesi halinde, tenkise konu olan tutarın ya da malın saklı payı ihlal edilmiş olan mirasçıya iadesi, lehine tasarrufta bulunulmanın iyiniyetli olup olmamasına göre şekillenecektir. Eğer lehine tasarrufta bulunulan bu kişi iyiniyetli ise yani saklı payın ihlaline konu olan tutarın veya malın tenkise tabi olduğunu bilmiyor ise ya da bilemeyecek durumda ise, terekenin açıldığı anda elinde kalan tutar veya mal ile sorumlu olacaktır. Aksine, lehine tasarrufta bulunulmuş olan kişinin kötü niyetli olması halinde ise, bu kişi kendine verilen tutarın veya malın tamamı üzerinden sorumlu olacaktır¹⁴⁰.

Bu hususu somutlaştırmak adına bir örnek vermek gerekirse, mesela, Ayfer'in Berrin'e 400 TL bağışladığını ve saklı paylı mirasçıların saklı paylarının ihlal edilmesi nedeniyle bu tutarın tamamının tenkisine hükmedildiğini düşünelim. Bu hükmün verilmesi anına kadar Berrin'in bu tutardan bir kısmını harcadığını ve elinde bu tutardan sadece 100 TL kaldığını varsayalım. Bu örnek olaydaki Berrin iyiniyetli olması halinde, elinde kalan 100 TL'yi geri vermekle yükümlü olacaktır. Ancak Berrin kötü niyetli ise kendisine bağışlanan 400 TL'nin

¹³⁷ Yargıtay 2. HD. E. 2005/19483, K. 2005/17034, 06.12.2005, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2021; “Miras bırakan İ. 14.01.1994 tarihinde ölmüştür. Murisin ölümünden önce; davacılarından H..e, S.. ve H...r'in; ...murisin davalılara temlik ettiği gayrimenkullerden dolayı, ilerde babaları İ.'in vefatında hiçbir hak talep etmeyeceklerine ve dava açmayacaklarına” dair tek taraflı irade beyanı şeklinde verdikleri, noterde düzenlenen 18.06.1993, 30.06.1993 ve 2.7.1993 tarihli taahhütnameler mirastan feragat sözleşmesi (TKM. md. 475) niteliğini taşımadığından hukuken geçersizdir. Henüz hak doğmamışken, doğmamış bir haktan önceden feragat de mümkün olmadığından sözü edilen taahhütnameler haktan feragat niteliğinde de değildir. Bu bakımdan davalıların bu belgelere dayanan itirazları yerinde görülmediği gibi aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları da yersizdir.”

¹³⁸ Nar (n 41) 140

¹³⁹ Bilge Öztan, Miras Hukuku (8. Baskı, Turhan Kitapevi 2017) 113; Keskin ve Demircioğlu (n 122) 204; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 113; Serozan ve Engin (n 2) 246

¹⁴⁰ İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) 445-446; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 114; Serozan ve Engin (n 2) 250

tamamını geri vermekle yükümlü olacaktır¹⁴¹. TMK m. 566'da¹⁴² da bu hususun düzenleme altına alındığı görülmektedir.

Miras bırakanın saklı paya tecavüz amacıyla yapmış olduğu tasarruflar her çeşit delille kanıtlanabilir. Bunun için lehine tasarruf yapılmış olanın iradesinin incelenmesine gerek olmadığını söyleyebiliriz. Ayrıca, söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için, miras bırakanın özellikle saklı payı ihlal etmek üzere tasarrufta bulunarak, mirasçısını mağdur etme amacı gütmesine de gerek yoktur¹⁴³. Miras bırakanın tasarrufu anında bunun saklı payın ihlaline neden olacağını bilerek bunu göze alması halinde de, saklı payın kasten ihlal edildiği kabul edilecektir¹⁴⁴.

Miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarrufunun tenkisine hükmedilmesi halinde, tenkise konu olan tutarın ya da malın saklı payı ihlal edilmiş olan mirasçıya iadesinde, lehine tasarruf yapılan kişinin seçim hakkı söz konusu olabilecektir. Çünkü ihlale konu olan mal, para gibi bölünebilir niteliğe sahip olabileceği gibi, tablo gibi bölünemez niteliğe sahip olması da mümkündür¹⁴⁵. TMK m. 564'de¹⁴⁶ de lehine tasarruf yapılan kişinin söz konusu bu seçim hakları işlenmiştir.

Düzenlemede, bölünmesinin değer kaybına neden olacağı bir malın tenkisi söz konusu olduğunda, vasiyet alacaklısının iki farklı tercih hakkı olduğu ifade edilmiştir. Vasiyet alacaklısı isterse malın tenkisine hükmedilen kısmının bedelini ödeyerek malın kendisinde kalmasını sağlayabilecektir. Bunun yanında vasiyet alacaklısının maldan vazgeçerek, tenkisine hükmedilenin dışında kalan kısmın bedelini karşıdan talep ederek, malı teslim etme yolunu da seçebilecektir. Bu hususu somutlaştırmak adına bir örnek vermek gerekirse, mesela, Akın'ın Barış'a 1.000 TL değerli bir tabloyu vasiyet ettiğini ve tenkis davası sonucunda bu malın 400

¹⁴¹ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 114

¹⁴² “Kendisine tenkise tâbi bir kazandırma yapılmış olan kimse iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur. Miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma tenkise tâbi tutulan kimse, bu kazandırma için miras bırakana verdiği karşılığın tenkis oranında geri verilmesini isteyebilir.”

¹⁴³ Öztan (n 139) 106

¹⁴⁴ Keskin ve Demircioğlu (n 122) 202

¹⁴⁵ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 114

¹⁴⁶ “Değerinde azalma meydana gelmesizin bölünmesine olanak bulunmayan belirli bir mal vasiyeti tenkise tâbi olursa, vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir. Tasarruf konusu malın vasiyet alacaklısında kalması durumunda, malın tenkis sebebiyle vasiyet borçlusuna verilmesi gereken, aksi hâlde tasarruf oranı içinde kalan kısmının karar günündeki değerinin para olarak ödetilmesine karar verilir. Bu kurallar, sağlararası kazandırmaların tenkisinde de uygulanır.”

TL'lik kısmının saklı payın ihlaline konu olması nedeniyle tenkisine hükmedildiğini düşünelim. Tablonun bölünmesinin değer kaybına neden olacağı, dolayısıyla da bu malın bölünemez nitelikte olduğu aşikardır. Bu durumda vasiyet alacaklısının tablonun kendinde kalmasını istemesi halinde, tenkise konu olan 400 TL'yi ödeyerek malı elinde tutabilecektir. Eğer vasiyet alacaklısı tablonun kendinde kalmasını istemiyor ise, tenkise konu olmayan 600 TL'nin kendisine ödenmesi halinde, tabloyu karşı tarafa verebilecektir. Dolayısıyla vasiyet alacaklısının, bu iki yoldan birini seçme hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşabiliriz¹⁴⁷.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, terekenin açıldığı andaki malın değeri ile dava sonucunda kararın verildiği andaki malın değerinin farklı olabileceğidir. Bir önceki örnek olayımızda bahsettiğimiz tabloyu düşünelim. Tereke açıldığında bu tablonun değeri 1.000 TL'dir. Ancak tenkis davasının altı yıl sonra sonuçlandığını düşündüğümüzde, acaba bu tablonun değeri hala 1.000 TL midir? Zaman içerisinde tablonun değeri de artmış veya azalmış olabilir. Kararın verildiği tarihte tablonun değerinin 2.000 TL olduğunu varsayalım. Bu malın 400 TL'lik kısmının saklı payın ihlaline konu olduğunu söylemiştik. Acaba tablonun son değerinin 2.000 TL olmasına rağmen tenkisi söz konusu olan tutar hala 400 TL mi olacaktır? Bunun olması hiç şüphesiz ki, hakkaniyete uygun olmayacaktır. Dolayısıyla öncelikle sabit tenkis oranının tespit edilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

Sabit tenkis oranı, dava yoluna başvurmuş olan saklı paylı mirasçının, tenkise konu olup lehine tasarrufun yapılmış olduğu her bir kişiden iadesini isteyebileceği ihlal karşılığı bedelin, söz konusu davalı lehine gerçekleştirilmiş olan kazandırmaya oranıdır¹⁴⁹.

Somut olayımızda 1.000 TL değerli malın 400 TL'lik kısmı saklı payın ihlaline konu olduğundan, sabit tenkis oranının %40 olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Aynı oran, karar anındaki malın değeri üzerine uygulanarak tenkise konu olacak tutar hesaplanmalıdır. Yani örnek olayımızda, karar anındaki tablonun değeri 2.000 TL olduğuna göre, bunun %40'ı yani 800 TL tutarlık kısmının tenkisinin söz konusu olacağı sonucuna ulaşabiliriz¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Antalya ve Sağlam (n 6) 350; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 115

¹⁴⁸ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 115

¹⁴⁹ Nurcihan Dalcı Özdoğan, 'Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi' (2017) 8 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 373; Özkan (n 125) 259

¹⁵⁰ İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 1) 115

SONUÇ

Kanun koyucu, yasal mirasçılarının bazılarını, miras bırakanın ölümüne bağlı veya sağlararası tasarruflarına karşı ayrıca koruma amacı gütmüştür. Söz konusu bu mirasçılarının, tereke içinde olup da miras bırakanın serbestçe üzerinde tasarrufta bulunamayacağı ve sınırları çizilerek koruma altına alınmış miras payları vardır. Dolayısıyla miras bırakan mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunurken, mirasçılarının koruma altına alınmış olan söz konusu bu paylarına tecavüz etmemelidir¹⁵¹.

Hukuki düzenleme ile koruma altına alınmış olan bu paylar “saklı pay” olarak, bu paya sahip olan mirasçılar ise “saklı paylı mirasçılar” olarak ifade edilmektedir¹⁵². Buna karşılık, miras bırakanın istediği gibi kullanabildiği veya tasarrufa konu edebildiği terekedeki bu saklı paylar haricindeki kısım ise “tasarruf edilebilir kısım” olarak adlandırılmaktadır¹⁵³.

Ölüme bağlı veya sağlararası yapılan kazandırmalar sonucunda koruma altına alınmış olan payı ihlal edilen mirasçı, ihlali bertaraf etmek adına açacağı tenkis davası sayesinde söz konusu tasarrufun ihlale konu olan kısmının hükümsüzlüğünü isteyebilecektir. Bu nedenle kural, kişinin mal varlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği yönünde olsa da, hukuki düzenleme ile bunun istisnası belirtilmiş ve sınırları çizilmiştir¹⁵⁴.

Miras bırakanın, geride bıraktığı mirasçılarının durumuna göre, tereke üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kısım da değişiklik gösterecektir. Benzer şekilde mirasın reddi, mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk hallerinin varlığı halinde de tasarruf oranının hesabında değişik sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Saklı payı miras bırakanın tasarrufları sonucu tecavüze uğramış olan saklı paylı mirasçının, söz konusu ihlalin giderilmesi için açacağı tenkis davası, yenilik doğurucu bir dava olmasının yanında, geçmişe etkili bir dava olduğu da söylenebilecektir¹⁵⁵. Ayrıca bu davanın tespit ve eda hükümlerini birlikte barındırabileceği kabul edilmektedir.

¹⁵¹ Mehmet Ayan, ‘Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları’ (2002) 10 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8

¹⁵² Serozan ve Engin (n 2) 202

¹⁵³ Necip Kocayusufoğlu, Miras Hukuku (3. Baskı, Filiz Kitapevi 1987) 355; Ersöz (n 4) 602

¹⁵⁴ Mesut Serdar Çekin, ‘Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi’ (2017) 4 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 191

¹⁵⁵ Ersöz (n 4) 605

Tenkis davasında davacı sıfatına sahip olabilecekler kişiler, saklı payı ihlal edilmiş olan mirasçılar ile şartların oluşması halinde istisnai olarak bunların alacaklılarıdır. Davalı sıfatı ise miras bırakana değil, lehine tasarrufta bulunduğu kişilere ait olacaktır.

Mirasçının tenkis davasına hak kazanabilmesi için, miras bırakanın terekesi üzerindeki tasarruf edebileceği kısmı aşmış olması ve bunun da söz konusu mirasçının saklı payına tecavüz niteliği taşıması gerekmektedir.

Tenkis davasında yetkili mahkeme murisin son ikamet adresinin bulunduğu yerdeki mahkeme olup, görevli mahkeme ise bu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi olacaktır. Ayrıca bu davada ispat yükü ise davacı üzerinde olacaktır.

Kanun koyucu, saklı payın dava yoluyla korunmasını sağlamış olsa da, bu davanın açılabilmesi zaman dilimine sınırlama getirmiştir. Düzenlemeye göre dava, miras bırakanın öldüğü ve saklı payı ihlal edilenin ihlali öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde ve her halde terekenin açılmasından itibaren on yıl içerisinde ileri sürülmesi gerekecektir¹⁵⁶.

Miras bırakanın tasarruflarına yönelik gerçekleştirilecek tenkisin bir düzen içerisinde gerçekleştirilebilmesi adına, izlenmesi gereken sıra TMK m. 570'de düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemeye göre öncelikle ölüme bağlı tasarrufların tenkis edileceği, yeterli gelmezse sağlararası tasarrufların tenkisine geçileceği belirtilmiştir. Ölüme bağlı tasarruflar aynı anda hüküm doğurduğundan bunlar arasında bir sıralama söz konusu olmayacak ve her birinden orantılı bir şekilde tenkis gerçekleştirilecektir. Sağlararası tasarruflar ise tarihlerine göre kendi arasında sıralamaya tabi tutulacak ve en yeni tarihliden en eski tarihliliye doğru tenkis gerçekleştirilerek, saklı payı ihlal edilen mirasçının hakkı olan payının kendisine verilmesi sağlanacaktır.

¹⁵⁶ Deniz (n 23) 89; Özkan (n 125) 249

KAYNAKÇA

- Albaş H, 'Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i' (2012) 18 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 143-162
- Antalya O G, Miras Hukuku (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2009)
- Antalya O G ve Sağlam İ, Miras Hukuku (Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Ayan M, Miras Hukuku (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Ayan M, 'Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları' (2002) 10 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7-18
- Çekin M S, 'Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi' (2017) 4 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 189-207
- Dalcı Özdoğan N, 'Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi' (2017) 8 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 363-392
- Demir R, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuza Göre Açılan Tenkis Davası İle Mirasçıların Açabileceği Diğer Davaların Karşılaştırılması' (2020) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 341-364
- Deniz H, Miras Hukuku Pratik Çalışmaları (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Dural M ve Öz T, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku (15. Baskı, Filiz Kitapevi 2020)
- Eren F, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973)
- Ersöz O, 'Tenkis Defi' (2017) 15 (170) Legal Hukuk Dergisi, 601-628
- Genç A A, 'Saklı Paylı Mirasçıların Alacaklılarının ve İflas Dairesinin Tenkis Davası Açma Hakkı' (2020) 28 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 511-542
- Günel A E, Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları (2. Baskı, Platon Hukuk Yayınları 2020)
- Günay E, Miras Hukukunda Tenkis (İndirim) Davaları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Günay E, Soru ve Cevaplarla Miras El Kitabı (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- İmre Z ve Erman H, Miras Hukuku (13. Baskı, Der Yayınları 2017)
- İnan A N, Ertaş Ş ve Albaş H, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- İnal E, 'Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu' (2007) 65 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 275-298
- İşgüzar H, Demir M ve Yılmaz S, Miras Hukuku (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)

- Karakaş F T, ‘Saklı Paylı Mirasçılara Yapılan Kazandırmalar ve Artık Terekenin Paylaşılması Sorunu’ (2014) 63 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 813-832
- Keskin D ve Demircioğlu R, Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku – Miras Hukuku) (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018)
- Kocayusufpaşaoğlu N, Miras Hukuku (3. Baskı, Filiz Kitapevi 1987)
- Köroğlu A, ‘Tenkis Def’inin Yargılamada İleri Sürülmesi ve Sonuçları (Gizli İnşâî Hüküm Kavramı Üzerine Bazı Tespitler)’ (2020) 28 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 575-602
- Kurtbaş S, Tenkise Esas Alınan Tereke (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Nar A, Türk Miras Hukukunda Tenkis (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016)
- Oğuzman M K, Miras Hukuku (6. Baskı, Filiz Yayınevi 1995)
- Oral A, ‘Miras Hukukunda Tenkis Davası’ (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018)
- Özkan H, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı Miras Hukuku (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2015)
- Öztan B, Miras Hukuku (8. Baskı, Turhan Kitapevi 2017)
- Öztürkler C, Mirasta Denkleştirme İade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2004)
- Özüğür A İ, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları (5. Baskı, Adalet Yayınları 2015)
- Petek H, ‘Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi’ (2002) 4 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 139-172
- Polat E, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Muvazaa ve Tenkis (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Polater S, ‘İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi’ (2018) 8 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 138-166
- Ruhi A C ve Ruhi C, Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Serozan R ve Engin Bİ, Miras Hukuku (Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Sert Sütçü S, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Tekdoğan A, Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Tokur Z, Tenkis Davası (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)

Tuncer Kazancı İ ve Öcal Apaydın B, ‘Mirasçıların Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi’ (2015) 6 (4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 775-808

Turan Başara G, ‘Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası’ (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 365-408

Yazar İ, ‘Miras Hukukunda Tenkis’ (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TASARRUFUN İPTALİ SEBEPLERİ

*Stj. Av. Sedat SEZGİN**

ÖZET

Tasarrufun iptali sebepleri İcra ve İflas Kanunu'nda ivazsız tasarrufların butlanı, acizden dolayı butlan ve zarar verme kastından dolayı iptal başlıkları altında düzenlenmiştir. Lakin tasarrufun iptali sebepleri sınırlı sayıda değildir. Borçlandırıcı işlemler tasarrufun iptali sebebi oluşturmaz. Tasarruf kelimesi yalnızca tasarruf işlemlerini değil hukuki fiilleri de kapsar. 2018 yılında Anayasa Mahkemesi kan hısımları arasında yapılan ivazlı tasarrufların ivazsız tasarruf olarak kabul edilmesini iptal edilmiştir. İptal kararı ile kanun koyucu tarafından ivazlı tasarruflar olarak kabul edilen altsoy ve üstsoy, karı ve koca ve sıhri hısımlar arasındaki ivazsız tasarruflar hakkında hangi hükümlerin uygulanması gerektiği belirsizdir. İcra ve İflas Kanunu madde 279 başlığında geçen aciz kelimesinin kullanılmasıyla bir terminolojik hata yapılmıştır. İcra ve İflas Kanunu madde 279'da belirtilen aciz başlığında anlatılmak istenen husus borca batıklığa ilişkindir. Zira borçlunun aktifinin pasiflerine oranla miktaren yeterli düzeyde bulunmaması borca batıklık halidir.

Anahtar Kelimeler Tasarrufun İptali, Butlan, Aciz, Borca Batıklık, Anayasa Mahkemesi

CAUSES FOR THE ACTIONS FOR REVOCATORY OF POSSESSION

*Leg. I. Sedat SEZGİN***

ABSTRACT

The reasons of the revocatory actions are regulated in the Execution-Bankruptcy Law under the titles of nullity of gratuitous savings, nullity due to insolvency, and annulment due to the intention of damaging. However, the reasons of the revocatory actions are not limited in number. Debit transactions do not constitute a cause for the actions for revocatory possession. The word saving includes not only legal savings but also legal acts. In 2018, the Constitutional Court annulled the acceptance of demanding savings among blood relatives as gratuitous savings. It is unclear what provisions should be applied regarding the gratuitous dispositions between the descendants and ancestors, husband and wife, and marital relatives, which are accepted as gratuitous savings by the legislator with the annulment decision. A terminological mistake has been made by using the word insolvency in the title of Article 279 of the Enforcement-Bankruptcy Law. What is meant to be explained in the title of insolvency specified in Article 279 of the Execution-Bankruptcy Law is related to over-indebtedness. Because the debtor's assets are insufficient in proportion to his liabilities is a state of over-indebtedness.

Keywords Revocatory, Nullity, Insolvency, Over-indebtedness, Constitutional Court

* İstanbul 1 No'lu Barosu'na Kayıtlı Stajyer Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, s.sezgin1907@gmail.com, ORCID 0000-0002-3372-924X

** Legal Intern of the Istanbul Bar Association No 1, Bursa Uludağ University, Institute of Social Sciences, LLM in Private Law Student, s.sezgin1907@gmail.com, ORCID 0000-0002-3372-924X



Extended Summary

The actions for revocatory of possession in case of fraudulent conveyance “*actio pauliana*” is regulated under Article 278, 279 and 280 of Turkish Enforcement and Bankruptcy Code (hereinafter EBL). The purpose of revocatory action is to satisfy creditor who was not satisfied during executive proceeding because of debtor’s disposals. In a revocatory action, plaintiff is creditor. One of the defendant is debtor and another defendant is third party who takes advantage from debtor’s disposals. The provisions of these actions are different from the other actions regulated for those who try to collect their receivables. It is defined as a personal action of law for performance, in case of the presence of the conditions stated in articles 278- 280 of EBL, in which the claimant with temporary or definitive proof of insolvency obtained from the enforcement proceedings, ensures the annulment of the fraudulent conveyance and legal actions of the debtor in favour of the third party between the parties of the action. The aim of this work is to examine the causes for the actions for revocatory of possession from all aspects with the case examples from the Supreme and Constitutional Court of Turkey.

As per Article 278 of the EBL, creditor shall prove that gratuitous disposals are unusual and the disposal was taken within two years before debtor’s insolvency. Also, there are legal presumptions that some disposals are accepted as executed gift in Article 278. For example, in case a legal entity becomes subject to a bankruptcy, transactions which were conducted by the legal entity “without any consideration or in consideration of insignificant amounts” within 2 (two) years prior to such attachment and bankruptcy are deemed null and void. Any kinds of donations are deemed as transactions without consideration. The legal entity’s transactions being null and void in the aforementioned way do not technically lead to nullity under substantive law (meaning that the transactions between the entity and the third parties remain valid), but entitles the creditors who could not collect their receivables to request the sale of the subject of the transactions (even if they remain the property of third parties) and collect his/her receivables therefrom.

In addition, as per Article 279 of the EBL, creditor can take a revocatory action if there is a disposal that was taken by debtor within one year before seizure, insolvency or bankruptcy. Article 279 regulates facts which shall be claimed and proved by creditor. Those facts change according to types of disposals in the article. If third party proves his good faith, the revocatory action can be dismissed. The one-year hardening period applies to transactions of: (i) creation of a pledge over movable or a mortgage over immovable properties to secure an existing debt (where the pledger had not previously committed to create such pledge or mortgage); (ii) conducting payment for undue debts; (iii) any payment made via any tool other than money; and (iv)

annotations which are to be registered with the title deed to empower personal rights, which are exercised within 1 (one) year prior to the bankruptcy are deemed null and void (meaning and resulting in the way as explained here above) unless the third party transacting with the bankrupt entity proves that he/she was not aware of the financial condition of the bankrupt legal entity. The above mentioned challenges, if accepted by the relevant court, also entitle the creditor to request the sale of the subject of the transactions and collect its receivables therefrom.

Finally, as per Article 280 of the EBL, creditor can take revocatory action if disposals was taken by debtor who is not able to pay his debt and has intent to harm his creditors. Creditor shall claim and prove that debtor is not able to pay his debt, debtor has intent to harm his creditors and third party knows that debtor's insolvency and his intent. The article regulates legal presumptions that some facts indicate third party's bad faith. The article also regulates how third part can disprove those legal presumptions. Thus, all transactions conducted by a legal entity whose capital is not sufficient to meet its debts for purposes of not compensating its creditors are deemed null and void (meaning and resulting in the way as explained here above), provided that the other parties of the transactions are aware of the economic situation of the legal entity or there is explicit evidence which would require such third parties to be aware of the legal entity's situation. However, in order to enforce this provision, the legal entity must have been subject to a bankruptcy, which is initiated by a specific creditor claiming the nullity of the above mentioned transaction within 5 (five) years following the date of such transaction. In such case, the specific creditor requesting bankruptcy (such creditor must hold a certificate of insolvency, meaning that he/she could not collect its receivables) or the execution office itself may challenge the prior transactions of the legal entity. Although, according to the wording of the aforementioned article, the prior transactions of the legal entity are contested to be null and void, such challenge, indeed, if accepted by the relevant court, entitles the creditor to request the sale of the subject of the transactions and collect his/her receivables therefrom. Such an article cannot be enforced in case the other parties of the transactions are bona fide third parties.

To sum up, in case a legal entity becomes subject to an attachment or bankruptcy, creditors who could not collect their receivables may claim the nullity of the transactions conducted by the legal entity to the detriment of its creditors within 5 (five) years prior to such transactions, provided that the other parties of the transactions are aware of the economic situation of the legal entity or there is explicit evidence which would require such third parties to be aware of the legal entity's situation. The determining factor in the above mentioned Article 280 is whether the transactions

(could be any transaction) are conducted by the legal entity to the detriment of its creditors and the other parties are not bona fide or are obligated to be aware of the financial situation of the legal entity.

On a final note, it is noteworthy that, the Constitutional Court annulled the acceptance of demanding savings among blood relatives as gratuitous savings. Such challenges may be dispelled unless legal presumptions fails to indicate third party's bad faith, as per Article 280 of the EBL. Also, during any lawsuit based on Articles 278, 279 and 280 of the EBL governing this matter, challenges may be dispelled by paying the receivables of the challenging creditor, as per Article 281 of the EBL.

GİRİŞ

Ülkemizde 2021 yılında UYAP bilişim sistemindeki istatistiklere göre yaklaşık 22 milyon icra dosyası mevcuttur¹. Alacaklı ve borçlu arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların kamu gücü kullanılmadan çözüme kavuşma olasılığı giderek azalmaktadır. Borcunu ödeyemeyen kişiler hakkında yapılan icra takipleri ile çözüme ulaştırılması beklenen uyuşmazlık, borçluların malvarlığında ciddi eksilmeler yaratmaktadır. Bu eksilmelerden ve cebri icra baskısından kurtulabilmek için borçlular çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Bu yöntemlerden biri görünüşte içi boşaltılmış bir malvarlığı yaratmaktır. Alacaklılardan mal kaçırma gayesiyle yapılan tasarruflar ile borçlu neredeyse “*canımdan başka verecek bir şeyim yok...*” algısı yaratarak kendi açısından bir kurtuluş yolu oluşturmaya çabalamaktadır. Malvarlığı değerlerinin azaltılmasından doğan sonuçların ortaya çıkardığı alacaklıların alacaklının alacağına kavuşamama tehlikesi, kanun koyucu tarafından İcra ve İflas Kanunu’nda tasarrufun iptali kurumuna yer verilerek, alacaklı ve borçlu tarafların önceliklerine göre çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın başlangıcında tasarrufun iptali kurumunun genel çerçevesi çizilerek, kanuni tanımlamadaki terminolojik hatalara değinilecektir. Sonrasında tasarrufun iptaline ilişkin özellik gösteren kurallar anlatılarak doktrinsel tartışmalar, kanaatlerimiz ve Yargıtay uygulamaları belirtilecektir. Kanun koyucu tarafından kabul edilen iptale tabi tasarrufların neler olduğu, iptalin hangi koşullar ve süreler altında mümkün olduğu aktarılacaktır. Devamında ivazsız tasarrufların iptaline ilişkin özellik gösteren durumlar ele alınacak ve borçlunun aczine bağlanmış iptale tabi tasarruflar açıklanacaktır. Son olarak genel bir iptal sebebi olan borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla gerçekleştirmiş olduğu tasarrufların iptali konusu, uygulamadan örneklerle birlikte açıklanacaktır.

I.GENEL OLARAK TASARRUFUN İPTALİ

Tasarrufun iptali sebeplerinin çerçevesi İcra ve İflas Kanunu’nun 278-279-280. Maddelerinde belirtilmiştir. “*Tasarruf*” kelimesinden anlaşılması gereken husus, borçlunun üçüncü kişilerle yapmış olduğu tasarruf işlemleridir. Borçlandırıcı işlemler tasarrufun iptali sebebi yaratmaz². Kanaatimizce İİK. m. 278/III’te bağışlama olarak kabul edilen tasarruf işlemleri “*akit*”

¹ <https://istatistikler.uyap.gov.tr>

² Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku (6. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020) 558; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Meral Sungurtekin Özkan, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018) 527; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku (2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2014) 614; Baki Kuru ve Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021) 490

ifadesiyle belirtilmiş olsa da anlaşılması gereken husus, akitlerin ifasına ilişkin yapılan tasarruflardır.

“*Tasarruf*” kelimesinden anlaşılması gereken bir diğer husus ise “*tasarrufların*” hukuki kavram olarak tasarruf işlemleri ile sınırlı olup olmadığına ilişkindir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre İİK.’da belirtilen “*tasarruf*” kelimesi yalnızca hukuki tasarruf işlemlerini içermez. Hukuki tasarruf işlemlerinin yanı sıra hukuki işlemleri de kapsar. Bu nedenle “*tasarruf*” kelimesi içerisinde hukuki fiilleri de bulundurur³. Örneğin kanun yoluna başvurma hakkının kullanılmaması bir hukuki işlem niteliğinde değildir. Lakin bir hukuki fiil niteliğine sahip olduğundan tasarrufun iptali sebebi teşkil edebilir⁴. Kanaatimizce kanun koyucunun “*tasarruf*” kelimesini kullanması terminolojik olarak uygun değildir. Bununla beraber karışıklığa yer vermemek adına çalışmamızda tasarruf kelimesini kullanmaya devam edeceğiz.

İcra ve İflas Kanunu sistematigi içerisinde üç temel başlık altında toplanan tasarrufun iptali sebepleri çalışmamızın temelini oluşturmakla birlikte doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre kanunda yapılan sayım sınırlayıcı nitelikte değildir⁵. Zira İİK. m. 281/I’e göre mahkeme tasarrufun iptali davasına konu edilmiş ihtilafların çözümünde takdir yetkisine sahiptir. Ancak cebri icra marifetiyle devri gerçekleşmiş mallara ilişkin tasarrufun iptali İİK. m. 277 vd. hükümlerine dayanılarak söz konusu değildir⁶. Zira cebri icra marifetiyle yapılan satış işlemi borçlu tarafından gerçekleştirilmemektedir.

Tasarrufun iptali sebepleri yanlış gösterilmiş ya da hiç gösterilmemiş olursa doktrindeki bir görüşe göre HMK. m. 33 gereğince tasarrufun iptali sebebinin alacaklı tarafından dava dilekçesinde belirtilmemesi veya dilekçede belirli bir sebebin varlığı mahkemenin belirtilen sebepten farklı bir sebebe bağlı olarak ihtilafı çözmesine engel teşkil etmez⁷. Yargıtay uygulaması tasarrufun iptali sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı, dava dilekçesinde belirtilen iptal sebebinden farklı bir sebeple iptal edilebileceği ve dava dilekçesinde tasarrufun iptali sebebi belirtilmemiş olsa

³ Talih Uyar, ‘İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu’ (2011) 1 Ankara Barosu Dergisi 211, 211; Mahmut Coşkun, İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat- Tasarrufun İptali Davaları (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 915; Kuru ve Aydın, (n 2) 490

⁴ Uyar, ‘Dava Konusu’ (n 3) 212

⁵ Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017) 322; Murat Atalı ve İbrahim Ermenek, İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I- Takip Hukuku II) (3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 247; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 558; Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 614; Erhan Günay, Tasarrufun İptali Davası (Borçlu Muvazaası) (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019) 21; Kuru ve Aydın, (n 2) 490. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013) 1398

⁶ Uyar, ‘Dava Konusu’ (n 3) 308; Kuru, (n 5) 1399; Yar. 15. HD, E. 1989/4763, K. 1990/1551, 3.4.1990 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 04.03.2021

⁷ Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 614; Muşul, (n 5) 310; Kuru ve Aydın, (n 2) 494; Kuru, (n 5) 1414

dahi iptal edilebileceği yönündedir⁸. Bununla birlikte doktrindeki diğer bir görüşe göre ise *kanun koyucu abesle iştigal etmez* ilkesi gereğince HMK. m. 119'e bağlı olarak dava dilekçesinde hukuki sebebin belirtilmesi gerekmektedir⁹.

Kanaatimizce hukuki sebep eksikliğine bağlı olarak tasarruf iptal sebebinin dava dilekçesinde belirtilmemiş olması, HMK. m. 119/II'de dava dilekçesinde eksikliğinde bir haftalık kesin süre tayini gerektiren durumlardan sayılmamasına bağlı olarak bir gerçek kural dışı kanun boşluğu yaratır. Bu durumda hâkim örf ve adet hukukuna uygun karar vererek hukuki sebebin belirtilmemiş olmasına ilişkin uyuşmazlığı çözmelidir. Bu sebeple Yargıtay'ın benimsemiş olduğu "*Dava dilekçesinde İİK.nun 278-279-280. maddelerinden hangisine istinaden iptal istendiğinin belirtilmesi de zorunlu değildir.*" görüşü işlevsellik kazanarak hukuki bir temel sağlanmış olur.

Doktrinde muvazaalı işlemlerin tasarrufun iptali sebebi olarak kabul edilebilirliği tartışmalıdır¹⁰. Bir görüşe göre muvazaalı işlemler hukuken geçerliliğini kazanmadığı için iptale tabi değildir, istihkak davasına vücut verir¹¹. Bir diğer görüşe göre ise muvazaalı işlemleri tasarrufun iptali sebepleri arasında saymak pratik açıdan daha doğru olduğundan iptale uygun kabul edilmelidir¹². Yargıtay ikinci görüşü benimsemektedir¹³. Muvazaa iddiasına dayalı bir tasarrufun iptali davası açılırsa İİK. m. 284'te belirtilmiş olan beş yıllık hak düşürücü süre uygulanamaz. Zira muvazaa iddiası aynı nitelikte bir uyuşmazlık doğurur ve aynı haklar zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerle bağlı olarak kaybolmaz¹⁴.

Kanaatimizce muvazaalı işlemlere ilişkin iptal davası açılması durumunda usûl ekonomisi ilkesi gereğince dava reddedilmemeli ve dava sonucunda bir tespit hükmü verilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmalıdır. Tespit hükmü verilmesi usûl hukuku açısından taleple bağlılık ilkesi

⁸ Yar. HGK, E. 1987/15-380, K. 1987/872, 25.11.1987 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021; Aynı yönde bir başka karar Yar. 17. HD, E. 2014/20410, K. 2016/11530, 13.12.2016 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021

⁹ Muhammet Özekes, 'HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler', (2014) 16 Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 263, 277; Ayrıca bkz. Muhammet Özekes, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirilmek Zorunludur' (2009) Halûk Konuralp Anısına Armağan 745, 751

¹⁰ Tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Levent Börü, 'İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280)', (2009) 3 (58) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 481, 489 vd.

¹¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 1) 558-559; İsmail Ercan, Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 1247; Güray Erdönmez, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019) 16 vd.; Kuru, (n 5) 1400

¹² Uyar, 'Dava Konusu' (n 3) 218-219; M. Kamil Yıldırım, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları (Vedat Yayıncılık, 1995) 142; Tunahan Çetinel, 'Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020) 142

¹³ Yar. 17 HD, E. 2012/7306, K. 2013/4613, 2.4.2013 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021

¹⁴ Yar. 17 HD, E. 2008/630, K. 2008/3223, 12.6.2008 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 06.03.2021

ile çelişmez. Zira muvazaa iddiasıyla açılan tasarrufun iptali davasında taraf talebi evleviyetle (çokluğun içerisinde azlık bakımından) muvazaanın tespiti talebini içerir.

İcra ve İflas Kanunu'nda iptale tabi tasarrufların sistematigi içerisinde, bazı iptale tabi tasarrufların başlıklarında ifade olarak “*butlan*” kelimesi geçmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre kanundaki ifade hatalıdır. Çünkü İİK. m. 283 gereğince tasarrufun iptali davası sonucunda tasarruf külliye hükümsüz kalmaz ve üzerinde tasarrufun gerçekleştiği şey borçlunun mülkiyetine dönmeyiz¹⁵. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında butlan ifadesini kullanmakla beraber tasarrufun iptalinin maddi anlamda butlanın getirdiği sonuçları doğurmadığına hükmetmiştir¹⁶.

İcra ve İflas Kanunu iptale tabi tasarrufları çeşitli sürelerle bağlayarak açıklamaktadır. Çalışmamızın devamında bu süreler ve sürelerin başlangıç noktalarının nasıl hesaplanacağı açıklanacaktır. Lakin Yargıtay uygulaması İİK.'da iptale tabi tasarruflara getirilen süre şartları haricinde icra takibine konu alacağın, iptal edilecek olan tasarruf işleminden önce doğmuş olması gerektiği yönündedir¹⁷. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, durum dürüstlüğe bağlı olarak değerlendirildiğinde, alacaklı borçlunun malvarlığını göz önünde bulundurarak hukuki işlemi gerçekleştirdiğinden Yargıtay uygulaması yerindedir¹⁸. Aksi görüşe göre ise İİK. lafzında böyle bir şart aranmaması sebebiyle Yargıtay uygulaması doğru değildir¹⁹. Yargıtay iptal edilecek tasarrufun icra takibine konu olmuş alacaktan sonra gerçekleştirilmesi şartının yanı sıra borçlunun mütemerrit olması şartını aramamaktadır²⁰.

Alacağın doğumuna ilişkin sürelerin hesabında alacak bir kambiyo senedi, fatura veya hesap kesimine ilişkin bir belgeye dayalı ise alacağın doğum tarihi olarak belgenin tarihi dikkate alınmaz. Alacaklı tarafından aksi ispat edilmedikçe sürelerin hesaplanmasında başlangıç alınacak nokta, alacağın belgeye bağlanmasına sebebiyet veren temeldeki hukuki ilişkinin doğum tarihidir²¹. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, alacağın çek üzerinde bulunan düzenleme tarihinden önce doğmuş olduğu iddiasının alacaklı tarafından ispatlanması gerektiğine hükmetmiştir²².

¹⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 557; Kuru ve Aydın, (n 2) 489

¹⁶ Yar. HGK, E. 2013/17-224, K. 2013/1478, 2.10.2013 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 06.03.2021

¹⁷ Yar. 15. HD, E. 2005/5284, K. 2005/6096, 15.11.2005 <www.hukukturk.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021; Yar. 15. HD, E. 1988/2561, K. 1988/3334, 21.10.1988 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021

¹⁸ Muşul, (n 5) 122; Kuru ve Aydın, (n 2) 490; Kuru, (n 5) 1402

¹⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 556-557

²⁰ Yar 17. HD, E. 2013/3346, K. 2014/11706, 15.9.2014 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021

²¹ Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 528; Kuru ve Aydın, (n 2) 490; Kuru, (n 5) 1402

²² Yar. 17. HD, E. 2016/1408, K. 2016/1341, 9.2.2016 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 05.03.2021

I. İPTAL SEBEPLERİ

İptal sebepleri İİK.'nda temel olarak üç başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar; İİK. m. 278 hükmü gereğince ivazsız tasarruflar, İİK. m. 279 hükmü gereğince borçlunun aciz halinde yaptığı tasarruflar ve İİK. m. 280 hükmü gereğince alacaklıya zarar verme kastıyla yapılan tasarruflardır.

A. İVAZSIZ TASARRUFLARIN İPTALİ

1. Bağışlamalar ve İvazsız Tasarruflar

Kanun koyucunun İİK. m. 278'i oluşturmasındaki temel bakış açısı: alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanarak, üçüncü kişiden önce alacaklıyı korumaktır.²³ İcra ve İflas Kanunu m. 278 borçlunun üçüncü kişilere mutat hediye hariç son iki yıl içerisinde yapmış olduğu bağışlamalar veya ivazsız tasarrufları alacaklı lehine geçerli olmak üzere iptale tabi kılmıştır. İki yıllık sürenin başlangıcının hesaplanması; cüz'i takipler açısından haciz işleminden geriye doğru veya hacze kabil mal bulunamamasına bağlı olarak kesin aciz belgesi niteliğinde olan haciz tutanağının düzenlenme tarihine bağlı olarak borçlunun aciz düşmesinden geriye doğru, külli takipler açısından ise iflasın açılmasından geriye doğru hesaplanır. Ayrıca iki yıllık sürenin başlangıcının hesaplanması ihtiyati haciz söz konusu ise ihtiyati haciz işleminin uygulandığı tarihten itibaren veya geçici aciz belgesi niteliğine haiz olan haciz tutanağı tarihinden itibaren olur²⁴. İki yıllık süre İİK. m. 284'te gösterilen hak düşürücü dava açma süresinden bağımsızdır. İİK. m. 278'de belirtilen süre ivazsız tasarrufların iptale konu edilebilmesine ilişkin bir sınır çizer²⁵.

İcra ve İflas Kanunu m. 278'de belirtilen bağışlama işlemi, tasarruf işlemi niteliğinde olmalıdır. Tasarruf işlemi, önceden yapılmış olan bağışlama sözleşmesinin ifası niteliğinde olabileceği gibi elden bağışlama şeklinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin birlikte vuku bulmasına bağlı olabilir. İfası gerçekleşmemiş bağışlama sözleşmesinin iptale tabi olması söz konusu değildir. Bağışlamaların iptalinde borçlunun; tasarruf işlemi sırasında aciz halinde olması, alacaklıya karşı zarar verme kastında bulunması veya diğer alacaklıları kayırma amacı bulunması; üçüncü kişinin ise kötü niyetli olması şartları aranmaz²⁶.

²³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 615

²⁴ Coşkun, (n 2) 1010-1011

²⁵ Ercan, (n 11) 360

²⁶ Talih Uyar, 'Tasarrufun İptali Davalarında "Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi" Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar' (2018) 135 TBB Dergisi 517, 540; Damla Gürtürk, 'İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal Davası' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020) 71

Mutat hediyelere örnek olarak doktrinde evlilik, doğum günü, bayram, sünnet ve yeni yıl örnekleri verilmiştir²⁷. Kanaatimizce hediyein mutat olup olmadığının tespiti, borçlu ile üçüncü kişinin yaşadığı çevre, ekonomik birikim, sosyal düzen ve tasarrufun gerçekleştiği zamana bağlı olarak subjektif değerlendirmelere tabi olmalıdır. Örneğin borçlu ve üçüncü kişi arasındaki “sosyo-kültürel yakınlık” ne kadar yüksek olursa olsun asgari geçim düzeyine sahip borçlunun doğum günü hediyesi olarak üçüncü kişiye otomobil alması subjektif değerlendirmeler sonucunda hayatın olağan akışına aykırıdır.

Yapılan subjektif değerlendirme borçlu ve üçüncü kişi üzerinde olmalıdır. Alacaklı konumundaki kişinin subjektif değerlendirilmesi hesaba katılmamalıdır. Zira alacaklı iptale tabi tasarrufun gerçekleşmesi sırasında bir rol oynamamaktadır.

Kanaatimizce bağışlamalar haricinde iptale tabi ivazsız tasarruflara ivazsız tüketim ödücü sözleşmesine bağlı tasarruf işlemi örnek olarak verilebilir. Zira bu sözleşme türünün ifası malın mülkiyetinin üçüncü kişiye devrini gerektirmektedir²⁸. Sözleşmenin ifası tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan iptale tabi olarak kabul edilmelidir.

2. Bağışlama Sayılan Tasarruflar

a. Genel Olarak

Borçlunun malvarlığını gizlemek amacıyla bağışlama ve diğer ivazsız tasarruflar haricinde çeşitli sözleşme türleri altında alacaklıdan mal kaçırma olasılığını göz önünde bulunduran kanun koyucu, İİK. m. 278/III’te bağışlama olarak kabul edilecek tasarrufları belirtmiştir. Sayılan tasarrufların ivazlı veya ivazsız olması iptale tabi olmalarını etkilemez. Zira ivazsız ise doğrudan İİK. m. 278/I’e göre iptale tabi olur.²⁹ İİK. m. 278/III hükmünün kabulü sırasında genellikle yakınlık içerisinde yapılan tasarruf işlemlerinin muvazaalı olması ihtimali göz önüne alınmıştır³⁰.

İİK. m. 278/III’te bağışlama olarak kabul edilecek tasarruflar aksinin ispatı mümkün olmayan hukuki varsayımlardır³¹. Kanaatimizce aksinin ispatı mümkün olmayan hükümler Anayasa’nın 2, 10, 13, 35, 36, 48. maddelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6, 14, 18. maddelerine aykırıdır. Zira kişinin “aksini ispat” hakkı tümüyle elinden alınamaz. Kanuni karineler ile hakkaniyet ölçüsünde ispat yükünün yer değiştirilebilir veya yalnızca çeşitli şekillerde

²⁷ Muşul, (n 5) 325; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 559; Kuru ve Aydın, (n 2) 490; Kuru, (n 5) 1404

²⁸ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017) 502

²⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 559; Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 616

³⁰ Talih Uyar, “Muvazaa” Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davasının Koşul ve Sonuçları’ (2017) 3 Ankara Barosu Dergisi 265, 308

³¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 559

ispatlanabilmesine ilişkin kanuni sınırlamalar getirilebilir. Aksi ispatlanamayan hükümler saf hukuk teoreminden uzaklaşıp hukukun toplumsal dizayn aracı olarak kullanımına sebebiyet verir. Bununla beraber İİK. m. 278/III hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından incelenerek “neseb” ifadesi hariç Anayasa’ya uygun bulunmuştur³².

b. Hısımlık İlişisine Bağlı Bağışlama Sayılan Tasarruflar

İcra ve İflas Kanunu m. 278/III’te bağışlama sayılan tasarruflar üç gruba ayrılmıştır. Birinci grupta bağışlama sayılan tasarruflar şunlardır: Karı koca arasında yapılan ivazlı tasarruflar, altsoy ve üstsoy ile arasında yapılan ivazlı tasarruflar(karı ve kocanın birbirlerinin alt ve üstsoyları ile aralarında yapmış olduğu ivazlı tasarruflar dahil), sıhren üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarruflar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar. Yargıtay uygulamasında ise; üçüncü kişinin borçlunun eşinin kardeşinin oğlu olması³³, görüncesinin kocası olması³⁴, eski eşinin kardeşi olması³⁵ (Yargıtay’a göre evlilik bağı kalkmış olsa dahi yapılan ivazlı tasarruf İİK. m. 278/III kapsamında değerlendirilir.), bacanağı olması³⁶ İİK. m. 278/III kapsamında değerlendirilir. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi’nin İİK. m. 278/III’na ilişkin iptal kararı sonrası içtihat değişiklikleri gereklidir. Çünkü yakın hısımlığa bağlı ivazlı tasarrufların bağışlama olarak değerlendirilip tasarrufun iptali nedeni doğurması, Anayasa Mahkemesi tarafından somut norm denetimi kapsamında değerlendirilmiştir. 30596 sayılı 15/11/2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 2018/9 Esas, 2018/84 Karar, 17/7/2018 tarihli iptal kararı ile “neseben” yakınlık içerisinde yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama sayılarak iptale tabi olmasına ilişkin kural iptal edilmiştir. Kararın gerekçesine göre İcra ve İflas Kanunu m.

³² “... Öte yandan mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden itiraz konusu kuralda; neseben üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarrufların başka hiçbir koşula bağlı bulunmaksızın bağışlama gibi olduğu, aksinin iddiası ve ispatı mümkün olmayan bir olgu olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan tasarruf konusu malın değerinin tam olarak veya fazlasıyla ödenmiş olması, tasarruf işleminin borçlunun alacaklılarının da menfaatine bulunması, alacaklıların tasarruf işlemi dolayısıyla zarar görmemesi, alacaklıların alacağı tahsil ve cebri icra imkânlarının zorlaştırılmamış hatta kolaylaştırılmış olması sonucu değiştirmeyecektir. Neseben üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlar arasında gerçekleşen ivazlı tasarruflara kesin olarak bağışlama sonucunu bağlayan itiraz konu düzenleme, taraflara belirtilen hususlarda iddia ve savunmada bulunma, bu hususların ispatı yönünden delil, bilgi ve belge sunma imkânı vermemektedir. Bu yönüyle mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında gözetilmesi gereken makul dengeyi malik aleyhine bozan düzenlemenin ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu söylenemez. İtiraz konusu kural, kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi bozmak suretiyle mülkiyet hakkının ve hak arama özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Açıklanan nedenlerle kuralda yer alan “...neseben veya ...” ibaresi Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Kural, Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa’nın 2. ve 10. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir...” RG. 17.07.2018, S.30596, Yar. E. 2018/9 , K. 2018/84, 17/7/2018 <www.resmigazete.gov.tr>, Erişim Tarihi 16.03.2021

³³ Yar. 17. HD, E. 2018/4674, K. 2020/2450, 3.3.2020 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi 05.03.2021

³⁴ Yar. 17. HD, 10116/4860, 16.05.2011, Nakleden: Uyar, ‘Muvazaa’ (n 30) 311

³⁵ Yar. 17. HD, 12734/3908, 26.04.2011, Nakleden: ibid 312

³⁶ Yar. 17. HD, 10849/1141, 15.2.2010, Nakleden: ibid 313

278/III'te mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunmaktadır. Neseben ifadesinin iptal edilmesi ile yalnızca kan bağına dayalı hısımlık çerçevesinde ivazlı tasarrufların iptali söz konusu olmaktan çıkmıştır. Ancak sıhren hısımlığa ilişkin ivazlı tasarrufların iptali "sıhren" ifadesinin iptal edilmemiş olması nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Bu durum hukuki bir boşluk ve çelişki yaratmaktadır³⁷. Kanaatimizce neseben hısımlık ifadesinin iptal edilmesine rağmen sıhren hısımlığın bulunduğu ivazlı tasarrufların bağışlama sayılmaya devam etmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Aynı zamanda hukuk mantığı içerisinde sıhri hısımlık çerçevesinde yapılan tasarrufların iptale tabi olmasının evleviyetle mümkün olmaması gerekir. Zira nesep hısımlığı kural olarak "doğumla" ve "kan bağı" ile kurulurken, sıhri hısımlık ise "evlenme" yoluyla oluşur. Alacaklı neseben hısımlığa ilişkin İİK. 278/III yoluyla iptal talebinde bulunamazken sıhri hısımlığa ilişkin olarak İİK. 278/III yoluyla iptal talebinde bulunabilecektir. Bu durumda neseben hısımlığa ilişkin iptal davasının İİK. m. 280'e dayanarak açılması gereklidir. Ayrıca alt ve üst soy hısımlık da nesep bağına ilişkindir. Bu sebeple kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla beraber sıhri hısımlık ilişkisine dayalı ivazlı tasarruflar ile alt ve üstsoya ilişkin ivazlı tasarruflar İİK. 278/III'e dayalı olarak bağışlama kabul edilmemeli ve İİK. m. 280 çerçevesinde değerlendirilmelidir.

c. Malın Gerçek Değerinin Pek Aşağısında Yapılan İvazlı Tasarruflar

İcra ve İflas Kanunu m. 278/III'te bağışlama olarak kabul edilen ikinci grup tasarruflar ise malın gerçek değerine göre pek aşağıda bir fiyat karşılığında devrini içeren ivazlı tasarruflardır. Kanun koyucu tarafından "akit" ifadesinin kullanımı terminolojik bir hatadır³⁸. Zira tasarrufun iptaline sebebiyet verecek hukuki fiil, tasarruf işlemi niteliğine haiz olmalıdır. Malın gerçek değerinin pek altında bir ivaz karşılığında devri ise zamansal ve mekansal olarak somut olayın özelliğine göre değişkenlik gösteren bir husustur. İvaz değerlerinin karşılaştırılması, kazandırıcı işlemin yapıldığı tarihe göre belirlenmelidir³⁹. Malın gerçek değeri mali piyasa değerine göre hesaplanır⁴⁰. Yargıtay'a göre pek aşağı fiyat mevcudiyetinin var olup olmadığı özellikle bilirkişi raporuyla tespit edilmelidir⁴¹. Yargıtay bir kararında tapuda 67 bin TL'ye devir işlemi yapılan taşınmazın gerçek değerinin 115 bin TL olması durumunda fahiş bir fiyat farkının bulunmadığına karar vermiştir⁴². Bir başka kararında 105 bin TL ve 157 bin TL arasında fahiş fark bulunmadığını

³⁷ Detaylı bilgi için bkz. Gürtürk, (n 26) 104 vd

³⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 616; Uyar, 'İptal Kararı' (n 26) 547

³⁹ Uyar, 'İptal Kararı' (n 26) 548; Ercan, (n 11) 1249

⁴⁰ Coşkun, (n 2) 1009

⁴¹ Yar. 17. HD, E. 2018/5063, K. 2020/7517, 24.11.2020 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 09.03.2021

Yar 17. HD, E. 2016/20265, K. 2019/7573, 13.6.2019 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 04.03.2021

⁴² Yar. 17. HD, E. 2017/2250, K. 2019/9390, 15.10.2019 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 08.03.2021

belirtmiştir⁴³. Bir diğer kararında ise 7 bin (eski ifadeyle milyar) TL ile 35 bin TL arasında fahiş fiyat farkı bulunduğunu tespit etmiştir⁴⁴. Yargıtay fahiş fiyat farkının belirlenmesinde gerçek değer ile düşük değer arasında miktarsal farktan ziyade katsal artışlara dikkat etmektedir⁴⁵. Zira 7 bin TL ve 35 bin TL arasında 5 katlık bir fark varken nakdi açıdan yalnızca 28 bin TL fark bulunmaktadır. Oysaki 105 bin TL ile 157 bin TL arasında yaklaşık 0,5 katlık bir açıklık mevcutken 52 bin TL'lik fark bulunmaktadır. Ayrıca fahiş fiyat farkının hesaplanmasında satışa konu mal üzerindeki rehin veya hacze ilişkin bedel miktarlarının mahsup edilmesi gerekir⁴⁶.

Fahiş fiyat farkına ilişkin İİK. m. 278/III hükmü tasarrufun iptali davasına konu malı üçüncü kişiden devralan iyiniyetli dördüncü kişiye ve devamındaki kişilere ilişkin uygulanamaz⁴⁷. Bu noktada dördüncü kişi ve devamındaki kişilerin iyiniyetleri, hakkın kazanımı açısından tam olarak korunur.

d. Hayat Boyu İrat veya İntifa Hakkı Tesisi ya da Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmeleri

İcra ve İflas Kanunu m. 278/III'e göre bağışlama olarak kabul edilen üçüncü grup tasarruflar borçlunun kendisi adına veya üçüncü kişi yararına hayat boyunca irat (ömür boyu gelir) veya intifa hakkı tesis ettiği sözleşmeler ve ölüncüye kadar bakım sözleşmesidir. İİK. m. 278/III'te irat veya intifa hakkı tesisine ilişkin "akitler" ifadesinin kullanımı hatalıdır. Birinci bölümde belirttiğimiz üzere borçlandırıcı işlemler tasarrufun iptali nedeni değildir. Kanaatimizce "akit" kelimesi, aktin ifası sonucunda irat veya intifa hakkı tesisine ilişkindir. Bu durum ölüncüye kadar bakım "akdinin" bağışlama sayılması açısından da geçerlidir. Kanaatimizce İİK. m. 278/III'te geçen "akit" ifadesi

⁴³ Yar. 17. HD, E. 2016/4401, K. 2019/2451, 5.3.2019 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 08.03.2021

⁴⁴ Yar. 15. HD, E. 2004/2904, K. 2005/1202, 3.3.2005 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 09.03.2021

⁴⁵ "Yasal düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi, İİK'nin 278. maddesinin 2. bendi gereğince aktin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre ivaz olarak pek aşağı fiyat kabul edilen akitlerin bağışlama hükmünde olup, iptale tabi olduğu kabul edilmiştir. İİK'nin 278/III-2'deki edimler arasındaki aşırı oransızlığa ilişkin hüküm, borçlu ile borçludan tasarrufa konu malı satın alan üçüncü kişi arasındaki tasarruflarda iptal nedenidir. Aynı malı üçüncü kişiden satın alan 4. kişi (varsa 5. kişi) hakkında bu hüküm uygulanmaz. Tasarrufun bu bent uyarınca iptal edilebilmesi için, malın veya hakkın satış tarihindeki satış bedeli ile tasarruf tarihindeki gerçek değeri arasında aşırı oransızlık bulunması gerekir. Yargıtay uygulamasına göre, edimler arasında aşırı bir oransızlıktan söz edebilmek için tasarruf konusu malın veya hakkın, satış sözleşmesinde (tapuda, noterde, vs.) gösterilen satış bedeli ile tasarruf tarihindeki gerçek değeri arasında en az bir misli veya daha fazla fark bulunması gerekir." Yar. HGK, E. 2018/17-141, K. 2018/1748, 20.11.2018 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 10.03.2021

⁴⁶ "...İİK'nun 278. maddesinde aktin yapıldığı sırada kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği ve yasanın bağışlama hükmünde olarak iptale tâbi tuttuğu tasarrufların iptali gerektiğinden mahkemece ivazlar arasında fark bulunup bulunmadığının incelenmesi, satılan taşınmaz üzerinde, ipotek ve haciz kayıtları varsa, alıcı taşınmazı bu kayıtlarla yükümlü olarak satın almış olacağından, satışın bunların tamamı üzerinden yapıldığının kabulü gerektiği, bu nedenle oransızlığın belirlenmesinde tapu kaydındaki ipotek ve haciz miktarının da gözönünde tutulması gerektiği..." Yar. 17. HD, E. 2016/12364, K. 2019/3165, 18.3.2019 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 11.03.2021

⁴⁷ Günay, (n 5) 144; Gürtürk, (n 26) 160; Kuru ve Aydın, (n 2) 497; Kuru, (n 5) 1405

borçlunun ifasına ilişkin kullanılmıştır. Zira ölünceye kadar bakım sözleşmesinde bakım alacaklısı ifa borcunu öncelikle yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmenin kurulmasından sonra bakım alacaklısı edim olarak bir malvarlığı unsurunu bakım borçlusuna devreder. Edim yükümlülüğü bakım alacaklısının ölümünden sonra ilişkin değildir⁴⁸. Sözleşmedeki edim yükümlülüğünün ifasıyla bakım alacaklısının malvarlığının aktifinde bir azalma meydana gelir. Malvarlığının aktifindeki azalma, alacaklının tasarrufun iptali davasının kabulüyle alacaklı bakımından hüküm ifade etmez.

B. ACZEN İPTALE TABİ TASARRUFA KONU ŞEYLER

1. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu m. 279’da dört bent halinde sayılan tasarruflar borçlunun acze düşmesi sebebiyle iptale tabi kılınmıştır. İİK. m. 279 başlığında geçen “*aciz*” kelimesinden anlaşılması gereken husus borçlunun malvarlığı aktifinin pasifine oranla daha az miktarda kalmasıdır⁴⁹. Bu nedenle kanaatimizce İİK. m. 279 başlığında geçen *aciz* kelimesinin kullanılmasıyla bir başka terminolojik hata yapılmıştır. İİK. m. 279’da belirtilen “*aciz*” başlığında anlatılmak istenen husus borca batıklığa ilişkindir. Zira doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre borçlunun aktifinin pasiflerine oranla miktaren yeterli düzeyde bulunmaması borca batıklık halidir. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu’na kaynaklık eden İsviçre Mehaz Kanunu’nda da madde hükmü borca batıklığa ilişkindir⁵⁰.

Acizden dolayı iptal sebeplerinden sayılan dört bentlik tasarruflar İİK. m. 279’da belirli bir süre ile sınırlanmıştır. Bu tasarrufların iptal davasına konu olabilmesi için cüzi takiplerde haciz işleminden geriye bir yıllık süre içerisinde, hacze kabil mal bulunmadığı durumda haciz tutanağının düzenlenme tarihinden geriye bir yıllık süre içerisinde, külli takiplerde ise iflasın açılmasından geriye bir yıllık süre içerisinde yapılmış olmalıdır. Bir yıllık süre İİK. m. 284’te belirtilen beş yıllık hak düşürücü süreden farklıdır. Beş yıllık süre iptal davasının açılmasına ilişkindir. Bir yıllık süre ise iptale tabi tasarrufun gerçekleştiği tarihe ilişkindir⁵¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “*haciz*” işleminden anlaşılması gereken hususun sadece adreste yapılan haczi

⁴⁸ Eren, (n 28) 818

⁴⁹ Kenan Filiz, ‘Aciz Halinde Tasarrufun İptali Davası’ (2017) 3 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, 80; Kuru, (n 5) 1407

⁵⁰ Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 529

⁵¹ Gürtürk, (n 26)75-76; Filiz, (n 50) 80

kapsamayıp, borçluya ait herhangi bir malvarlığı unsuruna karşı yapılan haciz işlemi olduğuna karar vermiştir⁵².

İcra ve İflas Kanunu m. 279/II'ye göre acizden dolayı borçlunun tasarruf işleminin iptal edilebilmesi için lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi iyi niyetli olduğunu kanıtlayamamış olmalıdır⁵³. Burada İİK. m. 278 hükmünün aksine üçüncü kişiye borçlunun borca batık halini bilmediğini ispatlama hakkı getirilerek bir kurtuluş kanıtı imkanı yaratılmıştır⁵⁴. Doktrindeki bir görüşe göre üçüncü kişinin durumu bilmediğinin yaklaşık ispatı yeterlidir⁵⁵. Kanaatimizce İİK. m. 279/II'nin açıkça "bilmediğini ispat" ifadesi içermesinden ötürü ispat "bilemediğini" şeklinde yaklaşık ispat ölçüsünde olamamalıdır ve "bilmediğinin" tam ispatı aranmalıdır.

Acizden ötürü iptale tabi olma hususu borçlunun iyiniyetli veya kötünüyetli olmasına ilişkin değildir. İİK. m. 279'a ilişkin bir tasarrufta borçlunun zarar verme kastının bulunması gerekmez⁵⁶.

2. Teminatlar

Acizden dolayı iptale tabi sayılan dört bentlik tasarruflardan ilki borçlunun bir yıllık süreden önce mevcut borcu için belirtilen süre içerisinde teminat vermeyi taahhüt etmeyi üstlendikten sonra bir yıllık süre içerisinde teminat taahhüdünü yerine getirmesi durumu hariç bir yıllık süre içerisinde verilen diğer tüm teminatlardır. Bir yıllık süreden sonra mevcut olmuş borçlara ilişkin teminat verilmesi iptale tabi değildir⁵⁷. İptal hükmü borçlunun üçüncü kişiye olan borcu değil, borç için tesis edilmiş olan rehin ortadan kaldırılır⁵⁸. İpotek ve ipotek verme taahhüdü resmi şekle tabi olduğundan⁵⁹ resmi şekil şartına uygun olmayan ipotek taahhütleri geçersizdir ve iptale konu olamazlar⁶⁰. İİK. m. 279 hükmünde geçen rehin ifadesi hapis hakkı veya mülkiyeti muhafaza koşulu ile satım durumlarını da kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılmalıdır⁶¹.

⁵² "geriye doğru bir yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınacak haciz, borçluya ait herhangi bir malın haczi olup, adreste yapılan hacizle sınırlı değildir; zira adreste yapılacak haciz, zaten mal bulunamaması hâline münhasır olarak ayrıca sayılmıştır. Varılan noktada yerel mahkemenin geriye doğru bir yıllık sürenin başlangıcı olarak taşınmaz üzerine konulan haczin tarihi olan 26.05.2009 tarihinin esas almasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır." Yar. HGK, E. 2017/17-3001, K. 2020/526, 7.7.2020 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 11.03.2021

⁵³ Kuru, (n 5) 1409

⁵⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 560; Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 530; Kuru ve Aydın, (n 2) 492

⁵⁵ Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 530

⁵⁶ Muşul, (n 5) 405; Filiz, (n 50) 80

⁵⁷ Coşkun, (n 2) 1033

⁵⁸ Coşkun, (n 2) 1032

⁵⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 8.12.2001, S. 24607, m. 856 "Taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklıdır. Taşınmaz rehminin kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği, resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır."

⁶⁰ Filiz, (n 50) 81; Kuru, (n 5) 1407

⁶¹ Coşkun, (n 2) 1033

3. Para veya Mutat Ödeme Yöntemleri Dışında Yapılan Ödemeler

Acizden dolayı iptale tabi sayılan dört bentlik tasarruflardan ikincisi borçlunun para veya mutad ödeme araçları haricinde üçüncü kişiye yapmış olduğu ödemelerdir. Hangi ödeme araçlarının mutad olup olmadığı hususunda bir açıklama bulunmadığından somut olayın özelliğine göre zamansal ve mekansal değerlendirme yapılmalıdır. Banknot, çek, faiz kuponu, kıymetli evraklar mutad ödeme aracı olarak kabul edilebilir⁶². Kanaatimizce borçlu ve üçüncü kişinin ekonomik yaşamlarının da dikkate alınması gerekir. Zira taraflar arasında süreklilik arz eden ticari işlemlerin bulunması, mutad ödeme araçlarında farklılıklar oluşturabilir. Örneğin borçlu tarafından üretimini gerçekleştirdiği ticari emtia niteliğine haiz mallar mutad ödeme aracı olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple doktrinde nakit yerine bir malın ödeme aracı olarak verilmesinin iptale tabi olması gerektiğine ilişkin görüşlere⁶³ katılmıyoruz. Kanaatimizce tarafların ticari ve ekonomik hayatlarına bağlı olarak gerçekleşen mal değişimleri iptale tabi olmamalıdır. Bu duruma barter finansman modelinin uygulandığı ticari iş ilişkileri örnek olarak verilebilir⁶⁴. Borçlu ve üçüncü kişinin sıklıkla taşınmaz mallar üzerinde bir değişim faaliyeti içerisinde bulunması durumunda malın sadece “taşınmaz” niteliğine haiz olması mutad ödeme aracı olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Yargıtay taşınmaz devrini mutad ödeme aracı olarak kabul etmemektedir⁶⁵. Bununla beraber Yargıtay alacağın temlikini mutad ödeme aracı olarak kabul etmektedir⁶⁶.

⁶² Gürtürk, (n 26) 77

⁶³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 616; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 560; Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 529; Kuru ve Aydın, (n 2) 492; Kuru, (n 5) 1408

⁶⁴ Barter uygulaması taraflar arasında ticari ilişkilerin nakit akışı yerine mal ve hizmet değişimi yapılarak devam ettirilmesine olanak sağlayan bir finansman modelidir. Detaylı bilgi için bkz. Cevdet Kızıl, Şadi Evren Şeker ve Tamer Avarkan, ‘Türk İşletme Dünyasından Muhasebe Barter Uygulamaları ve Örnekleri’ (2014) 4 (7) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi 67, 68 vd

⁶⁵ “*Davalı borçlu şirket temsilcisi, davalı ...'i 30 yıldır tanıdığını, verdiği hatırlar çekleri karşılığı taşınmazın tapusunu başka hacizler gelmesini engellemek amacı ile devrettiğini belirtmiştir... davalıların bu satışın alacağı mahsuben yapıldığı yönündeki kabulleri dikkate alındığında, İİK'nun 279/2-2 maddesine göre ödemenin mutad ödeme aracı ile yapılmadığından satışın batıl olması nedeni ile tasarrufun bu gerekçe ile de iptali gerektiğinden...*” Yar 17. HD, E. 2016/16721, K. 2019/7851, 25.6.2019 <www.hukukturk.com.tr.>, Erişim Tarihi 15.03.2021; “*...Davada, borçlu Ahmet 'in banka hesaplarının kat edilmesinden sonra davalı Tuncer 'e 8.10.1998 tarihinde, onun da 11.12.1998 tarihinde davalı M Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.ye devrettiği G, Tepecik köyünde bulunan 30,31,32,34 parsel nolu ...borçlunun durumunu bilerek, bedel ödmeden taşınmazları satın aldıkları, kendi ikrarlarıyla sabittir. Alacağı mahsuben yapılan tasarruflar anılan Yasanın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mutat (olağan) ödeme vasıtası kabul edilmemektedir. Dairemizin süregelen uygulaması da bu yönde olup, alacağı mahsuben satışların butlanına karar verilmektedir.*” Yar. 15. HD, E. 2003/3452, K. 2003/4429, 30.9.2003 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 16.03.2021

⁶⁶ “*Gerçek bir alacağı bulunan alacaklıya borçlunun bir başkasından olan para alacağını temlik etmesi ticari örf ve dayalı geçerli bir ödeme aracıdır. Temlik işlemi de mutad bir ödeme vasıtasıdır..*” Yar 17. HD, E. 2016/8097, K. 2019/4909, 17.04.2019 <www.hukukturk.com.tr.>, Erişim Tarihi 14.06.2021

4. Vadesi Gelmemiş Borçların İfası

Acizden dolayı iptale tabi sayılan dört bentlik tasarruflardan üçüncüsü borçlu tarafından vadesi gelmemiş (müeccel) borç için üçüncü kişilere yapılan ödemelerdir. Vadesi gelmemiş olan borcun ödenmesi geniş olarak yorumlanmalı ve borç paraya ilişkin olmasa dahi vade tarihinden önce yapılan tüm ifalar olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca geciktirici şarta bağlı borcun geciktirici şart gerçekleşmeden ifası da vade tarihinden önce ifa anlamına gelir⁶⁷. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında vadesi gelmemiş borç için alacağın temlik edilmesini ticari teamül ve hayatın olağan akışına aykırı bulmuş ve avans olarak değerlendirmeyerek iptale tabi olması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁸.

İptale tabi olan ödemenin hangi borç türüne bağlı olduğunun önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus borcun vadesinden önce üçüncü kişiye ödenmiş olmasıdır. Borç ödendikten sonra haciz, aciz veya iflas açılmadan önce muaccel olsa dahi ödeme iptale tabidir. Zira önemli olan husus ödenme tarihinde borcun vadesinin gelmemiş olmasıdır⁶⁹. Ancak borçlunun düzenli olarak cari hesabına yaptığı ödemeler iptale tabi olarak nitelendirilmez⁷⁰.

5. Kişisel Hakların Şerhi

İcra ve İflas Kanunu m. 279'a göre acizden dolayı iptale tabi sayılan dört bentlik tasarruflardan dördüncüsü kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhlerdir. Hangi kişisel hakların tapu kütüğüne şerh verilebileceği TMK. m. 1009'da belirtilmiştir. TMK. m. 1009'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi, kira sözleşmesi, alım, önalım ve geri alım hakları ve diğer kanunlarda açıkça şerh edilebileceği belirtilen kişisel haklar tapuya şerh edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, iptale tabi olan tasarrufun yalnızca "şerh" olmasıdır. Kişisel hakkın iptali söz konusu değildir⁷¹. Kanaatimizce kanun koyucunun "şerh"i

⁶⁷ Coşkun, (n 2) 1037; Kuru, (n 5) 1408

⁶⁸ "Sözleşmeye göre borçlu şirketin sözleşme tarihinden itibaren 15 günlük süre içerisinde edimini yerine getireceği belirtilmiş olmasına rağmen henüz davalı borçlu şirketin borcu muaccel hale gelmeden, edimini yapması için gereken süre dolmadan sözleşme tarihinden hemen ertesi gün 09.12.2009 tarihinde yapılan temlikin bu sözleşme gereği yapılan avans ödemesinin iadesi olarak kabul edilmesi ticari teamüllere ve hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Buna göre yapılan temlik İİK 279/3 maddesine göre vadesi gelmemiş borç için yapılan ödeme niteliğinde olduğundan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Yar 17. HD, E. 2015/3554, K. 2017/8562, 3.10.2017<www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 16.03.2021

⁶⁹ Coşkun, (n 2)1037; Kuru, (n 5) 1408

⁷⁰ Filiz, (n 50) 83

⁷¹ "borcunu ödemiye borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden veya iflasın açılmasından evvelki bir yıl içinde kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler iptale tabidir. Aynı yasanın 280. maddesi gereğince de borçlunun kötüniyetle yaptığı tasarruflar 3. kişi tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa yine iptale tabi olup, üçüncü şahıs, borçlunun fîruu ise borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur." Erişim Yar. 17. HD, E. 2015/6195, K. 2017/9444, 23.10.2017 <www.hukukturk.com.tr.>, Erişim Tarihi 10.06.2021; "İİK.nun 279/4. maddesinde "kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhlerin" iptalinin

iptale tabi kılmasındaki gerekçe, şerh ile kişisel hak nispiğini kaybederek eşyaya bağlı borç⁷² oluşturması ve eşyaya bağlı borçların sözleşme ilişkisine tabi olmayan üçüncü kişileri (örneğin alacaklıyı) etkilemesidir.

C. ZARAR VERME KASTINDAN DOLAYI İPTAL

1. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali

İcra ve İflas Kanunu m. 280 malvarlığı aktifinin, malvarlığı pasifini karşılamayan borçlunun alacaklılara karşı zarar verme kastıyla yapmış olduğu tüm tasarrufların iptalini düzenlemiştir. İİK. m. 280 hükmü İİK m. 278-279'a göre genel nitelikte bir hükümdür. İİK. m. 280'e göre iptal edilen tasarrufun hukuki niteliği önemli değildir. Örneğin borçlu malını İİK. m. 278'de bahsedilen oranda fahiş bir farkla devretmese dahi İİK. m. 280'e dayalı olarak şartları sağlamaması durumunda tasarrufun iptaline karar verilebilir⁷³.

İİK. m. 278-279'da alacaklıların zarar görmesine ilişkin objektif şartın gerçekleşmiş olması yeterli iken İİK. m. 280, objektif şartın yanında borçlunun zarar verme kastı ve kastın üçüncü kişi tarafından bilinmesine ilişkin bir subjektif şart aranmıştır⁷⁴. Ayrıca İİK. m. 280'de tasarrufun "niteliğine" ilişkin özel bir şart getirilmemekle beraber tasarrufun alacaklılara zarar verme kastıyla yapılmasına ilişkin özel bir manevi unsur aranmıştır. Doktrindeki bir görüş tasarrufun hileli nitelikte olması gerektiği ve hile niteliğinin tasarrufun iptali için gerekli subjektif şartı oluşturduğu yönündedir⁷⁵. Kanaatimizce görüşe katılmak mümkün değildir. Zira zarar verme kastıyla yapılan tasarrufun iptali için borçlu ile üçüncü kişi arasında alacaklıya karşı bir hile anlaşması bulunması ve alacaklı iradesinin borçlu ve üçüncü kişi tarafından hileyle sakatlanması gerekmez. Kanaatimizce önemli olan husus borçlunun zarar verme kastının ve borçlunun alacaklıya karşı mevcut olan zarar verme kastının üçüncü kişi tarafından bilenebilir olmasıdır.

İcra ve İflas Kanunu m. 280 hükmüne dayanılarak açılan iptal davasında tasarruf işleminin gerçekleştiği tarihten beş yıllık süre içerisinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takip gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu süre iptal davasının açılmasına ilişkin İİK. m. 284'te belirtilen beş

dava edilebileceği hükmüne bağlanmıştır. Davacının kira sözleşmesinin iptali isteminin içinde kişisel hakkın kuvvetlendirilmesi için bu sözleşme tapuya şerh edilmiş ise anılan şerhin iptalini de dava ettiği -çoğun içinde az da vardır- kuralı gereği" kabul edilmelidir. Hal böyle olunca davanın "şerhin iptali" talebine hasren görülüp sonuçlandırılması gerekir. Mahkemece deliller toplanarak kira sözleşmeleri şerh edilmişse davanın bu şerhin iptaline yönelik esasın incelenerek karara bağlanması yerine yazılı şekilde reddi bozma nedenidir." Yar. 15. HD, E. 2002/1010, K. 2002/2526, 15.5.2002 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 5.03.2021

⁷² M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2016) 249-250.

⁷³ Gürtürk, (n 26) 82

⁷⁴ Talih Uyar, 'Alacaklılara Zarar Verme Kasdı İle Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı İptal' (2017) 4 Ankara Barosu Dergisi 307, 309

⁷⁵ Günay, (n 5) 160

yıllık hak düşürücü süreden bağımsız ve farklıdır. İİK. m. 280 hükmünde belirtilen beş yıllık süre borçlu aleyhine takip yapılmasına ilişkindir. İİK. m. 284 hükmünde belirtilen beş yıllık süre hak düşürücüdür ve iptal davasının açılmasına ilişkindir⁷⁶. Doktrinde beş yıllık sürenin takip tarihinden geriye doğru hesaplanması alacaklının aleyhine durum yarattığı ve bunun yerine haciz uygulanma tarihinden veya iflasın açılma tarihinden geriye hesaplanmasının daha doğru olacağı belirtilerek kanun hükmü eleştirilmektedir⁷⁷.

İcra ve İflas Kanunu m. 280'e göre alacaklılara zarar verme amacıyla yapılan tasarrufun iptalinin istenebilmesi için lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişi borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılara zarar verme kastı olduğunu bilmeli veya bilmesini gerektiren açık emareler bulunmalıdır. Bu husus her türlü delille veya fiili karineler ile davacı tarafından ispatlanmalıdır⁷⁸. Lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişi dava konusu borca ilişkin alacaklılardan birisi de olabilir⁷⁹. Tasarrufun iptali için lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişi gerekli dikkat ve özeni göstermesiyle veya küçük bir soruşturma ile borçlunun alacaklılara karşı mal kaçırma amacıyla zarar verme kastıyla hareket ettiğini kavrayabileceğinin kabulü yeterlidir⁸⁰. Üçüncü kişinin durumu bilmesini gerektiren husus somut olayın özelliklerine göre, kesin kanıt gerektirmeksizin çözüme kavuşturulmalıdır⁸¹. Özellikle borçlunun üçüncü kişi karşısında gerçekten "borçlu" olup olmadığı incelenmelidir⁸². 2002 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı da bu hususa dikkat çekmiştir⁸³.

⁷⁶ Gürtürk, (n 26) 87

⁷⁷ Uyar, 'Hileli' (n 74) 351

⁷⁸ Kuru, (n 5) 1410-1411

⁷⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 560; Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 617

⁸⁰ Uyar, (n 30) 283-284

⁸¹ Günay, (n 5) 161

⁸² Coşkun, (n 2)1040-1041

⁸³ "İptal davalarında takip borçlusundan hak iktisap eden 3. Kişilerin davacının takip borçlusundan alacaklı olmadığına ilişkin savunmasının araştırılmasında zorunluluk vardır. Aksi takdirde takip alacaklısıyla anlaşarak veya nasıl olsa kendisinin borca batık olması nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durması söz konusu olmayan kambiyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan takip borçlusunun bu davranışı karşısında borçludan mal edinen 3. Kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması söz konusu olur ki bunun kabulüne olanak yoktur. Hatta tasarrufta bulunurken borçlu olmayan kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyi niyetli 3. Kişilere devrettikten sonra hileli işbirliği halinde olduğu kimselere eski tarihli borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yoluyla dolaylı olarak geri alması dahi imkan dahiline sokulabilir. Elbette ki bunlar yasaca amaçlanan durumlar değildir. Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken bu alacaklının alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığını göz ardı etmemek gerekir. Şu halde tasarruf iptali davalarında davacının gerçekten alacaklı olmadığına ilişkin 3. Kişilerce ileri sürülen savunmanın bu davalarda tartışılmayacağına ilişkin düşüncenin kabulüne olanak bulunmayıp, bu düşünce hukukun temel ilkelerinden olan iki kişinin 3. Kişi aleyhine açık veya zımni biçimde anlaşmasının 3. Kişiyi bağlamayacağı prensibine de aykırıdır." Yar. HGK, E. 2002/15-495, K. 2002/528, 19.6.2002 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

Üçüncü kişinin makul bir insanın anlayabileceği şekilde borçlunun mali durumunu ve alacaklılara karşı zarar verme amacı taşıdığını bildiğinin ispatı alacaklı tarafından her türlü delille ve yaklaşık ispat ölçüsüyle mümkündür⁸⁴. Ayrıca ispata ilişkin 1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın⁸⁵ uygulanması söz konusudur. İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre vakıa ve karinelere olayda iyi niyetli olduğunun ispatı beklenemeyecek kişinin kötü niyetli olduğunun ispatı gerekmez.

Üçüncü kişinin iyi niyeti tasarruf anında mevcut olmalıdır⁸⁶. Yargıtay kararlarında hayatın olağan akışına aykırı davranışlar kötü niyetin ispatında önemli yer tutmaktadır⁸⁷. Bir kararında borçlu tarafından malın devrinden sonra tekrar kullanılması üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını bir göstergesi olarak kabul edilmiştir⁸⁸. Bir diğer kararında davalıların aynı köyden ve aynı ilçeden olmalarının kötü niyete ilişkin bir ispat aracı olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁹. Bir başka kararında ise aynı binada bulunmanın ispata ilişkin önemli yer tuttuğunu belirtmiştir⁹⁰. Ayrıca Yargıtay'a göre eski eşler arasında paydaşlığın bulunması ve ortak çocuklarının bulunması da kötü niyetin varlığına işaret eder⁹¹. Bir diğer kararda borçlu ve üçüncü kişi arasında işçi işveren

⁸⁴ Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 530; Kuru ve Aydın, (n 2) 493

⁸⁵ "...halin icaplarına göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmemiş olmasından kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak kimsenin aslın hilaflı olan kötünüyeti belirmiş olduğundan bu durumda esas kaide uygulanarak kötünüyetin diğer tarafa ispat ettirilmesine sebep ve vecih kalmaz." Yar. İBK, E. 1949/17, K. 1951/1, 14.2.1951 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 6.03.2021

⁸⁶ Muşul, (n 5) 375

⁸⁷ "...davalı üçüncü kişinin eşi ile borçlunun eşinin kardeş olduğu, bu nedenle lehine tasarrufta bulunan üçüncü kişi borçlunun aciz halini ve ızzar kastını bilebilecek konumda olması, taşınmazın rayiç değeri yaklaşık 600.000,00 TL iken 800.000,00 TL'ye alındığının savunulması, bedelinin salt 150.000,00 TL'lik kısmının banka yolu ile ödenmesine karşın bakiye yüksek miktardaki meblağın usulünce ödendiğinin ispatlanamaması, tapuda elden ödeme şeklindeki savunmanın hayatın olağan akışına uygun olamaması karşısında İİK 280/1 ve 281/2 maddelerine göre iptal koşulları oluşan davanın kabulüne karar verilmesi gereken yerde ..." Yar. 17 HD, E. 2019/4024, K.2020/8832, 22.12.2020 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁸⁸ "...haciz işlemi için 22.06.2010 ve 18.02.2011 tarihlerinde borçlunun yerleşim yerine gidildiğinde dava konusu aracın satış tarihinden sonra borçlunun kullanımında olduğunun belirlenmiş olması bakımından, davalı U.'un borçlu F.'nin alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğu anlaşılmaktadır (İİK 280/1)" Yar. 17. HD, E. 2011/12904, K. 2012/4878, 18.4.2012 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁸⁹ "...davalıların tamamının aynı ilçeden olmaları ve bir kısmının da aynı köyden olmaları nedeniyle borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadıklarının karar yerinde tartışılarak olayda İİK'nin 280. maddesinin uygulama yeri olup olmadığına irdelenmesi..." Yar. 17. HD, E. 2018/1903, K. 2020/3316, 10.6.2020 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁹⁰ "...tasarrufa konu taşınmazların 21/12/2005 tarihinde yapılan ikinci devri sırasında 3. kişi şirket ile davalı 4. kişiler arasında aynı resmi senet ile gerçekleştirilmiş ve 3. kişinin adresi ile 4. kişilerin adreslerinin de o tarihte aynı binada bulunduğu anlaşılmıştır, bu bulgular ile nüfus kayıtlarındaki bilgiler ve ticari hayat içinde borçlunun ortağı olduğu şirketlerden dolayı davalıların, borçlunun alacaklıdan mal kaçırmaya veya alacaklıyı zarara uğratma kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğunu kabulün hayatın olağan akışına uygun düşmesine" Yar. 17. HD, E. 2010/47, K. 2010/1738, 1.3.2010 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁹¹ "...Somut olayda ivazlar arasında fahiş fark olmadığı ve gerçek bedelin ödendiği kabul edilse dahi yapılan tasarrufun tarafları olan davalıların boşanmış eski karı koca olmaları, ortak çocuklarının bulunması, tasarrufa konu taşınmazda paydaş olmaları ve hayatın olağan akışına göre davalı N.'in borçlu davalı N.'in mali durumu ile alacaklılara zarar

ilişkinin bulunmasının da kötüniyet ispatında yeterli olduğu belirtilmiştir⁹². Bir başka kararda arkadaşlık ilişkisi ve kefil olma durumunun iyi niyetin ispatına ilişkin hayatın olağan akışına aykırıdır⁹³. Ayrıca Yargıtay'a göre tacirin basiretli davranma yükümlülüğü kötü niyetin ispatında önemlidir⁹⁴. Bir diğer kararda mirasın reddinin haklı bir sebebe dayanmaması durumunda alacaklılara zarar verme kastıyla hareket edildiği kabul edilmiştir⁹⁵. Bir başka kararda üzerinde haciz bulunan malın satın alınmasını kötü niyetli bir davranış olarak kabul etmiştir⁹⁶.

2. Üçüncü Kişinin İyiniyetli Sayılmamasına İlişkin Kanuni Karineler

a. Hısımlık İlişkinine Bağlı Kanuni Karine

İcra ve İflas Kanunu m. 280'e dayanan tasarrufun iptali davasında alacaklı borçlunun zarar verme kastını ve lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişinin kötü niyetini ispatlamalıdır. İspata

verme kastını bilen veya bilebilecek konumda olduğunun kabulü gerekir." Yar. 17. HD, E. 2009/9118, K. 2010/188, 21.1.2010 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁹² "dinlenen davacı tanığının beyanlarına göre borçlu G.'in fabrikasında çalıştığı ve borçlunun traktörünü kullandığı, borçlunun alacaklıya borcu olduğunu bildiği, giderek davalılar arasında işçi-işveren ilişkisi bulunduğu belirlenmiştir. Bu sebeple İ.İ.K.'nın 280/1 kapsamında malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemlerin, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebileceği nazara alınarak davanın kabulüne karar verilmek gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Yar. 17 HD, E. 2010/4656, K. 2010/5233, 7.6.2010 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁹³ "davalıların işyerinden arkadaş oldukları, borçlunun İş Bankasından aldığı kredinin kefilinin davalı O. Ç. olduğu, borçlunun kredi borcunu ödeyememesi nedeniyle dava konusu taşınmaz davalı O.'e sattığı anlaşıldığından davalı O.'ün borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olduğunun kabulü gereklidir. Dava konusu taşınmaz 25.2.2008 tarihinde satılmış olmasına rağmen 8.4.2009 tarihli keşif ve 22.5.2008 tarihli haciz tutanağı içerisinde taşınmazın borçlunun annesi ve kardeşi tarafından kullanılıyor olması da hayatın olağan oluşuna uygun değildir." Yar. 17 HD, E. 2010/1702, K. 2010/3164, 6. 4. 2010<www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

⁹⁴ "Davalı şirket, basiretli bir tacirden beklenmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksiltten borçlu şirketten, durumunu bilerek taşınmazı satın almıştır. Bu nedenlere ve toplanan kanıtlara, mahkemece dayanılan gerekçeye göre aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan ve özellikle kargir fabrika vasfında olan tapulu taşınmazın satışına ait tasarrufun iptaline dair hükme yöneltilen temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." Yar. 15 HD, E. 1995/7055, K. 1996/1663, 26.3.1996 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 9.03.2021

⁹⁵ " murisin ölüm tarihi itibarıyla malvarlığını oluşturan taşınır ve taşınmaz malları, alacakları, varsa nakit mevcudu, borçları ilgili yerlerden araştırılarak belirlenmeli ve davalıların mirası reddetmekle haklı bir nedenlerinin bulunup bulunmadığı buna bağlı olarak tespit edilmelidir. Araştırmaların sonucuna göre davalı borçlular Mehmet ve İbrahim Halil Arıcan'ın alacaklılarına zarar verme kastının bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Diğer davalılar kardeşi Süreyya ve Gülşah ile Gözde ve Mehmet Mustafa'nın keza reddeden mirasçıların kötüniyetlerinin bilebilecek durumda oldukları değerlendirilmeli, üçüncü kişiler Erdal ve Mehmet yönünden ise tarafların kötüniyetli olduklarının bilebilecek durumda olup olmadıkları davacı tarafından kanıtlandığı takdirde bu davalılarında sorumluluğu olmaları gerektiği düşünülmeli aksi halde bu davalılar yönünden davanın reddi düşünülmelidir." Yar. 17. HD, E. 2007/5540, K. 2008/513, 11.2.2008<www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 11.03.2021

⁹⁶ "Davacının dava konusu aracı başka icra dosyalarındaki hacizlerden sonra ve ihtiyati haciz kararının alındığı gün sabahın erken saatinde 07.43'te satın alınmış olması alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik danışıklılık işlemleridir. Davacının İİK'nun 86/2. maddesinde öngörülen iyiniyet karinesine dayanması mümkün değildir. Bu nedenle davacı 3. kişinin davasının reddi gerekir. Karşılık tasarrufun iptali davasına gelince; dava konusu edilen aracın satışı borçlanmadan sonra, takip ise aynı günde yapılmıştır. Davacı başka icra dosyalarıyla hacizli olan aracı satın almış olmakla borçlunun mal kaçırmaya amacını bilebilecek durumdadır. (İİK md. 280) İptal davasının diğer şartlarında olduğu anlaşıldığından araç için açılan tasarrufun iptali davasının kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Yar. 21. HD, E. 2004/11573, K. 2005/1442, 21.2.2005<www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 18.03.2021

ilişkin ortaya çıkacak zorlukların giderilmesi için kanun koyucu tarafından çeşitli durumlara özgü olacak şekilde alacaklı lehine kanuni karineler getirilmiştir⁹⁷. Kanuni karinelerin aksi ispatlanmadığı müddetçe tasarrufun iptali gerekir. Mehaz İsviçre Kanunu'nda ise kasta dayanan iptal hususunda alacaklı lehine sonuç doğurabilecek herhangi bir kanuni karine bulunmamaktadır⁹⁸.

Kanuni karinelerin ilki İİK. m. 280/II'de belirtilen yakın hısımlığa bağlı karinedir. Önceki bölümlerde belirttiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi'nin "neseben" ifadesinin iptali ile İİK. m. 278'e dayanarak yakın hısımlığa ilişkin tasarrufun iptali kararı verilemez⁹⁹. Bununla beraber yakın hısımlık İİK. m. 280'e göre tasarrufun iptaline ilişkin davalarda kanuni karineye bağlı olarak alacaklı lehine önemli bir ispat kolaylığıdır.

Yakın hısımlıktan anlaşılması gereken husus İİK. m. 280/II'de belirtildiği üzere borçlunun eşi, alt veya üstsoyu, üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlı veya evlatlık ilişkisine bağlı olarak evlat edinen ya da evlatlığıdır. Evliliğin ortadan kalkması hısımlığı sona erdirmeyeceğinden ötürü eski eşe yapılan tasarruflar için de kanuni karine uygulanabilir¹⁰⁰. İİK. m. 280/II'de belirtilen yakın hısımlarla yapılan tasarruf işlemi aksi ispatlanana kadar lehine tasarrufta bulunan üçüncü kişi tarafından borçlunun alacaklılara yönelik zarar verme kastıyla hareket ettiğini biliyor sayılır ve tasarrufun iptaline karar verilir.

b. Ticari İlişkiler Hakkında Kanuni Karine

İcra ve İflas Kanunu m. 280/III borçlu ve üçüncü kişi arasında ticari ilişkinin bulunduğu durumlarda tasarrufun alacaklılara zarar verme amacıyla yapıldığına ilişkin alacaklılar lehine kanuni bir karine getirmiştir. Ticari ilişkilere bağlı kanuni karinenin yakın hısımlığa bağlı kanuni karineden farkı, üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun kabulünün yanı sıra borçlunun da tasarrufu alacaklılara karşı zarar verme kastıyla yapmış olduğuna ilişkin bir karine getirmesidir. Bu durum alacaklı lehine iki yanlı ispat kolaylığı sağlamaktadır. Borçlunun zarar verme kastının kabulü yakın hısımlığa ilişkin kanuni karinede bulunmayan özelliştir. Yargıtay vermiş olduğu kararında

⁹⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 2) 561; Kuru, Arslan ve Yılmaz, (n 2) 617; Pekcanitez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 531

⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku (7. Baskı, Beta Yayınevi, 2016) 578

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. II. A. 2. BAĞIŞLAMA SAYILAN TASARRUFLAR

¹⁰⁰ "Somut olayda ivazlar arasında fahiş fark olmadığı ve gerçek bedelin ödendiği kabul edilse dahi yapılan tasarrufun tarafları olan davalıların boşanmış eski karı koca olmaları, ortak çocuklarının bulunması, tasarrufa konu taşınmazda paydaş olmaları ve hayatın olağan akışına göre davalı N.'in borçlu davalı N.'in mali durumu ile alacaklılara zarar verme kastını bilen veya bilebilecek konumda olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı olduğu gibi davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır." Yar. 17. HD, E. 2009/9118, K. 2010/188, 21.1.2010 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

İİK. 280/III'te getirilen kanuni karinenin iki yanlı olduğunu belirtmiştir¹⁰¹. Yargıtay'a göre gerçek bedel ile satış bedeli arasında fahiş fark olmasa da ticari işletmelerin devrine¹⁰², minibüs ve ticari plakalarının devrine¹⁰³ İİK. m. 280/III uygulanmalıdır. Ticari işletmenin devrinin iptali ile devir işlemi alacaklıya karşı geçerli olmayarak ticari işletmedeki mallara ilişkin haciz işlemi uygulatabilecektir¹⁰⁴.

İcra ve İflas Kanunu m. 280/III'te ticari ilişkilere bağlı kanuni karinenin aksinin ispatı özel usûllere bağlanmıştır. Bu özel usûller İİK. m. 280/III'e göre karinenin aksi ancak iptal davası açan alacaklıya devrin, satışın veya terkinin en az üç ay önce yazılı olarak bildirilmesi veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görünür biçimde asılarak ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde duruma ilişkin ilanda bulunularak, Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan yapılamıyorsa diğer uygun araçlarla ilan edilmesidir.

SONUÇ

İptale tabi tasarruflar İcra ve İflas Kanunu'nda tahdidi sayıma tabi değildir. Hâkim değerlendirmesi sonucunda somut olaya özgü iptale tabi tasarruflar ortaya çıkabilir. Muvazaalı işlemlere ilişkin tasarrufun iptali davası açılması durumunda usûl ekonomisi ilkesi gereğince dava reddedilmemeli ve dava sonucunda bir tespit hükmü verilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmalıdır. Kanun koyucu tarafından tasarrufun iptaline ilişkin çeşitli hükümlerde "akit", "butlan" ve "aciz" kelimelerinin kullanılması terminolojik bir hatadır. Zira borçlandırıcı işlemler iptale tabi değildir. İptal edilen tasarruflar butlan yaptırımının gerektirdiği sonuçları doğurmaz. Borçlunun malvarlığı aktifinin pasif kısmını karşılayamaması borca batıklık halidir. İvazsız tasarrufların iptali hususunda ivazsız tüketim ödöncü sözleşmesi mülkiyetin devri ile sonuçlanan bir tasarruf işlemi içerir ve İİK. m. 278 hükmüne göre iptali mümkündür.

Tasarrufun iptali için icra takibine konu edilmiş alacak, borçlu ve üçüncü kişi arasında yapılmış tasarruf işleminden önce mevcut olmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin "neseben" ifadesini iptal etmesiyle kan hısımları arasında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama sayılan tasarruflar

¹⁰¹ "Ticari işletme niteliğindeki fabrikanın borcun dayanağı olan 20.11.1998 tanzim tarihli senedin tanziminden sonra 19.3.1999 tarihinde davalı üçüncü kişi Y. Limited Şirketi'ne devredildiği sabittir. İİK.nun 280. maddesinin 4.fıkrası uyarınca ticari işletmenin ya da işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamının veya önemli bir kısmının devri halinde satın alan kişinin borçlunun alacaklılarını izarar kastı ile hareket ettiğini bildiği kabul olunur. Yasa koyucu bu hüküm ile alacaklı yararına iki yanlı bir karine getirmiş olup, bir taraftan borçlunun alacaklılarını izarar kastı ile hareket ettiğini diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kastı bildiğini kabul ederek alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmıştır." Yar. 15. HD, E. 2003/5803, K. 2003/5683, 2.12.2003 <www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

¹⁰² Yar. 17. HD, E. 2014/22302, K. 2017/495, 24.1.2017<www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

¹⁰³ Yar. 17. HD, E. 2014/808, K. 2015,9813, 29.9.2015<www.kazanci.com.tr.>, Erişim Tarihi 7.03.2021

¹⁰⁴ Pekcantez, Atalay ve Sungurtekin Özkan, (n 2) 531

arasında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda İİK. m. 280 hükmünde yer alan hısımlığa bağlı üçüncü kişinin kötü niyetli olması karinesi önem kazanmaktadır. Neseben ifadesinin iptali sonucunda borçlunun sıhri hısımları ile aralarında yapmış oldukları ivazlı tasarrufların bağışlama sayılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder ve bağışlama olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Taşınmaz malların doğrudan mutata ödeme aracı olarak kabulü doğru bir yaklaşım içermez. Zira borçlu ve üçüncü kişi arasındaki ticari ilişki taşınmaz malların değişimi açısından finansal bir araca dönüşmüşse (örneğin barter finansman modeli) taşınmaz değişimi taraflar arasında mutata ödeme aracına dönüşür.

KAYNAKÇA

- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku (6. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020)
- Atalı M ve Ermenek İ, İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I- Takip Hukuku II) (3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020)
- Börü L, ‘İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280)’, (2009) 3 (58) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 481-538
- Coşkun M, İtirazın iptali-Menfi Tespit ve İstirdat- Tasarrufun İptali Davaları (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020)
- Çetinel T, ‘Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları’ (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020)
- Ercan İ, Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuk El Kitabı (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020)
- Erdönmez G, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017)
- Filiz K, ‘Aciz Halinde Tasarrufun İptali Davası’(2017) 3 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 73-86
- Günay E, Tasarrufun İptali Davası (Borçlu Muvazaası) (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Gürtürk D, ‘İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal Davası’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020)
- Kızıl C, Şeker ŞE ve Avarkan T, ‘Türk İşletme Dünyasından Muhasebe Barter Uygulamaları ve Örnekleri’ (2014) 4 (7) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi 67-78
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013)

- Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, İcra ve İflas Hukuku (2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2014)
- Kuru B ve Aydın B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021)
- Muşul T, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017)
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2016)
- Özekes M, ‘Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirilmek Zorunludur’(2009) Halûk Konuralp Anısına Armağan, 745-781
- Özekes M, ‘HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler’ (2014) 16 Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, 263-300
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018)
- Uyar T, ‘İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu’ (2011) 1 Ankara Barosu Dergisi, 211-231
- Uyar T, ‘“Muvazaa” Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davasının Koşul ve Sonuçları’ (2017) 3 Ankara Barosu Dergisi, 265-316
- Uyar T, ‘Alacaklılara Zarar Verme Kasdı İle Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı İptal’ (2017) 4 Ankara Barosu Dergisi, 307-364
- Uyar T, ‘Tasarrufun İptali Davalarında “Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi” Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar’ 2018 (135) TBB Dergisi, 517-576
- Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku (7. Baskı, Beta Yayınevi, 2016)
- Yıldırım MK, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları (Vedat Yayıncılık, 1995)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

BİLGİSAYAR VERİLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA, EL KOYMA TEDBİRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KAVRAMLAR*

*Burak ÇEKİÇ***

ÖZET

Bilişim sistemlerinde ve bilgisayar verilerinde, ceza yargılamasının konusunu oluşturan suçlara ilişkin deliller bulunabilmektedir. Bilgisayar verilerinde, sadece TCK'nın bilişim alanında suçlar bölümünde yer alan ve bilişim sistemlerine özgü suçlar değil, gerçek hayatta işlenebilen tüm suçlarla ilgili deliller bulunabilmektedir. Bir yargılamada bilgisayar verilerinde yer alan deliller araştırılmadığında, değerli şeyler kaçırılıyor demektir. Bilgisayar verilerinden delil elde etme süreci adli bilişim olarak adlandırılmaktadır. Elde edilen delile, sayısal delil veya elektronik delil adı verilmektedir. Sayısal delillerin kendilerine has özellikleri bulunmaktadır. Bu özellikler nedeniyle bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbiri icra edilirken geleneksel arama ve el koyma yöntemlerinin yanı sıra başka adli bilişim uygulamalarının hukuka uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Hukuka uygunluk için yasal dayanak, CMK'nın 134. maddesinde yer alan bilgisayar verilerinde arama ve el koyma düzenlemesi ile sağlanmaktadır. Bu makalenin hedefi, bilgisayar verilerinde arama ve el koymanın tanımını, işlevini ve hukuki niteliğini ve benzer kavramları araştırmaktır.

Anahtar Kelimeler Bilgisayarlarda Arama, Bilgisayarlarda El Koyma, Adli Kopyalama, Adli Bilişim, Sayısal Delil

LEGAL NATURE OF SEARCHING, COPYING AND SEIZURING OF COMPUTER DATA AND SIMILAR TERMS

*Burak ÇEKİÇ****

ABSTRACT

Evidence of crimes that are the subject of criminal proceedings can be found in information systems and computer data. In computer data, evidence can be found not only for crimes specific to informatics systems, but also for all crimes that can be committed in real life. When the evidence contained in computer data is not investigated in a trial, valuable things are being missed. The process of obtaining evidence from computer data is called computer forensics. The evidence obtained is called digital evidence or electronic evidence. Digital evidence has its own characteristics. Due to these features, while doing a search and seizure on computer data, other computer forensics applications must be executed in accordance with the law besides traditional search and seizure methods. The legal basis for compliance with the law is provided by the regulation of search and seizure of computer data in article 134 of the Turkish Criminal Procedural Code - TCPC. The aim of this article is to explore the definition, function and legal nature of computer data search and seizure, and similar concepts.

Keywords Computer search, Computer seizure, Forensic image, Computer forensics, Digital evidence.

* Bu makale, "Koruma Tedbiri Olarak Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama, El Koyma" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Doktora Öğrencisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, burakcekic@marun.edu.tr, ORCID 0000-0002-7004-3677

*** PhD Candidate, Marmara University, Institute of Social Sciences, Department of Public Law, burakcekic@marun.edu.tr, ORCID 0000-0002-7004-3677



Extended Summary

Searching computer data is a form of common search (Turkish Criminal Procedural Code - TCPC 116), And seizure of computer data is a form of common seizure (TCPC 123), specially arranged by considering the characteristics of digital evidence in order to obtain electronic evidence. While the subject of traditional search and seizure is tangible signs, evidence within the home or on the person, what is in question here is the abstract electronic data on various devices such as computers.

Some countries implement traditional search and seizure for computer data and do not have special regulations. It is good practice to have a special regulation for computer search and seizure in Turkey. Due to the natural characteristics of digital evidence, there is a need for regulations that are different from the provisions of traditional search and seizure measures.

One aspect of electronic documents, which do not exist in paper documents is metadata. Metadata is electronic information about other electronic data and is created by computer systems and embedded in electronic documents. Meta-data can be used to find out the author and origin of a document, the existence of any attachments, and whether the document was sent or received by any individual. Metadata would include information such as the date of creation of the document, the date sent, received and so on.

There is substantially more electronically stored information than paper documents, and electronically stored information is created and replicated at much greater rates than paper documents. Examining electronic data will of course be different from examining printed documents. The content of a hard disk may contain data that is not related to the event or that is personal, trade secret, belonging to third parties. Extracting information about the case from all data reveals the need for specialized scientific methods.

More generally, electronically stored information is more easily and more thoroughly changeable than paper documents. Electronically stored information can be modified in numerous ways that are sometimes difficult to detect without computer forensic techniques.

Digital evidence is invisible in nature. They cannot be seen directly. Appropriate hardware and software are needed to view and interpret data. A computer, word processor program, screen and printer are needed to view and understand the data produced by the word processor program. The output printed on the paper will not fully reflect the data, and metadata will not be visible.

In accordance with the mentioned characteristics of digital evidence, the search and seizure of computer data has been specially regulated, meeting this need. There is a special regulation in article 134 of the TCPC regarding the search and seizure of computer data in Turkey. There are three measures in article 134. These are search, copy and seizure of computer data. Search and seizure computer data is similar to traditional search and seizure, with some differences. Copying is a protection measure specific to computer data.

Searching and seizing computer data is a protection measure that can be applied as ultima ratio, depending on special conditions, taking into account the severity of the interventions against the private life and personal data of individuals.

The procedures regarding the search, copy and seizure of computer data should be carried out by following the scientific methods of computer forensics. The most important aspect of a scientific method is that any experiment or observation must be independently verifiable and reproducible. The same results should be achieved when the path followed in computer forensics activities is repeated by impartial persons.

Using a common terminology between the comparative law and the regulations made in our country is the most important step in determining the missing applications in the execution of the measure.

We can define computer data search as on the decision of the competent authority, to obtain numerical evidence of a committed crime, to access the data stored by the suspect in the information systems used by the suspect, by computer forensic experts. Experts, makes invisible data visible and understandable, restores deleted and lost data, recovers data from corrupted or physically damaged devices, deciphers encrypted data, with the help of appropriate hardware, software, and functions, by protecting the data integrity. Computer search is a process including extracting, searching, analyzing, interpreting, reporting data.

As the traditional search gives the right to enter (access) inside the house, the computer search also allows access to personal data in accordance with the law. The concept of search and the concept of access are used in an equivalent sense. Examination is part of search process and means analyzing of digital evidence.

There are many ways to do a forensic search. Manual browsing, find function, keyword search, regular expression search – REGEX are most common ways. But these methods are effective on clear text. Data that are not available in clear text must first be made readable, visible, indexable and understandable. Sometimes it is not enough just to find data that can be evidence. In order for the data to be efficient evidence in the investigations, it should also be interpreted by the experts in order to be clearly understood by the judges and the parties of the case.

Forensic imaging is one element of computer forensics, which is the application of computer investigation and analysis techniques to gather evidence suitable for presentation in a court of law. A forensic image (forensic copy) is a bit-to-bit, sector-by-sector direct copy of a physical storage media, including all files, folders and unallocated, free and slack space. Forensic images include all the files visible to the operating system, deleted files and pieces of files left in the slack and free space.

TCPC article 134, allows computer seizure under certain conditions for the purpose of forensic imaging. The first is that the system cannot be copied because it is encrypted. The second is that there's hidden information in the system. Third, the process will take a long time. When the conditions are met, computers can be seized with the decision of the judge. Computers must be returned immediately upon receipt of the copy.

GİRİŞ

Bilgisayar verilerinde arama, genel aramanın (CMK 116 vd.), bilgisayar verilerine el koyma ise genel el koymanın (CMK 123 vd.), elektronik delil elde etmek üzere, sayısal delile özgü nitelikler göz önüne alınarak özel düzenlenmiş şeklidir¹. Genel arama ve el koymanın konusu bina içindeki veya kişi üzerindeki somut iz, bulgu ve şeyler iken, burada söz konusu olan bilgisayar gibi çeşitli cihazlar üzerindeki soyut elektronik verileridir².

Karşılaştırmalı hukukta bilgisayar verilerinde arama ve el koyma işlemleri için genel arama ve el koyma tedbirlerini uygulayan ve özel düzenlemeleri bulunmayan ülkeler mevcuttur. Ülkemizde bu işlemler için özel düzenlemenin yapılmış olması yerinde bir uygulamadır³. Sayısal delillerin doğal özellikleri nedeniyle genel arama ve el koyma tedbirleri hükümlerinden daha farklı düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgisayar ve akıllı telefonların kapasitelerinin gelişmesi, internet uygulamalarının, e-ticaretin ve sosyal medyanın yaygınlaşması neticesinde elektronik cihazlarda daha fazla kişisel veri metin, fotoğraf, video, ses olarak kaydedilmektedir. En temel insan haklarından biri olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edilmesinin ağır ve telafi edilmesi güç sonuçları oluşmaktadır. Madde gerekçesinde, özel düzenleme yapılmasının öncelikli sebebinin temel insan haklarının kısıtlanabilmesi için yasal düzenleme zorunluluğunun olduğu vurgulanmıştır⁴.

Özel düzenleme yapılmasına duyulan ihtiyacı ortaya koyabilmek için sayısal delillerin özelliklerine kısaca değinilmelidir. Sayısal verilerde, kâğıda basılı belgelerde bulunmayan çok çeşitli *üst-veriler* mevcuttur. Belgenin yazarı, oluşturulma tarihi, fotoğrafın çekildiği yerin GPS koordinatları, videoyu çeken kameranın marka-modeli gibi çok çeşitli üst-veriler mevcuttur⁵. Bu tür üst-verilerde bulunan bilgiler, soruşturmada göz ardı edilemeyecek deliller içerebilmektedir. Genel arama ve el koyma hükümlerinin yanında bu tür deliller için, özel kopyalama, arama, muhafaza etme usullerine ihtiyaç vardır.

¹ Olgun Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2014) 312; İhsan Baştürk, 'Bilgisayar Sistemleri İle Verilerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma' (2010) 2 Fasikül İstanbul Kültür Üniversitesi Cehamer Aylık Hukuk Dergisi 23, 25; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş (10. Baskı, Beta Yayınları 2013) 398; Özge Sırma, 'Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama' (2009) 34 Terazi Hukuk Dergisi 37; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 384; Hüsnü Aldemir, Adli - Önleme Arama ve Elkoyma (1. Baskı, Adalet Yayınları 2018) 179; Yusuf Yaşar ve İsmail Dursun, 'Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri' (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 7

² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 1) 384

³ Değirmenci (n 1) 313; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 1) 384

⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu Madde Gereğçeleri m. 110

⁵ Allison Rebecca Stanfield, 'The Authentication of Electronic Evidence' (PhD Dissertation Queensland University of Technology Faculty of Law 2016) 4-5

Elektronik veriler, kâğıda basılı bilgilere göre çok daha fazladır. Sayısal veriler, daha çok üretilmekte, çoğaltılmakta, paylaşılmakta ve dağıtılmaktadır. Bir işyerinde veya bir konutta yapılan aramada birkaç dolap dolusu belge bulunabilir⁶. Görevliler bu belgeleri inceleyerek delil elde edebilirler. Ancak bir sabit diskte kütüphaneler dolusu bilgiyi saklamak mümkündür. Elektronik verilerin incelenmesi basılı belgelerin incelenmesinden elbette farklı olacaktır. Bu derece fazla elektronik verinin incelenmesi, dava konusunda delil olabileceklerin bulunması, analiz maliyetlerini artırmaktadır⁷. Bir sabit diskin içeriğinde olayla ilgili olmayan veya üçüncü şahıslara ait kişisel, ticari sır niteliğinde veriler bulunabilir. Tüm verilerden davayla ilgili bilgilerin ayıklanması, özel bilimsel yöntemlere olan ihtiyacı ortaya koymaktadır⁸.

Elektronik veriler oldukça dinamiktir. Kolay bir şekilde bozulabilir, değiştirilebilir, silinebilir. Basılı belgelerin aksine insan iradesi olmadan bile elektronik veriler değişebilir. Bilişim sistemlerinde tutulan kayıtlar, otomatik olarak güncellenen günlük dosyaları, otomatik yedekleme yapılan dosyalar, insandan bağımsız olarak değiştirilmektedir. Kapalı bir bilgisayarı çalıştırmak, açık bilgisayarı kapatmak, dosyalarda tarama yapmak, başka bir yere kopyalamak gibi eylemler, birçok veriyi değiştirmektedir. Sisteme müdahale eden görevli, bilgisi ve niyeti olmadan birçok veriyi silebilir, bozabilir⁹. Bu müdahalelerle verilerin delil niteliği bozulmaktadır. Elektronik verilerin delil niteliğinin bozulmadan yargılama süresince muhafaza edilmesini sağlayacak, uygun el koyma, arama ve raporlama yöntemlerine ihtiyaç vardır.

Sayısal deliller doğası gereği gizli niteliktedir. Doğrudan gözle görülemezler. Verileri görmek ve anlamlandırmak için uygun donanıma ve yazılımlara ihtiyaç vardır. Kelime işlemci programı tarafından üretilen bir verinin görülüp anlaşılabilmesi için bilgisayara, kelime işlemcisi programına, ekrana ve yazıcıya ihtiyaç vardır. Veri, ancak bilgisayarda kelime işlemcisi program ile açılıp ekranda görüldüğünde veya yazıcıdan çıktısı alındığında anlaşılabilir. Kâğıda basılan çıktı veriyi tam olarak yansıtmayacak, üst-veriler görülemeyecektir. Ekran ve yazıcı çıktıları ile yetinerek değerlendirme yapmak büyük bir eksiklik¹⁰.

Sayısal delillerin anılan niteliklerine uygun olarak, bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbirinin özel bir biçimde düzenlenmiş olması, bu ihtiyacı gidermektedir. Bilgisayar

⁶ The Sedona Conference Working Group on Electronic Document Retention & Production, 'The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production Second Edition' (2007) 2

⁷ Stanfield (n 5) 64

⁸ Eoghan Casey, Digital Evidence And Computer Crime (2. Baskı, Academic Press 2004) 15

⁹ The Sedona Conference Working Group on Electronic Document Retention & Production (n 6) 3

¹⁰ Değirmenci (n 1) 132

verilerinde arama ve el koyma işlemleri, bu özel düzenleme kapsamında yerine getirilecek, maddede düzenlenmeyen genel arama ve el koyma çerçevesinde yürütülecek işlemler bakımından ise özel düzenlemede belirlenen hükümlere aykırı olmamak üzere genel arama ve el koyma hükümleri uygulanacaktır¹¹.

Doktrinde, genel bina aramaları ile bilgisayar verilerinde aramalar arasında dört temel fark bulunduğu belirtilmektedir. Bu farklılıklar, fiziksel aramalar için belirlenen kuralların, dijital aramalar için uygun olmayabileceği ihtimalini göstermektedir. Öncelikle ev aramaları fiziksel olarak haneye girilip gözlemlenerek yapılmaktadır, bilgisayar verilerinde arama ise dönen manyetik noktaların üzerinden elektrik akımının geçirilmesi, verilerin işlenmesi ve ardından ekrana veya başka bir çıkış cihazına gönderilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. İkincisi, ev aramaları şüphelinin konutunda veya işyerinde yapılır, bilgisayar verilerinde arama genellikle, şüphelinin sabit diskinin bir kopyasının alınarak, konut dışında devlet bilgisayarında yapılmaktadır. Üçüncüsü, konut aramaları belirli miktarda mülk için söz konusudur, oysa bilgisayar verilerinde arama milyonlarca bilgi üzerinde gerçekleştirilmektedir. Dördüncüsü, konut aramalarının aksine, bilgisayar aramaları genellikle delili elde etmek için tasarlanmış özel programların kullanımıyla hem fiziksel hem de sanal ortamda gerçekleştirilmektedir¹². Bu gibi farklar genel arama hükümlerinin yeniden yorumlanmasını ya da bilgisayar verilerine özel arama el koyma hükümlerinin tesis edilmesini gündeme getirmektedir.

I. YASAL DÜZENLEME

Düzenleme, CMK'nın "Koruma Tedbirleri" başlıklı ikinci kısmının, "Arama ve El koyma" başlıklı dördüncü bölümünün "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma" başlıklı 134. maddesinde yer almaktadır.

Madde başlığının bu kadar uzun belirlenmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bir bütünü parçalarını ifade eden terimlerin tek tek kullanıldığı¹³, düzenlemenin amacına uygun olmadığı, tedbirin uygulama alanını kısıtladığı¹⁴ belirtilmektedir. Doktrinde alternatif olarak, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde* ifade edilen *Bilgisayar Sistemi* kavramı kullanılmaktadır¹⁵. Bir başka görüş ise, *Bilişim Sistemleri* kavramını tercih etmektedir¹⁶. Bu terimlerin hepsi somut

¹¹ Cengiz Tanrıku, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma* (1. Baskı, Adalet Yayınları 2014) 351; Aldemir (n 1) 179

¹² Orin S Kerr, 'Searches and Seizures In A Digital World' [2005] *Harvard Law Review* 532 534

¹³ Muharrem Özen ve İhsan Baştürk, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim - İnternet ve Ceza Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınları 2011) 142; Muharrem Çelik, 'Bilgisayarda Arama, Kopyalama Ve Elkoyma CMK m. 134' (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 29

¹⁴ Değirmenci (n 1) 310

¹⁵ Özen ve Baştürk (n 13) 142

¹⁶ Değirmenci (n 1) 310; Tanrıku (n 11) 348

cihazları tanımlamaktadır ve arama-el koymanın konusunu oluşturan *veriyi*, üzerinde bulunduğu donanımdan hareketle tanımlamaktadır. Ancak son 50 yıldan bugüne kadar bilgisayar teknolojilerinin kat ettiği gelişme, veri tutabilen ortamların daha da çeşitleneceğini göstermektedir. Yasal düzenlemelerdeki değişimin ve uyumun, teknolojik gelişimin hızına yetişemeyeceği ortadadır. Bu durumda sürekli olarak kavramların geniş yorumlanması suretiyle problemlerin çözümü yoluna gidilmektedir. Halbuki donanımdan, cihazdan, ortamdan bağımsız bir terime ihtiyaç vardır. Kanımızca *bilgisayar verisi* terimi bu yaklaşıma uygun bir şekilde yeterli tanıma sahiptir. *Bilgisayar verilerinde arama, Bilgisayar verilerine el koyma* ifadelerinin, düzenlemenin amacına, kapsamına, konusuna daha uygun olduğunu değerlendirmekteyiz. Nitekim uluslararası metinlerde bu kavrama sıkça rastlanmaktadır. *Bilgisayar verisi (Computer Data), Bir bilgi sisteminin bir fonksiyonu yerine getirmesine sebep olmaya uygun bir programı da içeren, bir bilgi sisteminde işlenebilmek için uygun bir forma konulan veya oluşturulan, durum, bilgi veya kavramın herhangi bir şekilde sunumu* olarak tanımlanmıştır¹⁷. Bu ifade ISO standart veri tanımı üzerine bina edilmiştir. Bu tanıma göre bilgisayarda yazılan bir kitap veya basılı bir kitabın bilgisayarda taranmış dosyaları da bilgisayar verisi olarak kabul edilmektedir¹⁸. Hangi ortamda tutulursa tutulsun elektronik veriler, her zaman, *sayısal veri, bilgisayar verisi* olarak adlandırılacaktır. Çalışmamızda *bilgisayar verileri* terimi kullanılmıştır.

ABD’de *Elektronik ortamda depolanan bilgi* (Electronically Stored Information-ESI) terimi kullanılmaktadır, Tanımlama ilk olarak *Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü* Kural 34 (a)'da yer almıştır. Maddeye 2006 yılında yapılan değişiklikte eklenmiş olan ESI, “*bilgilerin elde edilebileceği herhangi bir ortamda depolanan yazılar, çizimler, grafikler, çizelgeler, fotoğraflar, ses kayıtları, görüntüler ve diğer veri veya veri derlemelerini*” içermektedir. Madde 34 (a) için verilen 2006 tarihli komite notunda, tanımlamayla mevcut tüm bilgisayar tabanlı bilgi türlerinin ve gelecekteki değişiklikleri ve gelişmeleri de kapsamasının amaçladığı ifade edilmektedir¹⁹. İngiltere’de PACE 19. maddesinde el koyma düzenlenirken *herhangi bir elektronik biçimde kaydedilen bilgi (information which is stored in any electronic form)* ifadeleri tercih edilmiştir²⁰. Almanya’da kâğıda basılı ve elektronik ortamda tutulan belgelerin incelenmesini düzenleyen *StPO* 110. maddesinde *elektronik depolama ortamı (elektronischen*

¹⁷ Council Directive 2013/40/EU - Attacks against information systems 2013 (Official Journal of the European Union, L 218) 8 Madde 2-b

¹⁸ Proposal For A Council Framework Decision on Attacks Against Informations Systems - Explanatory Memorandum 2002

¹⁹ 28 USC Appendix FRCP, Rule 34 Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things or Entering onto Land for Inspection and Other Purposes

²⁰ Police and Criminal Evidence Act - 1984 1984 m.19/4

Speichermedien) ifadesi kullanılmıştır²¹. Fransa’da el koyma ile ilgili *CPP* 56. maddesinde *bilgisayar verileri (données informatiques)* tabirine yer verilmiştir²².

CMK’nın 134. maddesinde yer alan düzenlemede *arama, kopyalama, el koyma* tedbirlerine yer verilmiştir. Kopyalama bilgisayar verilerine özgü bir koruma tedbiridir. Arama ve el koyma tedbirleri, genel arama ve el koyma tedbirlerine göre farklılıkları bulunan özel nitelikli tedbirlerdir²³. Bilgisayar verilerinde arama tedbiri maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. Kopyalama tedbirine 1 ve 5. fıkralarda yer verilmiştir. Verilerin kaydedildiği araçlara el koyma ise 2., 3. ve 4. fıkralarda düzenlemiştir.

II. TEDBİRİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama ve el koyma, şahısların özel hayatına ve kişisel verilerine yönelik müdahalelerin ağırlığı dikkate alınarak *özel koşullara bağlı, son çare* olarak başvurulabilecek, bir koruma tedbiridir²⁴.

Bilgisayar verilerinde arama, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir şekilde müdahale eden bir koruma tedbiridir. Temel hak ve özgürlükler, Anayasa ile koruma altına alınmış olup ancak kanuni düzenlemelerle sınırlama yapılabilir ve müdahale edilebilir. Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri ve koşulları, bilgisayar verilerinde arama ve el koyma için de geçerlidir²⁵. Bu bağlamda kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden bilgisayar verilerinde arama ve el koyma, kanuni dayanağı olan, belli bir yoğunluktaki suç şüphesi üzerine geçici olarak oranlılık ilkesi çerçevesinde hâkim kararına dayanılarak başvuru bir koruma tedbiridir.

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma, adli bilişimin kapsamına giren ve bilimsel metotlar çerçevesinde oluşturulan standartlara uygunluk içerisinde uygulanan bir tedbirdir²⁶. Yasal kapsam ve çerçevesi, genel arama ve el koyma tedbirleri ile bağlantılı olarak CMK’nın 134. maddesinde çizilmiş, uygulama yöntem ve usulleri adli bilişimin uluslararası bilimsel standartları ile şekillendirilmiştir.

²¹ Die Deutsche Strafprozessordnung StPO m. 110/3

²² Code de Procédure Pénale m. 56

²³ Değirmenci (n 1) 315; Osman Gazi Ünal, ‘Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma’ (Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011) 88; Özen ve Baştürk (n 13) 143; Çelik (n 13) 29

²⁴ Yaşar ve Dursun (n 1) 7; Aldemir (n 1) 179

²⁵ Değirmenci (n 1) 313

²⁶ Yaşar ve Dursun (n 1) 7

III. CMK'NIN 134. MADDESİNDE YER VERİLEN TEDBİRLER

Tedbir ile elde edilen sayısal delillere dayanarak bir yargılama yapılacak ve hüküm verilecektir. Sayısal delillerin; elde edilme ve analiz sürecinde uzmanlarca yerine getirilen tüm işlemlerin doğru yöntemlerle ve eksiksiz yapılarak, objektif ve tarafsız sonuca ulaşıldığı, şeffaf bir şekilde ortaya konmalıdır²⁷. Bunu sağlamak için bilgisayar verilerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirine ilişkin işlemler adli bilişimin bilimsel yöntemleri izlenerek yerine getirilmelidir.

Bilimsel bir yöntemin en önemli yönü, herhangi bir deney veya gözlemin bağımsız olarak doğrulanabilir ve tekrarlanabilir olması gerektiğidir. Adli bilişim faaliyetlerinde izlenen yol, tarafsız kişilerce yinelendiğinde aynı sonuçlara ulaşılabilir. Yargılanan bir kişinin özgürlüğünün kısıtlaması söz konusu olduğunda, adli bilişim yöntemleriyle elde edilen bulguların bağımsız olarak doğrulanabilmesi, özellikle önemlidir. Sayısal delilleri bulmaya ve analiz etmeye yönelik işlemlerin, başka uzmanlarca doğrulanmasını sağlayacak şekilde ayrıntılı olarak belgelenmesi gerekmektedir²⁸.

Mukayeseli hukukta ve ülkemizde yapılan düzenlemeler arasında ortak bir terminoloji kullanılması, tedbirin uygulanmasında eksik kalan veya fazladan yürütülen işlemlerin belirlenmesinde en önemli adımdır. Kanuni düzenlemelerde detaylı olarak bulunmayan ve adli bilişim çalışmalarında başvurulan işlemlerin, CMK'nın 134. maddesinde yer alan tedbirler bakımından dağılımını şu şekilde yapmak mümkündür.

1. *Arama tedbiri kapsamında icra edilebilecek işlemler:* verilere erişme, verilerde arama, şifre bulma, silinen verileri geri getirme, kriptolu verileri deşifre etme, veri kurtarma, veri çıkarma (Extracting), verilerin ilişkilerini, aidiyetini belirleme, analiz etme, yorumlama, raporlama ve sunum.
2. *Kopyalama tedbiri kapsamında icra edilebilecek işlemler:* adli kopya (imaj) alma, verilerin bütünlüğünü, doğruluğunu, güvenilirliğini koruma, veri bütünlüğü değeri hesaplama (HASH değerleri alma), verilere el koyma, alınan adli kopyadan bir suretini şüpheli veya müdafiiine verme.
3. *El koyma tedbiri kapsamında icra edilebilecek işlemler:* donanımlara el koyma, delil toplama, koruma, delil zinciri oluşturma, delilleri uygun şekilde paketleme, nakletme ve saklama,

²⁷ Değirmenci (n 1) 164

²⁸ Eoghan Casey, Digital Evidence And Computer Crime (3. Baskı, Elsevier 2011) 25

Burada CMK'nın 134. maddesinde yer verilen tedbirlerin terim anlamlarının detaylandırılarak incelenmesinde fayda görmekteyiz. Ayrıca mukayeseli hukukta yer alan bazı terimlerin tanımlanması terminolojide birliğin oluşturulması bakımından önem arz etmektedir.

A. ARAMA – ERİŞİM – İNCELEME

Bilgisayar verilerinde arama tedbirini, yetkili mercinin verdiği karar üzerine, işlenmiş bir suça ilişkin sayısal delil elde etmek üzere, adli bilişim uzmanlarınca, şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde bulunan, şüpheliye ait depolanmış verilerde, uygun donanım, yazılım ve fonksiyonlar yardımıyla, veri bütünlüğünü koruyarak, verilere erişme, görünmez verileri görünür ve anlaşılır hale getirme, silinmiş kaybolmuş verileri geri getirme, bozuk veya fiziksel olarak hasarlı cihazlardaki verileri kurtarma, gerektiğinde şifreli veya kriptolu verileri deşifre etme, soruşturmanın konusuyla ilgili daha önceden belirlenmiş, olayı aydınlatıcı harf, rakam, kelime, terim, ses, fotoğraf, video, çizim ve benzerlerini tüm veriler üzerinde arama, veri depolama üniteleri ile verileri kimliklendirme (aidiyetlerini, kime ait olduklarını, belirleme), bilgisayar verilerini tarih-zaman sıralamasıyla yeniden canlandırma, bulunan sonuçları sunma faaliyetlerinin tümü olarak tanımlayabiliriz.

CMK'da bilgisayar verilerinde arama tedbirine ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. Tedbir kararı verildiğinde ne tür işlemlerin gerçekleştirilebileceği hakkında bir bilgi bulunmamaktadır.

Her ikisinde de amaç suça ilişkin iz, emare, bulgu, bilgi ve delile erişmek olsa da bilgisayar verilerinde arama, genel aramadan oldukça farklıdır. Suç delili elde etmek amacıyla bina içinde veya kişi üzerinde gerçekleştirilen genel arama, somut bir şey bulmak üzere elle yoklama, gözle tarama, örtülü kapalı gizli yerlere bakma, koklama, duyma gibi beş duyu organıyla yapılan fiziksel faaliyetlerdir²⁹.

Genel arama tedbiri, konut içine girme (erişim) hakkı verdiği gibi, Bilgisayar verilerinde arama tedbiri de kişisel verilere hukuka uygunluk içerisinde erişim izni vermektedir. Teknik anlamda veriler üzerinde hiçbir arama yapılmasa bile verilere erişebilir olmakla temel hak ve özgürlükler, özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Doktrinde bilgisayarlarda aramanın, adli kopya alındığı zaman değil, verinin insan tarafından görülebildiği, ekrana yansıma veya yazıcıdan çıktı alınması anında gerçekleştiğini ifade

²⁹ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği RG. 01.06.2005, S. 25832 m 5 28/5

edilmektedir³⁰. Arama kararı öncelikle verilere erişme ve sonrasında veri bütünlüğünü bozmadan veriler üzerinde çeşitli fonksiyonların çalıştırılması hakkını vermektedir. *Avrupa Konseyin Siber Suçlar Sözleşmesinde* de arama (*Search*) kavramı ile erişim (*Access*) kavramının eşdeğer anlamda kullanılmaktadır³¹. Arama kararı verilere erişime olanak veren bir karardır. Diğer bir ifade ile arama kararı yok ise hiçbir şekilde verilere erişim hakkı da bulunmamaktadır.

Bilgisayarlarda aramanın hedefi, soruşturma konusu olan suçla ilgili, delil olabilecek verilere ulaşmaktır. Bu verilere ulaşmak için icra edilmesi zorunlu olan tüm fiiller arama tedbiri içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin konutta yapılan bir aramada, aramaya karşı çıkılması halinde, direncin ortadan kaldırılması için durumun haklı kıldığı ölçüde *güç kullanılması*, kilitli bir kasa gibi açılması özellik isteyen bir eşyaya tesadüf edildiğinde, kolluk tarafından veya masrafları kollukça karşılanmak üzere bu konudaki meslek erbabına *açtırılması*, *arama kararının* kapsamında değerlendiren fiillerdir³². Bilgisayar verilerinde arama, anahtar kelime aramasından daha fazlasıdır. Basitçe, bir kelime işlemci programına veya bir veri tabanına girip bir kelimeyi bulma faaliyeti aramanın ifade ettiği geniş anlamın sadece küçük bir parçasını göstermektedir. Bilgisayarlarda arama kararı verildiğinde sayısal delile ulaştıracak, tüm araştırma, bulma, veriyi görünür ve anlaşılır hale getirme, şifre bulma, kripto çözme, silinmiş verileri geri getirme, kayıp dosyaları yeniden oluşturma (File Carving), sıkıştırılmış dosyaları açma gibi işlemleri de kapsam içerisinde değerlendirmek gerekmektedir. Bu işlemler, nihai hedef olan sayısal delile ulaşmak için yapılması gereken hazırlık çalışmalarıdır.

Bilgisayar verilerinde arama çeşitli yöntemlerle icra edilebilir. Birinci yöntem olarak manuel gezinti diyebileceğimiz (manual browsing), her dosyayı uygun programla tek tek açıp içeriğine göz atmak ve taramak işlemidir ki fiziki aramalara benzer bir yöntemdir³³. Bu yöntem ile milyonlarca veriyi, analiz etmek ve delile ulaşmak çok uzun zaman alacaktır, hatta kimi zaman imkansızlaştıracaktır. O nedenle bilgisayar verilerinde bilgisayara özgü arama tekniklerine ihtiyaç vardır.

Bilgisayar verilerinde en basit arama işlemi, her ofis yazılımında yer alan ve açılan dosya içeriğinde geçen bir kelimenin aranması işlemi olan *bul* fonksiyonudur. Bul fonksiyonu

³⁰ Kerr (n 12) 551

³¹ Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185) 2001 60 m 137 197; Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi (Convention on Cybercrime) - 2001 m. 19

³² Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği RG. 01.06.2005, S. 25832 m 30

³³ Pavel Gladyshev, 'Formalising Event Reconstruction in Digital Investigations' (PHD Dissertation, University College Dublin, Faculty of Science 2004) 22

ile anahtar kelime araması (Keyword Search) birbirinden farklı işlemlerdir. *Bul* fonksiyonu sadece o anda açılan ve görüntülenen dosya üzerinde işlem gerçekleştirirken, anahtar kelime araması tüm dosyalar üzerinde işlem yürütmektedir. Bilgisayar verilerinde arama işlemlerini hızlandırmak için en yaygın olarak kullanılan yöntem anahtar kelime aramasıdır³⁴.

Ancak soruşturmalarda, anahtar kelime araması yeterli olmayabilir. Anahtar kelime araması yapılırken aranan kelimeler ile birebir eşleşen kelimeler bulunmaktadır. Aslında veriler arasında yer almasına rağmen, arama için kullanılan yazılım tarafından yakalanamayan, kaçırılan kelimeler olması (False Negative), veya dava dosyasıyla ilgili olmayan verilerin bulunması (False Positive) gibi sonuçlarla karşılaşılabilir³⁵. Bu durum soruşturma için hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilmektedir. Soruşturma için en önemli bilgi gözden kaçırılmakta veya gereksiz çöp niteliğinde binlerce veriyi analiz etmeye çalışarak vakit harcanabilmektedir.

Bir takım hedef veriler için anahtar kelime araması yeterli değildir. Örneğin bir veri depolama ünitesinde yer alan kredi kartı numaralarını, banka hesap numaralarını, IBAN numaralarını, vatandaşlık numaralarını, tüm elektronik posta adreslerini, IP numaralarını anahtar kelime araması ile bulmak neredeyse imkansızdır. Bulmak için ifadeyi birebir olarak bilmek ve aramak gerekir. Bunun yerine daha profesyonelce bir yaklaşımla *belirli kalıp araması* (*Regular Expression Search – REGEX*) yapılmalıdır. Bu işlem için belirli düzeyde kodlama bilgisi ile bir kalıp oluşturularak kalıba uyan ifadeler veriler içerisinde aranmaktadır³⁶.

Yukarıda anılan arama metotları, açık metin (Clear Text) olarak ifade edilebileceğimiz, şifrelenmemiş, kriptolanmamış, sıkıştırılmamış, silinmemiş, kaybolmamış veriler üzerinde işe yaramaktadır. Açık metin halinde bulunmayan verilerin, arama kararı kapsamında öncelikle okunabilir, görülebilir, indekslenebilir, anlaşılabilir hale getirilmesi zorunludur. Bunlar adli bilişim uzmanlarınca yerine getirilebilecek, özel eğitim, bilgi, tecrübe ve dikkat isteyen işlemlerdir³⁷.

Kimi zaman delil olabilecek verileri sadece bulmak yeterli değildir. Verilerin soruşturmalarda verimli delil olabilmesi için mahkeme heyetince ve dava taraflarınca açık bir

³⁴ Joakim Kävrestad, *Fundamentals of Digital Forensics_ theory, methods, and real-life applications*-Springer (Springer US 2020) 117; André Årnes (ed), *Digital Forensics* (John Wiley & Sons, Inc 2018) 41; Casey, *Digital Evidence - 2011* (n 28) 403; Bill Nelson, Amelia Phillips ve Christopher Steuart, *Guide to Computer Forensics and Investigations: Processing Digital Evidence Fifth Edition* (Cengage Learning 2016) 274; Hüseyin Çakır ve Mehmet Serkan Kılıç, 'The Keyword Search Method and It's Importance in Computer Forensics / Adli Bilişimde Anahtar Kelime Araması Metodu ve Önemi' (2016) 13 *Journal of Human Sciences* 2368, 2369-2370

³⁵ Gladyshev (n 33) 22-23

³⁶ Çakır ve Kılıç (n 34) 2370-2371; Årnes (n 34) 41; Gladyshev (n 33) 23

³⁷ Çakır ve Kılıç (n 34) 2375

şekilde anlaşılır hale gelmesi için arama kararı kapsamında yorumlanması da gerekir. Veriler yorumlanmadıkları takdirde anlamsız bir yığından ibaret olacaktır³⁸. Örneğin banka hesaplarına ilişkin yolsuzluk soruşturmasında, kayıtlar üzerinde yasadışı değişiklik yapıp yapılmadığını tespit etmek için banka veri tabanında bulunan günlük (log) kayıtlarında arama yapılması gerekir ve bulunan kayıtlar yorumlamadığı takdirde ne mahkeme heyetine ne savcıya ne de şüpheliye hiçbir anlam ifade etmeyecek, delil olarak kullanılamayacaktır. Böyle durumlarda veriler ancak yorumlandıkları takdirde delil niteliği kazanabilir. Burada kastedilen yorumlama, verilerin analizini yapan şahsın kişisel yorumları değil, her uzman tarafından aynı sonuca ulaştıran, bilimsel ve objektif olarak yapılan yorumlar ve anlamlandırılmalarıdır. Tıp biliminde kan tahlil sonuçlarının konunun uzmanı olmayan kişiler için bir anlamı olmayabilir. Ancak bir tıp doktoru tahlil sonuçlarına bakarak harfleri ve rakamları anlamlandırabilmekte ve hastalık belirtisi hakkında yorumda bulunabilmektedir.

Bilgisayar verilerinde arama, depolanan veriler bakımından uygulanan bir tedbirdir. İlgili kişinin haberi dahilinde yerine getirilmelidir. Genel arama hükümleri gereğince aramada hazır bulundurulacak kişiler hakkındaki hükümler, bilgisayar verilerinde arama tedbiri içinde geçerlidir. Bilgisayar verilerinde arama tedbirinin akışkan veriler bakımından uygulanma alanı yoktur. Akışkan veriler, iletim halinde olan verilerdir. Bilişim sistemleri arasında iletilen verilerin izlenmesi ve trafik verileri ile içeriğin elde edilmesi CMK'nın 135. maddesi kapsamında mümkündür ve ilgiliden gizli olarak icra edilmektedir³⁹.

B. KOPYALAMA – YEDEKLEME – VERİLERE EL KOYMA

Kopyalama tedbirini, yetkili merciin verdiği karar üzerine, işlenmiş bir suça ilişkin sayısal delil elde etmek üzere, adli bilişim uzmanlarınca, uygun donanım, yazılım ve fonksiyonlar yardımıyla, şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde yer alan şüpheliye ait depolanmış verileri, el koyma anı itibariyle dondurma, veri bütünlüğünü ve güvenilirliğini sağlama, verilere ilişkin delil zincirini oluşturma ve koruma, ilk elde edildiği andan yargılamanın sonuna kadar geçen sürede el konulan verilerin değişmeden, bozulmadan, silinmeden, kaybolmadan kalmasını sağlama, verilerde soruşturmaya ilişkin arama, analiz, raporlama yapılmasına olanak sağlamak üzere, mahkemelerce verinin aslı olarak kabul edilecek şekilde, adli bilişime özel yöntemlerle verileri kopyalama, özet değer çıkarma, veri bütünlüğünü doğrulama faaliyetleri olarak tanımlayabiliriz.

³⁸ Årnes (n 34) 31

³⁹ Değirmenci (n 1) 364

CMK'nın 134. maddesinde bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması zikredilmiş, ancak kopyalama tedbiri hakkında bir tanımlama yapılmamıştır. Verilerin kopyalanması soyut olan elektronik verilere has bir koruma tedbiridir⁴⁰.

Ülkemizin taraf olduğu *Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinin* 19. maddesinde bilgisayar verilerinde arama ve el koyma düzenlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasının b bendi, söz konusu bilgisayar verilerinin bir kopyasının oluşturulmasına ve bunun muhafaza edilmesine ilişkindir⁴¹. *Sözleşmenin* açıklayıcı raporunda, el koyma izah edilirken, verinin yahut bilginin kaydedildiği fiziksel ortamın alınıp götürülmesi veya bu verinin yahut bilginin kopyalanarak muhafaza edilmesi anlamına geldiği belirtilmektedir⁴². Buna göre sözleşmeye taraf ülkelerce *kopyalama* ile *verilere el koyma* eşdeğer olarak kabul edilmektedir. Kopyalama teriminin, teknolojinin gelişmesi karşısında hukukun uyum sağlaması amacıyla yapılan bir öneri olduğu, *arama* yerine *erişim* teriminin, *el koyma* yerine *kopyalama* teriminin kullanılmasının teknoloji odaklı terimler olarak maksadı daha doğru ifade ettiği vurgulanmaktadır⁴³.

Doktrinde kopyalamanın arama kararı kapsamında bir işlem olduğunu, ayrıca bir kopyalama kararı vermeye gerek olmadığı ifade edilmektedir⁴⁴. Bir başka görüş, kopyalamanın bir *arama* olmadığını değerlendirmektedir. Kopyalama işlemleri uygun adli bilişim donanım ve yazılımları ile yerine getirilmektedir. Kopyalama yapılırken işlemi gerçekleştiren kolluk görevlisi, verilere erişmemekte, görmemekte ve gözlemlememektedir. Arama ancak erişim ve gözleme ile başlamaktadır. Verilere tam erişimi olan ise adli bilişim donanım ve yazılımlarıdır. Görevlinin kullandığı araçların verilere erişimi, kendisi tarafından görülmediği müddetçe *arama* anlamına gelmeyecektir. Araçların yürüttüğü işlemler, görevliye atfedilemeyecektir. Diğer taraftan geleneksel el koyma mutlak anlamda sadece somut mülkler için uygun görülmesine rağmen kopyalama *el koyma* olarak değerlendirilmektedir⁴⁵.

Amerikan hukukunda kopyalama işleminin el koyma olup olmadığı hakkında çeşitli emsal kararlar mevcuttur. *United States v. Gorshkov* kararında Mahkeme, Rusya'da bulunan verilerin kopyalanmasının el koyma olmadığını, sanığın veriler üzerindeki mülkiyet hakkına müdahale edilmediğini, verilerin bozulmamış ve değiştirilmemiş olarak buldukları yerde

⁴⁰ ibid 314

⁴¹ Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi (Convention on Cybercrime) - 2001 m. 19/3-b

⁴² Explanatory Report to the Convention on Cybercrime m. 197

⁴³ ibid m. 137

⁴⁴ Servet Yetim, Ceza Muhakemesi Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2016) 468

⁴⁵ Susan W Brenner, 'Copying as a Seizure (Again)' (CYB3RCRIM3 Observations on Technology Law and Lawlessness 2009) <<http://cyb3rcrim3.blogspot.com/2009/07/copying-as-seizure-again.html>> Erişim tarihi 05 Kasım 2020

kalmaya devam ettiklerini, sanığın veya yardımcılarının verilere ulaşmaya ve kontrol etmeye devam edebildiklerini, verilerin kopyalanmasının mülkiyet hakları üzerinde kesinlikle hiçbir etkisinin olmadığını, kabul etmiştir⁴⁶.

Ancak bu karar doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır. Geleneksel el koyma, bilgisayar verilerine el koymaya nispeten daha basit ve anlaşılabilir niteliktedir. Bir polis memuru, bir şüphelinin bilgisayar ve donanımını hukuka uygun olarak alıp giderse bu işlem bir el koymadır. Bilgisayar, poliste olduğu müddetçe şüphelide bulunmamaktadır. Somut mallara el koymada, mülkiyet üzerindeki tasarruf yetkisi şüpheliden devlete geçmektedir. Benzer uygulamanın sanal dünyada da yani somut olmayan değerler için de geçerli olma ihtimali vardır. Görevliler verileri bir bilgisayar sisteminden kopyalar ve ardından kopyalanan verileri söz konusu bilgisayar sisteminden silerlerse, veri üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen şüpheliden işlemi gerçekleştiren görevliye geçecektir. Bu işlem geleneksel el koyma işlemi ile örtüşmektedir⁴⁷. Elbette verilere el koyma bu durumdan biraz daha farklıdır.

Amerikan doktrininde el koymada el değiştiren tasarruf yetkisi, hırsızlık örneği üzerinden açıklanmaktadır. Oregon'da görülen 2001 tarihli *State v. Schwartz*⁴⁸ davasında, *Randal Schwartz*, işvereni Intel Corporation'a ait bir şifre dosyasını kopyalaması nedeniyle bilgisayar hırsızlığından yargılanmıştır. Schwartz, esasen suçlamanın geçersiz olduğunu çünkü hiçbir şey *çalmadığını* savunmuş, eylemin hırsızlık suçu tanımına girmediğini ileri sürmüştür. Oregon eyalet yasalarına göre geleneksel olarak hırsızlık, *sahibini mülkiyetinden ve kullanımından mahrum bırakmak amacıyla başka birinin mülkünü almak olarak* tanımlanmaktadır. *Schwartz*, şifre dosyasını kopyalamanın, mülkiyet haklarından tamamen mahrum bırakmak amacıyla yapıldığını gösteren hiçbir kanıtın olmadığını ifade etmiştir. Şifre dosyası hala işverende olduğu için hırsızlık yapmadığını, sadece bir kopyasını aldığını iddia etmiştir. Zira şifreler halihazırda *İntel'in* elinde bulunmaya devam etmektedir. Ancak *Oregon Temyiz Mahkemesi* bu iddiayı kabul edilebilir bulmamıştır. *Intel'in* parola verilerinin gizliliğini koruma yeteneğinin *Schwartz* tarafından zayıflatıldığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre şifrelerin *ancak ne olduklarını başka hiç kimsenin bilmediği sürece* değerli olduğundan, *Intel* gerçek parola verilerine sahip olmasına rağmen *bir şeyi kaybetmiştir*⁴⁹.

⁴⁶ United States v Gorshkov, 2001 WL 1024026, 2001

⁴⁷ Susan W Brenner, 'Seizure' (CYB3RCRIM3 Observations on Technology Law and Lawlessness 2006) <<http://cyb3rcrim3.blogspot.com/2006/02/seizure.html>> Erişim Tarihi 06 Kasım 2020

⁴⁸ State v Schwartz, 173 Or App 301, 21 P3d 1128, 2001.

⁴⁹ Brenner (n 47)

Eğer Oregon Mahkemesi, *United States v. Gorshkov* davasının hükmüne göre hareket etmiş olsaydı *Schwartz*, davayı kazanabilirdi. Oregon mahkemesi, hırsızlık suçlamasını reddetmek zorunda kalacaktı çünkü işveren *verilere sahip olmayı bütünüyle kaybetmemiştir*. Mahkeme, “*hırsızlığın, birisinin mülkünü yetkisiz bir şekilde almak ve mülkiyetin de “değerli herhangi bir şey olarak tanımlandığını belirtmiştir. Delillerin, şifrelerin değerli olduğunu gösterdiğini, bunun da mülk oldukları anlamına geldiğini tespit etmiştir. Buna göre verileri kopyalamak eğer hırsızlık olarak değerlendirilebiliyorsa, o halde kopyalamak da el koyma olarak değerlendirilmelidir. Öyleyse izinsiz olarak bir kişiye ait veriler kopyalandığında, o kişi verileri üzerindeki mülkiyet hakkının bir kısmını kaybetmektedir. Bu durumda, kolluk kuvvetlerinin verileri kopyalayabilmesi için bir hâkim kararına ihtiyacı vardır*⁵⁰.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1967 tarihli *Katz* kararından itibaren arama ve el koymanın somut olmayan değerler için de mümkün olduğunu kabul etmiştir⁵¹. Nitekim arama el koymayı düzenleyen *Federal Ceza Muhakemesi Kuralları (FRCrP)* 41. maddesine⁵² 2009 yılında gerçekleştirilen değişiklik ve içtihat kararları⁵³ ışığında kopyalama, el koyma olarak kabul edilmektedir. *Dokuzuncu Bölge Mahkemesi*, görülen bir davada kopyalanan verileri *el konulan veri (seized data)* olarak tanımlamıştır⁵⁴.

Doktrinde el koyma, olay yerinin dondurulması, delillerin korunması işlevi açısından değerlendirilmektedir. Tıpkı el konulmasıyla fiziksel bir materyalin olay anındaki haliyle kalmasının sağlandığı gibi, dava süresince gelecekte kullanabilmek için verilerin elektronik kopyasının üretilmesi de verileri dondurmaktadır ve savcılığın kontrolü altındaki deliller arasına eklenmektedir. Verilere el konulmasıyla birlikte soruşturma yürüten görevliler veriler, üzerinde kontrol sağlamaktadırlar. Amerikan Anayasasınca koruma altında olan verilerin kopyalanması, Dördüncü Değişiklik kapsamında bir el koyma işlemi olarak kabul edilmelidir⁵⁵.

El koymanın belirleyici unsuru, zilyedinin rızası dışında malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin adli makamlara geçmesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Tasarruf yetkisinin adli makamlara geçmesinin doğal sonucu olarak, malvarlığının zilyedi tasarruf yetkisini kaybetmektedir. Doktrinde bir görüşe göre kopyalama neticesinde şüphelinin veriler üzerindeki tasarruf yetkisinin kaybolmadığı, bu nedenle el koyma olarak değerlendirilemeyeceği ifade

⁵⁰ Brenner (n 45)

⁵¹ *Katz v United States*, 389 US 347, 1967

⁵² Rule 41. Search and Seizure | Federal Rules of Criminal Procedure m. 41 e-2/b

⁵³ *United States v New York Telephone Co*, 434 US 159, 1977

⁵⁴ *United States v Comprehensive Drug Testing Inc*, 579 F3d 989, 2009

⁵⁵ Orin S Kerr, 'Fourth Amendment Seizures of Computer Data' (2010) 119 *The Yale Law Journal* 700, 709

⁵⁶ Ahmet Gökçen ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 462

edilmektedir⁵⁷. Kopyalama ile veriler üzerindeki tasarruf hakkının yitirilmediğini ifade edilmektedir. Kopyalama işleminden sonra asıl veriler sahibinin tasarrufunda bırakılmaktadır. Ancak, verilerin geleceğini belirleme bağlamında, kişinin verileri kiminle paylaşacağına ilişkin hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Buna göre hukukumuzda verilerin kopyalanmasının el koyma olarak değerlendirilmesi ancak, el koymanın maddi olmayan değerleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasıyla mümkündür⁵⁸.

Kanımızca verilerin kopyalanmasıyla tasarruf yetkisi kısmen kaybedilmektedir. Verilerin tasarrufu adli makamlar ile verilerin sahibi arasında paylaşılmaktadır. Varsayalım ki verilerin sahibi, kopyalanmak suretiyle adli makamların elinde de geçen verilerinden bazılarını ebediyen yeryüzünden silmek, yok etmek veya değiştirmek istemektedir. Kendi tasarrufunda bulunan verileri silebilecek, ancak tasarrufu dışında kalan verilerin bu kopyalarını silemeyecek, yok edemeyecek, değiştiremeyecektir. Bu nedenle kopyalama neticesinde veriler üzerindeki silme, değiştirme tasarrufunu kaybetmektedir. Ancak görme, okuma tasarrufunu devam ettirmektedir. Bu ise el koymanın uygulanma gerekçesi olan delillerin yok edilmesinin ve değiştirilmesinin engellenmesi amacına uygun düşmektedir.

Somut eşyalara el koymanın, soyut veriler bakımından *birebir* olarak uygulanması, verilerin adli kopyasının alınarak adli makamlara ait elektronik ortama taşınması ve beraberinde şüphelide kalan verilerin kaldırılması ile mümkündür. Böyle bir uygulamada tasarruf yetkisi tamamen adli makamlara geçeceği gibi, şüphelinin tasarrufunda hiçbir veri bırakılmamış olacaktır. Bu uygulamaya maruz kalan şüpheli, verilerini kullanamayacak, örneğin, ticari faaliyetlerine devam edemeyecek, kişisel verilerine erişemeyecek, hayatın doğal akışını devam ettiremeyecektir. Böyle bir uygulama suç oluşturmeyen veriler bakımından yersiz olacak ve temel hak ve özgürlüklere çok ağır bir müdahale ve ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Yasa koyucu, verilerin şüphelinin sistemlerinden silinerek alınıp götürülmesi yerine, vatandaş lehine olan ve yargılama açısından bu tür bir uygulamayla aynı sonuçları doğuracak ve delil niteliğindeki verilerin bozulmadan, kaybolmadan korunmasını temin edecek şekilde verilerin adli kopyasının alınması suretiyle el konulması tedbirini ikame etmiştir.

Bilgisayar verilerinde arama yapılabilmesi için verilerin kopyalanması ilk olarak yapılması gereken görevdir⁵⁹. Ceza muhakemesinde, hukuka uygun olarak elde edilen her türlü delil ispat aracı olarak kullanılabilir. Sayısal delillerde hukuka uygunluğun önemli bir unsuru

⁵⁷ Yetim (n 44) 468

⁵⁸ Değirmenci (n 1) 373

⁵⁹ Nelson, Phillips ve Steuart (n 34) 90

ise doğruluk ve güvenilirliktir⁶⁰. Verilerin delil olarak kabul edilmesi için değiştirilmediğinden, bozulmadığından, müdahale edilmediğinden emin olunması gerekmektedir⁶¹. Bilgisayar verilerinde arama ve el koymayı gerçekleştiren görevliler doğruluğun sağlanması için gereken her türlü tedbiri almak zorundadır. Aksi takdirde elde edilen verilerin delil niteliği kaybolacaktır. *Yargıtay 16. Ceza Dairesi*; sayısal delillerin suistimale müsait olan verilerden oluştuğunu, kanun ile sınırları belirlenmiş teknik gerekliliklere uygun olarak toplanması ve yargılama makamlarına eksiksiz, bozulmamış halde sunulması gerektiğini, kabul etmektedir. Sayısal delillere harici müdahalenin teknik olarak mümkün olması, çoğu zaman kim tarafından hangi tarihte müdahale yapıldığının da belirlenememesi karşısında, güvenli bir şekilde el konulup incelenebilmesi için, kural olarak mahallinde adli kopya alındıktan sonra orijinal medyanın şüpheliye bırakılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla beraber bu şartın soruşturma yapan kolluk personelinin teknik yetersizliği, ekipman yokluğu, ortamın incelemeye elverişli olmaması gibi nedenlerle yerine getirilemediğini de ifade etmektedir⁶². Verilerde güvenilirlik ve doğruluğu sağlamanın en kolay yolu adli kopya alınması, kopyanın bir suretinin şüpheliye verilmesi ve kopyanın yargılama sonuna kadar saklanmasıdır. Asıl olan adli kopya almak ve adli kopya üzerinde çalışmaktır. Ancak anılan kararda dile getirildiği gibi bu her zaman mümkün olmamaktadır. Adli kopya almak tedbiri amaç değil, verilerin bütünlüğünün, doğruluğunun ve güvenilirliğinin sağlanması için araçtır. Mahallinde adli kopya alınamadığı durumlarda, bu amaca ulaşmak için uygulanması gereken usul yine kararda anlatılmıştır⁶³.

Kopyalama tedbirinde uygulanan işlem, bilgisayarlarda kullanılan yaygın kopyalama işleminden farklıdır. Bu farklılığı vurgulamak için terminolojide çeşitli terimler

⁶⁰ Nigel Jones and others, 'Electronic Evidence Guide a Basic Guide for Police Officers, Prosecutors and Judges' (2014) 13

⁶¹ Aida Ashouri, Caleb Bowers ve Cherrie Warden, 'An Overview Of The Use Of Digital Evidence In International Criminal Courts' (International Human Rights Law Clinic Samuelson Law Technology & Public Policy Clinic at the University of California Berkeley School of Law 2013) 4 <https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/Scholarly_articles_Salzburg_2013.pdf> Erişim Tarihi 12 Mart 2019

⁶² Yar. 16 CD, E. 2015/2056, K. 2017/5023, 21.09.2017

⁶³ Buna göre aramayı yapan kolluk birimince sayısal delillere müdahaleyi önleyecek şekilde, veri barındıran ilgili donanımın seri numaraları tutanağa yazılmak suretiyle usulüne uygun olarak el konulup mühürlenmeli, şüpheli veya müdafinin istemesi halinde nezaret etme ve denetleme imkanı sağlanarak inceleme mahalline kadar eşlik etmesi sağlanmalı ve bu yerde şüpheli veya müdafinin hazır bulunmasına imkan verildikten sonra mümkün olan en kısa süre içinde mühür açılıp, veri saklanan medyanın derhal adli kopyasının alınarak ilgisine de bir kopya verilmeli ve orijinal medya şüpheli veya müdafine teslim edilmeli, yine sanık veya müdafinin mühür açma işlemi sırasında hazır bulunmasının mümkün olmadığı hallerde, mühür açma işleminin arama ve el koyma kararını veren hakim huzurunda açılarak adli kopya alma işleminin bu sırada yapılması yoluna gidilmesi gerektiği izah edilmektedir. Bu yolla elde edilmeyen delillerin de hukuka uygunluğu tartışılır hale geleceği ve yargılama makamınca hükme esas alınmasının mümkün olamayacağı vurgulanmaktadır. : Yar. 16 CD, E. 2015/2056, K. 2017/5023, 21.09.2017. Adli kopya ve veri bütünlük değeri alınmadan yapılan işlemin geçersiz olduğu hakkında bkz. Yar. 8 CD, E. 2012/21817, K. 2013/25428, 24.10.2013

kullanılmaktadır. *Ayna görüntü çıkarma*⁶⁴, *imaj alma (Forensic Image)*⁶⁵, *adli kopya alma*⁶⁶, *birebir kopyalama (bit to bit copy)*⁶⁷ bunlardan bazılarıdır. Biz çalışmamızda maksadı daha doğru ifade ettiğini düşündüğümüz *adli kopya* terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Bilgisayarlarda yapılan her işlem bir iz bırakır⁶⁸. Bu prensip adli bilişim incelemeleri açısından, suç teşkil eden fiilleri ortaya çıkarmak için bu izlerin bulunması, takip edilmesi ve işlemlerin ortaya konulması hedefini göstermektedir. Ancak adli bilişim incelemeleri kapsamında bilgisayarlarda yapılacak işlemler de çeşitli izler bırakmaktadır. Diğer bir ifade ile bilgisayar verilerinde yapılacak aramalar, o verilerde kimin, ne zaman yaptığı belli olmayacak şekilde değişikliğe neden olacaktır. Adli bilişim uzmanı suça ilişkin bir veri elde etse bile, üzerinde değişiklik meydana gelmiş verilerin, doğruluğu ve güvenilirliği hakkında şüpheler ortaya çıkacaktır. Bu sorunun çözümü; adli kopya alınarak, orijinal verileri dondurmak ve doğruluğunu, bütünlüğünü, güvenilirliğini sağladıktan sonra, kopya veriler üzerinde arama ve analiz işlemleri yapmaktır⁶⁹.

Bilgisayar verilerinde en küçük bilgi birimi, BIT (Binary Digit) olarak ifade edilmektedir⁷⁰. *Adli kopya alınması*, veri barındıran medya üzerinde bulunan tüm fiziksel sektörlerin manyetik veya optik değerlerinin *bit* düzeyinde birebir olarak yeni bir medya üzerinde yeniden üretilmesi, sıkıştırılarak dosya biçiminde saklanması ve bazı doğrulama mekanizmalarıyla üretilen verilerin tam bir kesinlikle aslının bir kopyası olduğunun belirlenmesidir⁷¹. Adli kopyada, veri depolama ünitesinde kayıtlı dosyalara ek olarak, dosya

⁶⁴ Mehmet Bedii Kaya, 'Hukuki Açından Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim' içinde Şeref Sağıroğlu ve Mustafa Şenol (ed), Siber Güvenlik ve Savunma Problemler ve Çözümler (1. Baskı, Grafiker Yayınları 2019) 260

⁶⁵ Ünal (n 23) 109; Murat Kızılyar, 'Ceza Yargılamasında Dijital Verilerin Delil Değeri' (2014) 50 Adalet Dergisi 72, 83; Robert C Newman, Computer Forensics Evidence Collection and Management, c 1 (Auerbach Publications 2007) 125; Leyla Keser Berber, Adli Bilişim (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2004) 47

⁶⁶ Çelik (n 13) 109

⁶⁷ Ahmet Serhat Şirikçi ve Nergis Cantürk, 'Adli Bilişim İncelemelerinde Birebir Kopya Alınmasının (İmaj Almak) Önemi' (2012) 5 Bilişim Teknolojileri Dergisi 29, 30; Değirmenci (n 1) 245-246

⁶⁸ Yusuf Başlar, Ceza Yargılamasında Elektronik Delil (Yetkin Yayınları 2016) 197

⁶⁹ Değirmenci (n 1) 244-245

⁷⁰ Nurettin Topaloğlu, 'Bilgisayar Mimarisi' içinde Hüseyin Çakır ve Mehmet Serkan Kılıç (ed), Adli Bilişim ve Elektronik Deliller (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2014) 65

⁷¹ Madihah Saudi, 'An Overview of Disk Imaging Tool in Computer Forensics' (Information Security Reading Room, 2001) 3 <<https://www.sans.org/reading-room/whitepapers/incident/overview-disk-imaging-tool-computer-forensics-643>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020; Hüseyin Kişeci, 'Bilgisayar Medyalarına İlk Müdahale' içinde Hüseyin Çakır ve Mehmet Serkan Kılıç (ed), Adli Bilişim ve Elektronik Deliller (Seçkin Yayınları 2014) 172

sistemine ilişkin veriler⁷², işletim sistemi tarafından kullanılmayan alanlar⁷³, silinmiş dosyalar da yer alır⁷⁴. Yedekleme ve standart disk kopyalama işlemlerinde işletim sistemi tarafından kullanılmayan alanlar ile dosya sistemine ilişkin alanlar ve silinmiş veriler kopyalanamamaktadırlar⁷⁵.

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbirinin tüm süreçleri şeffaf ve tekrar edilebilir olmalıdır⁷⁶. Bu ilke kopyalama tedbiri için de geçerlidir. Kopyalama tedbirinde, adli kopyanın alınması ve devamındaki süreçler açık ve anlaşılır bir şekilde belirtilmeli ve kayda alınmalıdır. Kullanılan yazılım ve donanımların tedbiri yerine getirmek için uygun olduğu belirtilmelidir. Amerika Birleşik Devletleri federal standart enstitüsü olan *Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü (NIST)* adli kopyalama cihazlarında olması gereken özelliklerinden bazılarını şu şekilde belirlemiştir. “1) Araç, kendisi tarafından görülebilen her erişim arayüzü kullanan dijital kaynaktan veri elde edebilmelidir. 2) Araç, dijital bir kaynağın klonunu veya adli kopyasını oluşturabilmeli veya kullanıcıya bir dijital kaynağın klonunu veya adli kopyasını seçip daha sonra oluşturma yeteneği sağlayabilmelidir. 3) Araç, en az bir yürütme ortamında çalışabilmeli ve her yürütme ortamında dijital kaynaklardan veri elde edebilmelidir. 4) Araç, tüm görünür veri sektörlerini dijital kaynaktan tamamen alabilmelidir. 5) Araç, tüm gizli veri sektörlerini dijital kaynaktan tamamen alabilmelidir. 6) Araçla dijital kaynaktan elde edilen tüm veri sektörlerini doğru bir şekilde elde edilebilmelidir. 7) Dijital bir kaynaktan okunan çözülmemiş hatalar varsa, araç kullanıcıya hata türünü ve hata yerini bildirmelidir. 8) Dijital bir kaynaktan okunan çözülmemiş hatalar varsa, o zaman araç, erişilemez veriler yerine hedef nesnede zararsız bir dolgu kullanacaktır. 9) Adli kopya dosyasının oluşturulmasından sonra

⁷² Bir dosya sistemi, bir işletim sisteminin diskteki verilere erişimi için bir yol haritasıdır. İşletim sisteminin kullandığı dosya sistemi, verilerin diskte nasıl depolanacağını organize etmektedir. Adli bilişim uzmanlarınca şüphelinin sistemindeki verilerin değiştirilmediğinden emin olmak için, CMOS, BIOS, Extensible Firmware Interface(EFI) ve Unified Extensible Firmware Interface (UEFI) ayarlarına nasıl erişileceği bilinmelidir. Sistem BIOS’u veya EFI, donanım düzeyinde giriş ve çıkış gerçekleştiren programlar içerir. BIOS, x86 bilgisayarlar için tasarlanmıştır ve genellikle Master Boot Record (MBR) sahip disk sürücülerinde kullanılır. EFI, x64 bilgisayarlar için tasarlanmıştır ve GUID Partition Table (GPT) formatlı diskleri kullanır. Nelson, Phillips ve Steuart (n 34) 184

⁷³ Dosya sistemleri verileri organize etmek için kümeler (İng.: Cluster) kullanılmaktadırlar. Örneğin NTFS dosya sisteminde her küme 8 sektörden oluşmaktadır ve 4096 byte veri içermektedir. Dosyalar diske kaydedilirken kümenin tamamını doldurmazsa, kalan boşluk kısım işletim sistemi tarafından kullanılmamaktadır. Örneğin 1 byte büyüklüğünde bir dosya NTFS dosya sistemine kaydedildiğinde geriye kalan 4096 byte’lık yer işgal etmektedir ve geriye kalan boş alanlar çoğu işletim sistemi tarafından kullanılmamaktadır. Bu boş alanlarda önceki dosyalara ilişkin veri artıkları kalabilmektedir. İşte bu kullanılmayan alanlar dosya artığı (İng.: file slack) olarak adlandırılmaktadır. Arnes (n 34) 161; Disk üzerinde yeni veri yazılabilecek alanlara ayrılmamış alan (İng.: Unallocated Space) denilmektedir. Bir dosya silindiğinde disk üzerinde işgal etmiş olduğu yer ayrılmamış alan olarak belirlenir. Ayrılmamış alanlar üzerinden silinmiş dosyalar tekrar kurtarılabilir. Eoghan Casey (ed), Handbook Of Digital Forensics And Investigation (2010) 37

⁷⁴ Kışeci (n 71) 172

⁷⁵ Saudi (n 71) 3

⁷⁶ Değirmenci (n 1) 164

görüntü dosyasının (Image file) değişip değişmediğini tespit ederek bir görüntü dosyasının bütünlüğünü kontrol etmelidir. 10) Korumasız orijinal kaynaktan hiçbir değişiklik yapmadan veri elde etmelidir”⁷⁷.

Veri depolama ünitelerinin fiziksel veya mantıksal olarak adli kopyaları alınabilmektedir. Adli kopya kural olarak orijinal disk üzerinde hiçbir değişiklik yapılmadan fiziksel düzeyde alınmalıdır. Birebir kopya olduğundan dolayı, orijinal diskin kriptolu olması durumunda adli kopya da kriptolu olacaktır. Bu durumda arzu edilen verilere erişilemeyecektir. Bu gibi durumlarda öncelikle kriptolanmış diskin şifresi çözülerek okunur hale getirilmesi ve bu halinin canlı olarak adli kopyasının alınması gerekecektir. Mantıksal adli kopya, bir depolama aygıtının veya bölümünün (Partition) işletim sistemi tarafından görüldüğü şekilde kopyasının alınmasıdır. Eğer bölüm kriptosu açılmış ise, mantıksal adli kopyada yer alan verilerin de kriptosu açılmış demektir. Bununla birlikte, mantıksal bir disk görüntüsü, silinen verileri geri yüklemek konusunda başarılı sonuçlar vermeyebilir, bu nedenle, fiziksel adli kopya almak mümkün olduğu sürece mantıksal adli kopya alınmamalıdır⁷⁸.

CMK'nın 134. maddesinde kopyalama tedbiri ile ilgili çeşitli terimlere yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında “... bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, ...” hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verileceği ifade edilmektedir. 2. fıkrada diğer koşullarla birlikte “... gerekli kopyaların alınabilmesi için, ...” ilgili araç ve gereçlere el konulabileceği, “...gerekli kopyaları alınması halinde ...” el konulan cihazların iade edileceği ifade edilmektedir. 3. fıkrada el koyma işlemi sırasında “... sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.” ifadesi yer almaktadır. 4. fıkrada “Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline ...” verileceği ifade edilmektedir. 5. fıkrada “Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir ...” denilmektedir.

Maddede geçen kopyalama ve yedekleme terimlerinin ifade ettiği anlam üzerinde doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Görüş ayrılığının temel sebebi *kopyalama* ve *yedekleme* terimleri hakkında kanunda bir tanımlama bulunmamasıdır⁷⁹. Diğer bir sebep ise kanunun hazırlandığı dönem ile arada geçen süre zarfında, bilgi teknolojilerinde ve adli bilişim bilim dalında meydana gelen gelişim ve değişimdir.

⁷⁷ National Institute of Standards and Technology, Digital Data Acquisition Tool Specification (NIST 2004) 8

⁷⁸ Kävrestad (n 34) 71

⁷⁹ Çelik (n 13) 103

Bir görüşe göre *yedekleme* terimi, birebir kopyalama işlemi değildir. Kopyalamadan farklı olarak bir terim kullanılmış ise başka bir işlem kastedilmiş olmalıdır. Yedekleme işleminde silinmiş veriler yer almamaktadır. Burada amaç sistemin malikinin veya kullanıcısının sistemde yer alan verileri kullanabilmesini sağlamaktır⁸⁰. Diğer bir görüşe göre, sistemdeki tüm verilerin yedeklenmesi şeklinde yapılan düzenleme aslında adli kopya alma işlemidir. Maddede geçen kopyalama ve yedekleme terimleri ile kastedilen adli kopya alma işlemidir⁸¹.

Kanımızca sistemdeki tüm verilerin yedeklenmesi, adli kopya alma işlemi ile yerine getirilmektedir. Kopyalama ve yedekleme şeklinde farklı terimlerin kullanılması neticesinde hukuki ve adli bilişim tekniğine ilişkin birbirini destekleyen anlamlardan bahsetmek mümkündür. 1. 2. ve 5. fıkra da geçen *kopyalama* ifadesi hukuki bir terim olarak, *arama, el koyma, tutuklama* gibi bir koruma tedbiri olan ve *verilere el koymayı* ifade eden *kopyalama tedbiri* anlamındadır. 1. fıkra da verilere el koyma kararının şartları, karar verecek makam, 2. fıkra da verilere el koyma tedbiri ile cihazlara el koyma tedbiri arasındaki amaç-sonuç ilişkisi, 5. fıkra da cihazlara el koymaksızın verilere el konulabileceği hususları düzenlenmiştir. *Yedekleme* ifadesi ise adli bilişime ait teknik bir terim olan *adli kopya alınması* anlamındadır⁸². 3. fıkraya göre kopyalama tedbiri, adli kopya alınmak (yedekleme) suretiyle yerine getirilmektedir. Yedekleme ifadesi hukuki değil, teknik bir terimdir ve bizatihi yapılan adli kopya alınması işlemini tarif etmektedir.

Bilgi teknolojilerinde *yedekleme (backup)* veya *veri yedekleme (data backup)*, olası bir veri kaybı olayından sonra geri yüklenerek kullanılabilmesi için orijinal bilgisayar verilerinin başka bir yerde kopyasının alınması ve saklanmasıdır⁸³. Yedeklemeler, verilerin silinmesi veya bozulması nedeniyle kaybolan verileri kurtarmak veya zaman içerisinde sürekli olarak güncellenen verilerin daha önceki belirli bir zamanına döndürmek için kullanılabilir. Yedeklemeler, belirli bir zamanda alınan verilerin anlık görüntü kopyalarıdır ve küresel olarak yaygın dosya biçimlerinde depolanır. Birden çok yedekleme seviyesi oluşturulabilir⁸⁴. Veri

⁸⁰ Değirmenci (n 1) 374; Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (Seçkin Yayınları 2007) 609; Tanrikulu (n 11) 379; Çelik (n 13) 103

⁸¹ Ünal (n 23) 119; Ümit Bostancı ve Recep Benzer, 'Search , Copy and Seizure On The Computers In The Turkish Legal System. Türk Hukuk Sisteminde Bilgisayarlarda Arama, Kopyalama ve El Koyma' (2015) 12 International Journal of Human Sciences 1211; Muharrem Özen ve Gürkan Özocak, 'Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)' (2015) 1 Ankara Barosu Dergisi 43, 67, 68

⁸² Yar. 16 CD, E. 2015/4672, K. 2016/2330, 24.04.2016

⁸³ 'American Heritage Dictionary Entry: Backup' (The American Heritage Dictionary of the English Language, 2020) <<https://www.ahdictionary.com/word/search.html?q=backup>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2020

⁸⁴ Steven Nelson, Pro Data Backup and Recovery (Springer US 2011) 2 vd

tabanları içinden seçilen kayıtlar, veri tabanlarının tamamı, tüm belgeler, işletim sistemi seviyesi şeklinde amaca yönelik yedekleme işlemleri yapılmaktadır. Yedekleme yapılırken sıkıştırma (compression), kriptolama (encryption), tekrarlanan verilerin elenerek kopyalanması (de-duplication) gibi teknolojiler kullanılmaktadır⁸⁵.

Yedekleme işleminde tüm verilerin yedeği alınsa bile bu yedek dosyalarda, silinmiş verilerin ve işletim sistemi tarafından görülmeyen verilerin kopyası yer almamaktadır⁸⁶. Bu nedenle bilgi teknolojilerinde yürütülen yedekleme işlemi ile adli bilişimde yerine getirilen yedekleme birbirinden farklıdır. Bu farklılığı ifade etmek için *adli kopya alma* veya *adli yedekleme (Forensic Backup)*⁸⁷ terimleri tercih edilmelidir. *Yargıtay 16. Ceza Dairesi* kararlarında yedekleme ifadesini “*imaj-adli kopya*” olarak tanımlamaktadır⁸⁸.

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbiri uygulanırken ayrı ayrı kopyalama ve yedekleme işlemleri yapılmamaktadır. Sadece adli kopya alınmaktadır. Kopyalama benzeri başkaca bir işlemin yapılmasına gerek de yoktur. Şüpheliye de bu adli kopyadan bir nüsha verilmektedir. Sistemden alınan adli kopya aynı zamanda sistemdeki tüm verilerin yedeğini de kapsamaktadır.

C. BİLGİSAYARLARA, BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİNE, ARAÇ GEREÇLERE EL KOYMA

CMK'nın 134. maddesinde yer alan düzenleme el koyma tedbirinin özel düzenlenmiş şeklidir⁸⁹. Bilgisayarlara el koymayı, bir suç soruşturmasında, yetkili merciin kararı ve gerekli şartların objektif olarak varlığının kabulü halinde, adli bilişim uzmanlarınca, soruşturmalarda ilgili sayısal delil elde etmeye matuf adli kopya alınmasını ve verilere el konulmasını veya münhasıran bilişim alanında suçlardan birini işlemek amacıyla tasarlanmış veya uyarlanmış cihazların müsaderesini sağlamak amacıyla, sayısal verilere her türlü fiziksel ve elektromanyetik müdahaleyi önleyecek şekilde, üzerinde bilgisayar verilerinin kayıtlı olduğu fiziksel ortamın, paketlenmesi, mühürlenmesi, delil zinciri oluşturulması, geçici olarak

⁸⁵ ibid 48, 64, 233

⁸⁶ Değirmenci (n 1) 374

⁸⁷ Sean Goldstein, 'Two Key Differences Between Digital Forensic Imaging And Digital Forensic Clone And How They Can Affect Your Legal Case' (Digital Forensics, 2019) <<https://capsicumgroup.com/2-key-differences-between-digital-forensic-imaging-and-digital-forensic-clone-and-how-they-can-affect-your-legal-case/#:~:text=Broadly speaking%2C forensic backups are,data is an unaltered state.>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2020

⁸⁸ Yar. 16 CD, E. 2015/2056, K. 2017/5023, 21.09.2017; Yar. 16. CD, E. 2015/4672, K. 2016/2330, 24.04.2016

⁸⁹ Değirmenci (n 1) 312

mahallinden alınması, adli bilişim işlemlerinin yapılacağı ortama götürülmesi faaliyetler olarak tanımlayabiliriz.

El koyma, işlenmiş suç üzerindeki maddi gerçeği ortaya çıkarmak için yürütülen yargılamada gerekli delilleri elde etmek veya yargılama sonunda müsadere edilmesi gereken eşya veya kazancı emniyet altına almak üzere gerçekleştirilen ceza muhakemesi işlemidir⁹⁰. El koymada genel olarak amaç yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesini temin etmek üzere delilleri elde etmek ve yargılama sonuna kadar geçici olarak muhafaza etmektir⁹¹. Bilgisayarlara el koyma tedbiri, genel el koyma tedbirinden çeşitli farklılıklar göstermektedir.

*Bilgisayar verilerinde arama ikincillik ilkesi gereği, başka surette delil elde edilememesi halinde ikinci basamakta başvurulabilecek bir tedbirdir*⁹². *Bilgisayarlara el koyma tedbiri ise bilgisayar verilerinde aramaya olanak sağlamak üzere, adli kopya alınmadığı yani bilgisayar verilerine el konulmadığı hallerde, üçüncü basamakta başvurabilmek üzere düzenlenmiş bir tedbirdir.*

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbirlerinde asıl olan mahallinde kopyalama tedbirinin yerine getirilmesidir. Adli kopya alınması işleminin süresi, adli bilişim uzmanınca kontrol edilemeyecek birçok faktöre bağlı olarak değişmektedir. Bu faktörler, diskteki biçimlendirme türü, diskin dönme hızı, veri yoğunluğu, veri hacmi, sürücü arabirimi, sürücü yapısı, diskin sağlıklı olup olmaması, adli kopyası alınması gereken materyal sayısı ile kullanılan yazılım ve donanım gibi hususlardır. Genel uygulama, adli kopyalamaya özel olarak üretilmiş bir cihaz kullanılması ve her şeyin sağlıklı çalışması durumunda, adli kopyayı oluşturmak için dakikada 4-5 GB verinin işleme alınması şeklinde olmaktadır. Diğer bir ifade ile 320 GB'lık bir sabit diskin adli kopyasının alınması yaklaşık 70-80 dakika süreceği anlamına gelmektedir. 1 terabyte sabit diskin adli kopyasının alınması yaklaşık 3,5 ila 4,5 saat sürecektir. Bunlar sadece adli kopya alınması için gereken zamanlardır. Adli kopya alınması sürecinin hemen ardından, toplanan sayısal delillerin bütünlüğünü sağlamak için bir doğrulama işlemi gerçekleştirilmelidir. Bu işlem de kabaca adli kopya alınması aşaması kadar uzun sürmektedir ve peşi sırasında gerçekleştirilmesi gerekir⁹³.

⁹⁰ Gökçen and others (n 56) 461

⁹¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı, Beta Yayınları 2006) 344

⁹² Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 426; Başlar (n 68) 164

⁹³ 'How Long Does A Forensic Exam Take?' (Computer Evidence Recovery, 2020) 1 <<https://www.computerpi.com/resources/how-long-does-a-forensic-exam-take/>> Erişim Tarihi 27 Kasım 2020

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbirinde kural mahallinde adli kopya alınmasıdır ancak bu her zaman mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda veri barındıran cihazların belli bir yere nakledilerek adli kopyasının alınması mümkündür⁹⁴. Bu işlem, adli bilişim uzmanlarınca, uygun şartlarda, veri bütünlüğü, doğruluğu ve güvenilirliği hakkında şüphe oluşmasına imkân vermeyecek şekilde laboratuvara götürülerek yerine getirilmelidir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde çeşitli bölge ve temyiz mahkemeleri, bilgisayarlardan mahallinde sayısal delil elde edilmesinin çok uzun zaman alacağını belirtmektedir. Mahkemelere göre bilgisayarlarda arama ve el koymayı yürütmek için bu kadar zaman ayırmak, yalnızca polis kaynaklarına önemli ve haksız bir yük yüklemekle kalmayacak, aynı zamanda aramayı, temel haklara daha müdahaleci hale getirecektir. Arama ve el koyma sürerken şüphelinin binasında polisin bulunması gerekecektir ve bu durum şüphelinin evine veya işine erişimini zorunlu olarak engelleyecektir. Arama saatler veya günler sürerse, temel haklara müdahale tüm bu süre boyunca devam edecektir Mahkemelere göre, dördüncü değişikliğin, polis aramalarını olabildiğince kısa ve müdahaleci olmayan bir hale getirmeyi hedefleyen değerlerinden ödün vermek anlamına gelecektir⁹⁵.

Nitekim arama ve el koymayı düzenleyen kurallarda 2009 yılında yapılan değişiklikle bilgisayarlara el konularak mahalli dışında (off-site) bilgisayar verilerinin adli kopyasının alınması olanaklı hale getirilmiştir. Bilgisayarlar ve diğer elektronik depolama ortamları çok yoğun ve büyük miktarda bilgiler içermektedir. Arama emrini yerine getiren görevlinin aranılan yerde ve arama kararının yürütülmesi sırasında tüm bilgileri gözden geçirmesi genellikle pratik görülmemektedir. Bu değişiklikle, iki adımlı bir metoda ihtiyaç olduğu tespit edilmektedir. Bu hüküm, geleneksel arama ve el koyma sürecinin tersine, ESI için *önce el koyma, sonra arama* şeklindeki iki adımlı kuralı düzenlemektedir. Görevliler önce tüm depolama ortamına el koyacak veya kopyalayacaktır. Daha sonra elektronik ortamda depolanan bilgilerin arama emri kapsamında olup olmadığını belirlemek için inceleyecektir. Madde metninden, önce bilgisayarlara el konulabileceği sonra mahalli dışına adli kopya alınabileceği açıkça anlaşılmaktadır⁹⁶.

CMK'nın 134/2. maddesine göre bilgisayarlara el koyma tedbirine, üç durumdan birinin varlığı halinde başvurulabilmektedir. Buna göre, bilişim sistemlerinde şifre bulunması ve şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi halinde şifresi bulunan cihazlar hakkında el

⁹⁴ Değirmenci (n 1) 366

⁹⁵ United States v Hill, 322 F Supp 2d 1081, 2004; United States v Hill, 459 F 3d 966, 2006 1; United States v Gray, 78 F Supp 2d 524 (ED Va), 1999

⁹⁶ Rule 41: Search and Seizure m. 41-e-2-B

koyma tedbiri uygulanabilecektir. Bir diğer durum olarak, gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde ilgili aygıtlara el koyma yapılabilecektir. Son olarak işlemin uzun sürecek olması halinde bilgisayar verilerinde aramaya tabi tüm araç ve gereçlere el konulabilecektir⁹⁷.

Bilgisayarlara, bilgisayar kütüklerine, araç ve gereçlere el koyma tedbirinde, malvarlığı değerlerinden ziyade içerdikleri verilerin kıymeti daha önemlidir. Bu cihazlara çok pahalı oldukları için değil, içlerinde barındırdıkları veriler nedeniyle el konulmaktadır. Kanun koyucu, kişisel verilerin korunması hakkına müdahale edilmesini yoğun bir ihlal olarak değerlendirerek, bilgisayarlarda arama ve el koyma tedbirini daha ağır şartlara bağlamak istemiştir⁹⁸.

CMK'nın 134. maddesinde bilgisayarlara ve verilere el koyma tedbirinde somut ve soyut olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bilgisayarlara el koyma tedbiri sadece cihazlar yani veri barındıran fiziksel ortamlar bakımından düzenlenmiştir Veriler ile verilere erişmek için kullanılan programlar bakımından kopyalama tedbiri ayrıca düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında el koymaya tabi unsurlar sayılırken, yasa koyucu tarafında veri barındıran fiziksel ortamlar olarak kabul edilen somut araç ve gereçler zikredilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında bu araç ve gereçlerin neler olduğuna ilişkin açıklık getirilmiş ve el konulanlar olarak bilgisayarlar ile bilgisayar kütükleri zikredilmiş ancak soyut verilerden teşekkül etmiş olan bilgisayar programları açıkça kapsam dışında bırakılmıştır. Somut cihaz, araç ve gereçlere el koyma, soyut verilere el koymayı yani adli kopya almayı yerine getirmeye yönelik bir tedbir olarak düzenlenmiştir.

Bilgisayarlara, bilgisayar kütüklerine, araç ve gereçlere el koymada genel el koymaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bununla beraber bilişim sistemlerine özgü hususlar öncelikle dikkate alınmalıdır⁹⁹. Örneğin genel el koymada, önce mahalde veya kişi üzerinde arama yapılmakta, arama sonucunda elde edilen delil niteliği taşıyan eşyaya el konulmaktadır. Ancak bilgisayarlar ve verileri bakımından önce verilere el koyma, kanuna belirtilen koşullar çerçevesinde mahallinde verilere el koymanın mümkün olmaması halinde, bilgisayarlara, bilgisayar kütüklerine, araç ve gereçlere el koyma, sonra veriler üzerinde arama ve analiz yapma şeklinde sıralanarak uygulanmaktadır. Bilgisayar ve verilere el koyma, verilerde aramadan önce yapılan bir uygulamadır.

⁹⁷ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134/2

⁹⁸ Değirmenci (n 1) 367

⁹⁹ ibid 370

Maddenin ikinci fıkrasına göre şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli adli kopyaların alınması halinde el konulan cihazlar, araç ve gereçler derhal ilgisine iade edilmelidir¹⁰⁰. Zira adli kopya alınmak suretiyle verile el koyma gerçekleşmiştir. Bundan sonraki adli bilişim çalışmaları adli kopya üzerinden yapılacaktır. Her türlü veri kurtarma, silinen verileri geri getirme, arama ve analiz çalışmaları için adli kopya yeterlidir. Bu işlemler çok uzun zaman alabilmektedir. Adli kopya alınması ile verilerin bütünlüğü, doğruluğu ve güvenilirliği de sağlanmaktadır. Şüpheli şahsın özel hayatına, örneğin ticari faaliyetlerine daha fazla müdahale edilmemesi için bilgisayarların, bilgisayar kütüklerinin, araç ve gereçlerin adli kopyasının alınmasını müteakip, derhal iade edilmesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁰¹.

SONUÇ

Ceza muhakemesinin amacı, hukuka uygun delillerle maddi gerçeğe ulaşıp adaletli bir karar vermektir. Maddi gerçek, ceza muhakemesinde uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin deliller vasıtasıyla ortaya konmuş halini ifade etmektedir. Hukuka uygun delil elde etmek, maddi gerçeğe ulaşmak ve muhakemenin yapılmasını mümkün kılmak için, ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip makamlar, koruma tedbirlerine başvurumaktadırlar. Bu koruma tedbirlerinden bir tanesi de bilgisayar verilerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbiridir.

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbirinin ne olduğu, hukuki niteliği, kapsamı ve etkileri incelenmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında, bilgisayar kütüklerinde arama ve el koyma, CMK'nın 134. maddesiyle düzenlenen, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, geçici olarak, hükümden önce temel insan haklarına oranlılık içerisinde müdahale eden, yetkili merciin kararıyla veya emriyle uygulanabilen bir koruma tedbiridir. Bilgisayar verilerinde arama, kopyalama ve el koymanın; yasal dayanağının olması, belirli şüphe yoğunluğunun olması, hükümden önce bir hakkı sınırlaması, geçici olması, gecikmesinde tehlike olması, oranlılık içinde uygulanma zorunluluğunun bulunması, bir karara dayanması gibi koruma tedbirlerinin genel özelliklerini taşımaktadır.

Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbiri CMK'nın 134. maddesinde düzenlenmiştir. Bilgisayar verilerinde arama ve el koyma tedbiri, genel arama ve el koyma tedbirinin özel düzenlenmiş şeklidir. Bilgisayar verilerinde arama yönü itibariyle arama tedbirinin, bilgisayar verilerini kopyalama ve bilişim sistemlerine el koyma yönü itibariyle el

¹⁰⁰ CMK m. 134/2

¹⁰¹ Değirmenci (n 1) 373; Bahri Öztürk and others, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 526; Gökçen and others (n 56) 480

koyma tedbirinin özel nitelikli halidir. Bu nedenle, maddede düzenlenmeyen hususlarda genel arama ve el koyma hükümleri uygulanacaktır.

Mukayeseli hukukta ve ceza muhakemesi hukukumuzda bilgisayar verilerinde arama ve el koyma konusunda yapılan düzenlemeler ve kullanılan terminoloji karşılaştırılarak, terimlerin klasik anlamları yanı sıra ifade edilen yeni manalar belirtilerek tasnif edilmiştir. Ceza muhakemesi hukukumuzda yer verilen tedbirler kategorik olarak ele alınarak karşılaştırılmıştır. Buna göre;

Arama, erişim, inceleme terimlerinin birbirinin yerine geçecek şekilde anlamlandırılmakta ve *arama* terimi altında gruplandırılmaktadır. Arama teriminin, basit bir şekilde bilgisayarda anahtar kelime aramasından çok daha geniş bir anlamı bulunmaktadır ve bir süreci tanımlamaktadır. Bu süreç bilgisayar verilerinde arama, tüm adli bilişim süreçleri ve raporlamayı da içine almaktadır.

Kopyalama, yedekleme, verilere el koyma terimlerinin aynı anlamı ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Kopyalama tedbiri bir çeşit verilere el koymadır. Arama tedbirinde olduğu gibi kopyalama da tek bir işlemi değil bir süreci tanımlamaktadır. Bu süreç, verileri el koyma anı itibariyle dondurma, veri bütünlüğünü ve güvenilirliğini sağlama, verilere ilişkin delil zincirini oluşturma ve koruma, ilk elde edildiği andan yargılamanın sonuna kadar geçen sürede el konulan verilerin değişmeden, bozulmadan, silinmeden, kaybolmadan kalmasını sağlama, verilerde soruşturmaya ilişkin arama, analiz, raporlama yapılmasına olanak sağlamak üzere, mahkemelerce verinin aslı olarak kabul edilecek şekilde, adli bilişime özel biçimde verileri kopyalama, veri bütünlüğü (özet) değeri hesaplama, veri bütünlüğünü doğrulama faaliyetlerini içermektedir.

CMK'da yer verilmeyen ve fakat *Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinde* yer alan tedbirler de bulunmaktadır. *Verilerin tutulması (saklanması)* tedbirine, *5651 Sayılı Kanunda* yer verilmiştir. CMK'da yer verilmeyen tedbirlerden, *verileri erişilmez kılma ve verileri kaldırma* tedbirlerine ceza muhakemesi hukukumuzda da ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmektedir. Verilerin erişilemez hale getirilmesi, verilerin kriptolanmasını veya herhangi birinin bu verilere erişiminin teknolojik olarak engellenmesini ifade etmektedir. Veriler buldukları ortamda varlığını sürdürmeye devam etmekte ancak adli yetkililer dışında hiç kimse tarafından erişilememektedir. Verileri kaldırma ifadesi ise buldukları yerden başka

bir yere nakledilmesini örneğin adli kopya alınması suretiyle adli makamların elektronik ortamlarına aktarılmasını ifade etmektedir¹⁰².

CMK’da yer verilmeyen bir diğer tedbir ise *çevrimiçi arama veya uzaktan arama*, yürütülmekte olan bir yargılamada, yetkili merciin kararı ile soruşturma makamlarının, bu amaç için üretilmiş yazılımlar marifetiyle, internet kullanımı sırasında, şüphelinin bilgisayar veya internete bağlı cihazlarının sabit diskine ve verilerine gizlice ve sahibinin veya kullanıcısının izni olmadan erişerek sayısal delil elde etme faaliyetidir¹⁰³. Ceza muhakemesi hukukumuzda uzaktan arama tedbiri ile ilgili bir düzenleme ve uygulama alanı bulunmadığı değerlendirilmektedir¹⁰⁴. Kolluk kuvvetlerinin veya üçüncü şahısların bu yöntemi kullanarak elde ettikleri verilerin sayısal delil olarak kullanılamayacağı, hukuka uygunluk sebebi bulunmadığından, TCK’nın 243. ve 244. maddelerinde düzenlenen bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme suçlarının işlenmiş olacağı düşüncesindeyiz.

CMK’da yer verilmeyen bir diğer tedbir olarak *bulutta aramanın*, arama kararında belirtilen yerleşke içerisinde bulunan *özel bulut bilişim* bakımından sınırlı olarak genişletilebileceğini¹⁰⁵ ve uygulanabileceğini değerlendirmekteyiz. Bununla beraber, yurt içinde bulunan farklı adreslerdeki kamu ve özel bulut bilişim hizmetleri için ayrı arama ve el koyma kararları ile yerinde uygulama yapılabilecektir¹⁰⁶. Yurt dışında bulunan bulut bilişim hizmetleri içinse, uluslararası adli yardımlaşma hükümlerine göre ilgili ülkeden talepte bulunulabileceğini değerlendirmekteyiz.

¹⁰² Explanatory Report to the Convention on Cybercrime Prg. 198

¹⁰³ Tanrıku (n 11) 314; Christoph Keller ve Frank Braun, Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen (Richard Boorberg Verlag 2019); Juan-Yih Wu, ‘Die Online-Durchsuchung und der Suchbegriff im Internet’ içinde Hans-Jürgen Lange ve Astrid Böttcher (ed), Cyber-Sicherheit (Springer VS 2015) 281; Ahmed Ghappour, ‘Searching places unknown: Law enforcement jurisdiction on the dark web’ (2017) 69 Stanford Law Review 1197, 1079

¹⁰⁴ Özen ve Özocak (n 81) 51; Ünal (n 23) 111; Başlar (n 68) 195; Değirmenci (n 1) 365-366

¹⁰⁵ Başlar (n 68) 195

¹⁰⁶ Değirmenci (n 1) 420

KAYNAKÇA

Aldemir H, Adli - Önleme Arama ve Elkoyma (1. Baskı, Adalet Yayınları 2018)

'American Heritage Dictionary Entry: Backup' (The American Heritage Dictionary of the English Language, 2020) <<https://www.ahdictionary.com/word/search.html?q=backup>> Erişim tarihi 24 Kasım 2020

Årnes A (ed), Digital Forensics (John Wiley & Sons, Inc 2018)

Ashouri A, Bowers C ve Warden C, “An Overview Of The Use Of Digital Evidence In International Criminal Courts” (International Human Rights Law Clinic, Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic at the University of California, Berkeley, School of Law 2013) <https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/Scholarly_articles_Salzburg_2013.pdf> Erişim Tarihi 12 Mart 2019

Başlar Y, Ceza Yargılamasında Elektronik Delil (Yetkin Yayınları 2016)

Baştürk İ, “Bilgisayar Sistemleri İle Verilerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma” (2010) 2 Fasikül, İstanbul Kültür Üniversitesi CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi 23

Berber LK, Adli Bilişim (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2004)

Bostancı Ü ve Benzer R, “Search , Copy and Seizure On The Computers In The Turkish Legal System. Türk Hukuk Sisteminde Bilgisayarlarda Arama, Kopyalama ve El Koyma” (2015) 12 International Journal of Human Sciences

Brenner SW, “Seizure” (CYB3RCRIM3 Observations on Technology, Law and Lawlessness, 2006) <<http://cyb3rcrim3.blogspot.com/2006/02/seizure.html>> Erişim tarihi 06 Kasım 2020

—, 'Copying as a Seizure (Again)' (CYB3RCRIM3 Observations on Technology, Law and Lawlessness, 2009) <<http://cyb3rcrim3.blogspot.com/2009/07/copying-as-seizure-again.html>> Erişim tarihi 05 Kasım 2020

Çakır H ve Kılıç MS, “The Keyword Search Method and It’s Importance in Computer Forensics / Adli Bilişimde Anahtar Kelime Araması Metodu ve Önemi” (2016) 13 Journal of Human Sciences 2368

Casey E, Digital Evidence And Computer Crime (2. Baskı, Academic Press 2004)

— (ed), Handbook Of Digital Forensics And Investigation (2010)

- , Digital Evidence And Computer Crime (3. Baskı, Elsevier 2011)
- Çelik M, “Bilgisayarda Arama, Kopyalama Ve Elkoyma CMK m. 134” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018)
- Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı, Beta Yayınları 2006)
- , Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş (10. Baskı, Beta Yayınları 2013)
- Çolak H ve Taşkın M, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (Seçkin Yayınları 2007)
- Değirmenci O, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2014)
- Ghappour A, “Searching places unknown: Law enforcement jurisdiction on the dark web” (2017) 69 Stanford Law Review 1197
- Gladyshev P, “Formalising Event Reconstruction in Digital Investigations” (PHD Dissertation, University College Dublin, Faculty of Science 2004)
- Gökçen A and others, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı, Adalet Yayınları 2020)
- Goldstein S, “Two Key Differences Between Digital Forensic Imaging And Digital Forensic Clone And How They Can Affect Your Legal Case .” (Digital Forensics, 2019) <[https://capsicumgroup.com/2-key-differences-between-digital-forensic-imaging-and-digital-forensic-clone-and-how-they-can-affect-your-legal-case/#:~:text=Broadly speaking%20forensic backups are,data is an unaltered state.](https://capsicumgroup.com/2-key-differences-between-digital-forensic-imaging-and-digital-forensic-clone-and-how-they-can-affect-your-legal-case/#:~:text=Broadly%20speaking%20forensic%20backups%20are,data%20is%20an%20unaltered%20state.)> Erişim tarihi 24 Kasım 2020
- 'How Long Does A Forensic Exam Take?' (Computer Evidence Recovery, 2020) 1 <<https://www.computerpi.com/resources/how-long-does-a-forensic-exam-take/>> Erişim tarihi 27 Kasım 2020
- Jones N and others, 'Electronic Evidence Guide a Basic Guide for Police Officers, Prosecutors and Judges' (2014)
- Kävrestad J, Fundamentals of Digital Forensics_ theory, methods, and real-life applications- Springer (Springer US 2020)
- Kaya MB, 'Hukuki Açından Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim' içinde Şeref Sağıroğlu ve Mustafa Şenol (ed), Siber Güvenlik ve Savunma Problemler ve Çözümler (1. Baskı, Grafiker Yayınları 2019)
- Keller C ve Braun F, Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte

- Ermittlungsmaßnahmen (Richard Boorberg Verlag 2019)
- Kerr OS, “Searches and Seizures In A Digital World” [2005] Harward Law Review 532
- , “Fourth Amendment Seizures of Computer Data” (2010) 119 The Yale Law Journal 700
- Kiçeci H, “Bilgisayar Medyalarına İlk Müdahale” içinde Hüseyin Çakır ve Mehmet Serkan Kılıç (ed), Adli Bilişim ve Elektronik Deliller2 (Seçkin Yayınları 2014)
- Kızılyar M, “Ceza Yargılamasında Dijital Verilerin Delil Değeri” (2014) 50 Adalet Dergisi 72
- National Institute of Standards and Technology, Digital Data Acquisition Tool Specification (NIST 2004)
- Nelson B, Phillips A ve Steuart C, Guide to Computer Forensics and Investigations: Processing Digital Evidence Fifth Edition (Cengage Learning 2016)
- Nelson S, Pro Data Backup and Recovery (Springer US 2011)
- Newman RC, Computer Forensics Evidence Collection and Management, c 1 (Auerbach Publications 2007)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Özen M ve Baştürk İ, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim - İnternet ve Ceza Hukuku (1. Baskı, Adalet Yayınları 2011)
- Özen M ve Özocak G, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)” (2015) 1 Ankara Barosu Dergisi 43
- Öztürk B and others, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Saudi M, “An Overview of Disk Imaging Tool in Computer Forensics” (Information Security Reading Room, 2001) <<https://www.sans.org/reading-room/whitepapers/incident/overview-disk-imaging-tool-computer-forensics-643>> Erişim tarihi 16 Kasım 2020
- Sırma Ö, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama” (2009) 34 Terazi Hukuk Dergisi
- Stanfield AR, “The Authentication of Electronic Evidence” (PHD Dissertation, Queensland University of Technology, Faculty of Law 2016)

- Şirikçi AS ve Cantürk N, “Adli Bilişim İncelemelerinde Birebir Kopya Alınmasının (İmaj Almak) Önemi” (2012) 5 Bilişim Teknolojileri Dergisi 29
- Tanrikulu C, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma (1. Baskı, Adalet Yayınları 2014)
- The Sedona Conference Working Group on Electronic Document Retention & Production, “The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production Second Edition” (2007)
- Topaloğlu N, “Bilgisayar Mimarisi” içinde Hüseyin Çakır ve Mehmet Serkan Kılıç (ed), Adli Bilişim ve Elektronik Deliller (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2014)
- Ünal OG, “Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma” (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011)
- Wu J-Y, “Die Online-Durchsuchung und der Suchbegriff im Internet” içinde Hans-Jürgen Lange ve Astrid Böttcher (ed), Cyber-Sicherheit (Springer VS 2015)
- Yaşar Y ve Dursun İ, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri” (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Yetim S, Ceza Muhakemesi Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2016)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA KURAL ÜZERİNDE HATA

*Ersin ŞARE*¹

ÖZET

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 8. maddesinde yer alan "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır" düzenlemesinden, Türkiye ülkesi sınırları içerisinde (karasuları ve hava sahası dahil olmak üzere ülke toprağı kabul edilen tüm yerler) suç işleyen vatandaşların yanı sıra yabancılar için de Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca TCK'nın 4. maddesinde; "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmüne yer verilmiştir. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi", geçmişte ceza hukukunun temel ilkelerinden bir olarak kabul edilmekteyken, zaman içerisinde hem vatandaşa hem de yabancıya bu ilkenin katı bir şekilde uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurduğu görülmüştür. Geçici ya da sürekli olarak bir başka ülkede ikamet etmeye başlayan yabancıların, vatandaşa göre yürürlükte olan ceza kanunlarını bilmemesi daha olasıdır. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesinin istisnasız biçimde uygulanmasının haksız sonuçlar doğurduğu kanun koyucu tarafından da kabul edilmiş olacak ki, TCK'da 30/4. maddesindeki düzenlemeye yer verilmiştir. TCK'nın 30/4. maddesine göre; işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz. Türkiye'de yargı kararları bakıldığında bu hükmün nadiren uygulandığını söylemek gerekir. Özellikle Suriye iç savaşından sonra savaştan kaçıp ülkemize yerleşen göçmenler yönünden TCK 30/4 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı sıklıkla tartışılır hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler Kural Üzerinde Hata, Hukuka Aykırılık, Hata, Cinsel İstismar, Haksızlık

MISTAKE ON THE RULE ON OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM

Ersin ŞARE^{**}

ABSTRACT

From the regulation of "Turkish law shall apply to all criminal offences committed in Turkey" stated in 8th article of Turkish Penal Code (TPC), it is reached to the conclusion that in addition to citizens committed crime within borders of country of Turkey (All places accepted as country soil including territorial waters and airspace) Turkish Penal Code will also be applied for foreigners. Besides, there is provision in 4th article of TPC stating "Ignorance of the penal codes can not be deemed as an excuse". While "Principle that Ignorance of law can not be deemed as an excuse" was accepted as

¹ Hakim, Adana Bölge Adliye Mahkemesi, Adana 10. Ağır Ceza Mahkemesi, ersinshare@hotmail.com ORCID ID: 0000-0003-1441-5146

^{**} Judge, Adana Regional Court of Justice, Adana 10th High Criminal Court, ersinshare@hotmail.com ORCID 0000-0003-1441-5146

one of the fundamental rules of criminal law, in time it was seen that application of this principle to both citizen and the foreigner in a solid way gave rise to unjust outcomes. It is more probable that foreigners who begin to reside in another country either permanently or temporarily do not know about applicable penal laws with respect to a citizen. It must have been also accepted by legislator that application of principle that “Ignorance of law can not be deemed as an excuse” without exceptions gives rise to unjust outcomes since regulation in article 30/4 of TPC has been specified. According to article 30/4 of TPC, any person who makes an inevitable mistake about whether his act was unjust or not shall not be punished. When judicial decisions in Turkey are reviewed, it must be stated that this provision is rarely applied. Especially whether article 30/4 be applied for migrants residing in our country after escaping from internal war in Syria or not has become frequently debated.

Keywords Mistake on the Rule, Unlawfully, Mistake, Sexual Abuse, Unjustness

Extended Summary

The principle that ignorance of the law is not an excuse has been accepted to ensure the authority of law maker’s will. The developments in economic order and technological area have caused new crimes to arise. In addition to “natural crimes” such as killing by purpose, raping and robbery, category of “artificial crimes” has appeared. While there was no such concept as “informatics crime” a century ago, with a wide usage of internet a crime group under name of “cybercrimes” has appeared. With this variation in legislation, application of “ignorance of the law can not be an excuse” principle in a solid way has begun to give rise to unfair outcomes. For this reason under certain conditions the understanding that ignorance of the law must be accepted as an excuse has begun to dominate in the case-law and among scholars.

At the period when both of the penal laws were applicable, “ignorance of the law can not be an excuse” principle was stated in a separate provision in the codes. As being different from Turkish Penal Code with no 765 in order to eliminate the objections relating with principle that not knowing the law can not be seen as an excuse in Turkish Penal Code with no 5237 Art. 30/4 has been specified. With this article, for the occurrence of the crime, the understanding that the act is to be unjust and the perpetrator is to act with the awareness of unjustness has entered into the law.

While some writers consider awareness of unjustness as a condition of intention, some writers consider it as apart from intent and as a different particular of culpa. The adherents of the culpa theory state that an act can be committed deliberately without the awareness of unjustness, and the lack of unjust consciousness removes the culpa, that is, the condemning. The authors defending the theory of intent state that the antisocial nature and injustice must be known for the existence of intent. Although it was mentioned in the books and articles of some authors in the academia before, the concept of unjustness is foreign to Turkish Criminal Law. It has officially been part of law literature as it was added to 4th item of 30th article of Turkish Penal Code (TPC). When arrangement in Article 30/4 of TPC is reviewed it is understood that it is inspired from 17th article of German Penal Code.

The concept of “unjustness” corresponds to “violation of substantive law” and concept of “awareness of unjustness” corresponds to concept of “awareness of violation of substantive law”. With the arrangement in Article 30/4 of TPC, it would not be wrong to state that it would be required for action to be unjust, also it will be required for perpetrator to act with awareness of unjustness in order for crime to exist. This situation means a transition from violation of formal

law to the violation of substantive law. In the violation of formal law, assessment of unlawful is done by law-maker as some actions are considered as crime and specified in the code. In violation of substantive law assessment of unlawful is done by the judge. It cannot be know what number of artificial crimes will be in the future with developing technology and economic order but according to us in a penal law system where “the principle of legality” is valid, in determining presence or absence of crime, violation of formal law must be given priority with respect to violation of substantive law. Because in determining the violation of substantive law there is not a full consensus about which criteria must be used being specified in doctrine. Besides as it is left to appreciation of judge, determining the violation of substantive law (unjustness) shows variation from event to event.

Solid application of “ignorance of the law cannot deemed as an excuse” principle gives rise to unfair outcomes. For this reason not knowing the rule and having mistake in relation to rule must be deemed as an excuse. However this exceptional situation must be bound to tight conditions. A person confronted with a situation requiring the rule to be learned, is obliged to learn the rule. If he has not put in efforts to learn the rule or if his efforts are not at a serious level, it cannot be mentioned about a mistake on the rule.

On international contracts people below age of eighteen are named as child. In a period when we are in communication era, according to us there is no doubt about what should be understood from definition of child.

When it is considered that each person passes from childhood to adolescence during normal development process, particularly that will of people in childhood period is not completely healthy is known by everyone. This situation of knowing seen in almost every person, constitutes a particular to investigate the rule regulating this area. As this occasion requires examination of the rule, defence of person having sexual relationship with a child below legal age by stating “I did not know age limit permitted to have sexual relationship.” should not be deemed as an excuse by us. For this reason, for a person who exhibits sexual behaviour to a child under the age of 15, only the defence of mistake on the act should be valid.

Undoubtedly, under certain conditions and to a limited extent, a child under the age of eighteen has the capacity to consent to sexual behaviour. However, this situation may differ from country to country. Hence, the age limit is valid in Turkey is fifteen and above. But in the law it was mentioned about crime of having sexual intercourse with someone not attained lawful age. Even if sexual intercourse is had with a child having age in interval of fifteen and eighteen based on her consent, if victimized child makes complaint later on, perpetrator must be punished.

A person who comes to a foreign country for temporary or permanent residence and intends to have sexual relations with a child under the age of eighteen also has an obligation to learn the law. Defence of a person who has not complied with this obligation and who has sexual act towards a person under the age of eighteen without making any research by stating “I did not know the rule” cannot be deemed as an excuse. It is not an absolute impossibility not to know the language of the country of residence, and in cases of doubt or hesitation, one is obliged to search and learn the rule. For those marrying in foreign countries this obligation to learn is at a more advanced level. Because those wishing to marry must learn under which conditions marriage will be realized as per laws of that country. Defence of people who have married and had sexual relationship at a

young age by stating “It is like this in our tradition and culture” should not be respected. Frequently observing marriages of those under age of fifteen in rural areas should not be considered such that the act does not cause unjustness. In addition to function of penal law to ensure order, its other important function is to transform the community. While this transformation can be good or bad, meaning relative according to will of law maker, as it is accepted by everyone in the world, it is not correct to tolerate the situation where children not having mental maturity and being under a certain age are made subject to sexual acts. By specifying a certain age limit for having sexual relationship in the law, both physical and mental healthy development right of children not having sexual maturity is taken under protection.

GİRİŞ

Ceza kanunlarının yürürlükte olduğu süre içerisinde ülkede bulunan herkese uygulanmasına ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi denir.² Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 8. maddesinde yer alan; “*Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır*” hükmü bu ilkenin bir görünümüdür.³

Ceza Kanunu’nun yer ve kişi bakımından uygulanmasında Türk Ceza Hukuku sisteminde esas olarak mülkilik (ülkesellik) ilkesi geçerlidir.⁴ Türkiye’de suç işleyen kişinin, vatandaş ya da yabancı uyruklu olmasına bakılmaksızın Türk Ceza Kanunları uygulanacaktır. Ancak gerek iç hukuk normları ile gerekse uluslararası sözleşmelerle mülkilik ilkesine bazı istisnalar getirilebilmektedir.⁵ Bu istisnalar, belli mevkide bulunan kişilerin görevlerini daha rahat ve güvende yerine getirebilmeleri için tanınmıştır.⁶ Bununla birlikte ceza kanunları esasen bu kişileri de bağlar ancak belli gerekçelerle bu kişiler hakkında ceza kanunundaki yaptırımlar uygulanmamaktadır.⁷

² Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012) 77; Ceza kanunlarının mecburi ya da zorlayıcı niteliğinden çıkan diğer bir sonuç, ceza kanunlarının bilinmesine bağlı olmadan uygulanabilmesidir. Bkz. Gian Domenico Pisapia, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım (Çeviren: Atif Akgüç 1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971) 80

³ İlgili hüküm, genellikle yazarlar tarafından “ceza kanununun yer yönünden uygulanması” konusu içerisinde incelenmektedir. TCK’da yer yönünden uygulamada esas olarak mülkilik (ülkesellik) ilkesi geçerlidir. Ancak “şahsilik ilkesi”nin (bkz. TCK madde 10, *Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş olsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.*), “koruma ilkesi”nin (TCK madde 12/1, *Bir yabancı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.*), “evrensellik ilkesi”nin, (TCK madde 13, *Aşağıdaki suçların, vatandaş ya da yabancı tarafından yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk Kanunları Uygulanır: ...*) geçerli olduğu hükümler de bulunmaktadır.

⁴ TCK’daki düzenlemelere bakıldığında mülkilik ilkesinin boşluklarının şahsilik, koruma ve evrensellik ilkeleriyle doldurulduğu, TCK’nın yarı mülkilik sistemini benimsendiğinin kabulünün gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 132; ayrıca bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015) 87

⁵ İç hukuktan doğan istisnalara; Anayasa’nın 105. maddesinde, çerçevesi belirtilen “Cumhurbaşkanı’nın sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı”, Anayasa’nın 83. maddesinde düzenleme altına alınan “Milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı”; Uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan istisnalara ise; 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde hüküm altına alınan “diplomasi dokunulmazlığı” ve NATO kuvvetleri sözleşmesi gereğince “üye devletlere mensup yabancı askerlerin dokunulmazlığı” örnek olarak gösterilmektedir; bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (On Birinci Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 159-192; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 3) 177

⁶ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Bası, Beta Yayınevi 2015) 107, Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7. Bası, Beta Yayınevi 2011) 115

⁷ Toroslu, ‘Ceza Hukuku Genel Kısım’ (n 1) 77; “*ceza kanunlarının mecburiliği, yani uyulması zorunlu kurallar olma özelliği, suç işlemiş olmalarına rağmen kendilerine kanunda öngörülen müeyyidelerin uygulanmadığı kişiler yönünden de var olmaya devam eder*”

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulandığı sınırlar içerisinde bulunan kişilerin, kanundan haberdar olup olmadığının tespiti ve haberdar olmayanlar yönünden ceza kanununun uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir sorundur. Geçmiş zamanda bir kimsenin ceza kanunları hakkındaki bilgisizliğinin veya kanunu yanlış yorumlamış olmasının, ilgili ceza kanununun uygulanmasına engel olmayacağı,⁸ belli bir yerde yaşayan, belli bir faaliyette bulunan herkesin o yerde geçerli olan kanunları ve icra ettiği faaliyet yönünden konulan kurallar ile bu kuralların kapsam ile sınırlarını öğrenme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmekteydi.⁹ Bu yönüyle “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi (Ignorantia juris non excusat) ceza hukukunda önemli bir yer teşkil ediyordu.¹⁰

Kasten öldürme, hırsızlık, yaralama ve cinsel saldırı gibi doğal suçlar yönünden kanunu bilmemenin mazeret olarak kabul edilemeyeceği,¹¹ bununla birlikte doğal suçlardan, yapay suçlara doğru gidildikçe “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin haksızlaşacağı ifade edilmekteydi.¹² Nitekim gelişen teknoloji ve iktisadi düzene paralel olarak yeni suç tiplerinin ve özellikle iktisadi alanda “yapay suçlar”ın ortaya çıkması ile beraber bu ilkenin sert bir şekilde uygulanmasının hakkaniyete aykırı durumlara yol açtığı ve bu ilkeye istisna getirilebileceği görüşü zamanla uygulamada ve öğretilerde hakim olmaya başladı. Kaldı ki hukuk mesleğini icra eden, hukuk alanında uzman kişilerin dahi, tüm ceza kanunlarını bilmesi, günümüz toplumunun karmaşık yapısı karşısında mümkün değildi.¹³

Öğretilerdeki görüşlerin de etkisiyle “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin istisnası niteliğinde olan “kural üzerinde hata”nın kusurluğu ortadan kaldırdığı ve mazeret olarak kabul edilmesi gerektiği anlayışı ilk olarak yargı kararları ile ortaya konmuş ve sonrasında kanunda bu duruma ilişkin düzenlemelere yer verilmeye başlanmıştır. Nitekim Alman Federal Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 1952 yılında vermiş olduğu kararı ile haksızlık bilinci, kusurun şartlarından biri

⁸ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I (14. Bası, Der Yayınları 2016) 247

⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Onuncu Baskı, US-A Yayıncılık 2017) 294

¹⁰ 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde aynı zamanda kanunda yer verilen bu ilkenin ceza siyaseti bakımından zaruri olduğu, bu ilkenin kaldırılmasının devlet ve kanun otoritesini felce uğratacağı ifade edilmiştir. Bkz. Hakkı Demirel, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1955) 12 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 100, 103

¹¹ Zafer, (n 5) 366; ayrıca bkz. Servet Sezgin, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1951) 42 (5) Adalet Dergisi 725, 730; “Yazarlar ceza kanunlarını bilmeyi bu bakımından iki gruba ayırırlar. Biri doğal suçlar, diğeri de pozitif hukuka ait suçlardır. Doğal suç kategorisinde olan adam öldürme, çalma gibi suçları cezalandırmayan kanunlar bulunmadığı gibi bunları suç olduğunu idrak etmeyen insan da yoktur.”

¹² Bkz. Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997) 128

¹³ Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 294

olarak kabul edilmiş,¹⁴ kabul edilen bu yeni kusur teorisinin yansıması olarak 1975 yılında yapılan düzenleme ile ceza kanununda 17. maddeye yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesine göre; *fail, failin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınabilir bir hata ise, cezadan indirim yapılabilir.*¹⁵

İtalyan Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde açıkça “hiç kimse ceza kanununu bilmediğini mazeret olarak ileri süremez” hükmüne yer verilmiş ise de; İtalyan Ceza Hukuku'nda “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin katı ve istisnasız şekilde uygulandığını söylemek doğru değildir. Zira 1988 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin, “önlenebilir bilgisizlik” (ignoranza inevitable) hallerinde “kanunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin geçerli olmadığı yönünde kararının bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁶ Yine Fransız Ceza Kanunu'nun 122-3. maddesinde, kural üzerinde hatanın, kusurluluğu kaldırabilen bir mazeret sebebi sayılabileceğini ilişkin olarak açık bir hükme yer verilmiştir.¹⁷

Çalışmamızda cinsel özgürlüğü karşı suçlar arasında yer alan bazı suç tipleri yönünden kural üzerinde hata hallerini inceleyeceğiz. Böyle bir çalışma yapmamızdaki başlıca sebep Suriye iç savaşından kaçıp ülkemize sığınan, henüz yasal sınıra ulaşmadıkları halde dini törenle evlenip cinsel birliktelik yaşayan göçmenlerin yerel mahkemelerde, çoğunlukla Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen, yaş sınırına ilişkin kuralı bilmedikleri yönünde savunma yapmalarıdır.¹⁸ Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle ceza kanunumuzda da yer verilen “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi ve onun istinası niteliğinde olan “kural üzerinde hata” konusundan bahsetmemiz

¹⁴ Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çeviren: Feridun Yenisey, 1. Baskı, Beta Yayınevi 2007) 40; aynı yazar bu karar ile birlikte diğer ülkelerde çoğunlukla kabul edilmiş bulunan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin artık Alman Hukukunda geçerli olmadığını ifade etmektedir.

¹⁵ Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 17-18

¹⁶ Bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016) 449

¹⁷ Fransız Ceza Yasasının 122-3. maddesine göre; *kaçınabilecek durumda olmadığı hukuksal bir hatayla, eylemi hukuka uygun olarak gerçekleştirebileceğini sandığını ispatlayan kişi cezaen sorumlu olmaz.* Fransız Yeni Ceza Kanunu'nda yer verilen bu düzenlemenin Fransız geleneğini değiştirirken çok dikkatli davrandığı, fail düştüğü hatayı bizzat kendisi ileri sürerse, hukuki hatanın sadece bu takdirde bir mazeret sebebi olarak kabul edildiği, failin hukuka uygun şekilde davranmakta olduğunu zannettiğini ve hataya düşmekten kaçınmayacak bir durumda olduğunu inanılabilir bir şekilde ortaya koymak mecburiyetinde olduğu, kanun koyucunun, resmi makamlar tarafından yapılan hatalı açıklamalar ve ilgili kanun veya yönetmelik metninin hatalı bir şekilde yayımlandığı halleri özellikle öngördüğünün anlaşıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, ‘Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi’ (1991-1994) LIV (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15, 25

¹⁸ On beş yaşın altındaki çocukların cinsel davranışa karşı gösterdikleri rıza kesin olarak geçersizdir. Küçük yaştaki cinsel birlikteliklerin tespiti genellikle hastaneye başvurularla ortaya çıkmaktadır. On beş yaşın altında olup cinsel ilişkiye girip hamile kalan kadınlardan bazıları hastanede doğum yaptıklarında on beş yaşın altındayken ilişkiye girdikleri tespit edilmekte, bu durum ilgili yasa gereği hastanede görev yapan yetkililerce adli mercilere bildirilmekte ve bu suçun takibi şikayete bağlı olmadığından adli mercilerce ceza soruşturması başlatılmaktadır.

gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle öncelikle zikredilen konularda genel açıklamalarda bulunacağız ve sonra cinsel özgürlüğe karşı gerçekleştirilen bazı suçlar yönünden kural üzerinde hata konusuna değineceğiz.

I. TÜRK CEZA HUKUKUNDA “KANUNU BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ” İLKESİNİN YERİ VE KURAL ÜZERİNDE HATA

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin kabulünün¹⁹ ve bu ilkeye kanunlarda yer verilmesinin, kanunların otoritesini sağlamaya yönelik bir ihtiyaca dayandığı ve ceza kanunlarının bağlayıcılığını sağlamak konusundaki politik ihtiyacın zorunlu bir sonucu olduğu ifade edilmektedir.²⁰ Sanıklara kanunu bilmediklerini ispatlama imkanı verildiği takdirde, her somut olayda kanunu bilmedikleri savunmasında bulunmaları adaletin işleyişinde zarar verebilecektir.²¹ Nitekim bu anlayıştan yola çıkılarak mehzaz yasa olan İtalyan Ceza Kanunu’nun 5. maddesinde yer verilen hükme paralel olarak²² 765 sayılı TCK’nın²³ 44. maddesinde “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.” hükmüne yer verilmişti.²⁴

¹⁹ “Kanunlarda bu ilkeye yer verilmesinin, herkesin kanunu bildiğinin değil, herkesin kanunu bilmediğinin kabulü anlamına geldiği, zira kanun koyucunun, kanunu herkesin bilemeyeceğini kabul etmesinden dolayıdır ki bu bilgisizliğin mazeret olarak sayılamayacağını açık bir şekilde beyan ettiği” ifade edilmiştir. Bkz. Faruk Erem, ‘Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki ve Fiili Hata’ (1947) 38 (1) Adalet Dergisi 9, 10

²⁰ Nevzat Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu (1. Baskı, V Yayınları 1987) 26; Erem’e göre; “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi” kanunların uygulanması zorunluluğuna dayanır. Bkz. Erem, (n 18) 11

²¹ Devrim Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (2007) 19 (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 135, 145. Katı devletçi düşünceye göre, hakikatin, yalnızca politik düzenin varlığına itaat olduğu, bu düşünce sisteminde politik değerlerin vatandaş tarafından bilinmemesinin imkansız olarak kabul edildiği, esasen “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin konuluş gerekçesinin katı devletçi (faşist) düşüncenin amaçlarına hizmet etmek olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa Özen, ‘Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata’ (2008) I Uğur Alacakaptan’a Armağan 589, 590

²² İtalyan Ceza Kanunu’nun 5. maddesinde, 765 sayılı TCK’nın 44. maddesinde farklı olarak “ceza kanununu bilmeme” ifadesi kullanılmıştır. İtalyan Ceza Hukukunda “ceza kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün katı bir şekilde uygulandığı ve istisnasının bulunmadığını söylemek doğru değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 1988 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin, “önlenebilir bilgisizlik” (ignoranza inevitable) hallerinde “kanunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin geçerli olmadığı yönünde kararı bulunmaktadır. Bkz. Soyaslan, (n 15) 449, ayrıca bkz. Çetin Özek, ‘Ceza Normunun Varlığında Hata’ (2003) III Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan 817, 828: “İtalyan Anayasa Mahkemesi, yine kanunun 5. maddesinde yer alan “önlenebilir sebeple normun bilinmemesi’nin de mazeret sayılmayacağı kuralını ‘normun varlığını öğrenmek’ olanağının mutlak olarak bulunmadığı durumlarda, kanunu bilmemek konusunda fail kusurlu olmadığı için sorumluluğa gidilmesinin ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralına aykırı olacağı görüşüyle, değinilen kuralı, ilgili kuralı iptal etmiştir.”

²³ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 1.03.1926, RG. 13.03.1926, S. 320

²⁴ 765 sayılı TCK’da kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine istisna getirecek bir hükme yer verilmemesi, eski kanun döneminde bu ilkenin katı bir şekilde uygulandığı sonucunu çıkarmamızı gerektirse de uygulamada gidışat farklı yönde olmuştur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.1942 tarihli ve 941-942 sayılı ilamında, bu ilkenin istisnasını teşkil edecek bir karar verildiğini söylemek gerekir. İkinci dünya savaşı koşullarında, milli korunma kanunu hükümleri uyarınca şahsi ihtiyaç için verilen kömürün bir başkasına devri yasaklanmıştır. MTA’da çalışan mühendis Veborski, bir başkasına şahsi ihtiyacı için verilen kömürü satın almıştır. Ankara Milli Korunma Mahkemesi, mühendis Veborski hakkında beraat kararı vermiş ve bu karar yüksek mahkemece onanmıştır. Bu kararda iktisadi nitelikte olan bu kuralın, henüz Türkçe bilmeyen ve konuşamayan sanık tarafından bilinmemesinin mazeret olarak kabulü ile Türk Ceza Hukukunda yeni bir dönemin açıldığı ifade edilmiştir. Karar ve görüş için Bkz. Sezgin, (n 10) 732

Yeni yasa çalışmalarında, kanun koyucu tarafından muhtemeldir ki yasada bulunması zorunluluk olarak düşünüldüğünden 5237 sayılı TCK'nın²⁵ 4. maddesinde; “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmüne yer verilmiştir.²⁶ Bu hükmün katı bir şekilde uygulanması halinde, bazı adaletsiz durumların oluşabileceği öngörüldüğünden TCK'nın 30/4. maddesinde; “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz” hükmüne yer verilmiştir.²⁷ Kanun koyucunun amacı bu yönde olsa da²⁸ TCK 30/4. maddesinde yer verilen düzenlemenin, TCK 4. maddesinde yer alan “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin bir istisnası olmadığını ve esasen 5237 sayılı TCK ile kabul edilen kusur ilkesi ile ilgili olduğunu ifade eden yazarların bulunduğunu söylememiz gerekir.²⁹

“Haksızlık” kavramı Türk Ceza Hukuku'na TCK'nın 30. maddesine 4. fıkranın eklenmesi ile girmiştir. Klasik suç teorisine göre suçun oluşumu için, suçun kanuni unsurunun, maddi unsurunun, manevi unsurunun ve hukuka aykırılık unsurunun (hukuka uygunluk nedenin bulunmaması) hep birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁰ Bu yönüyle “haksızlık” kavramı Türk Ceza Hukuku için yenidir ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın, 2005 yılı öncesi yürürlükte olan 765 sayılı ceza kanunundan farklı olarak, değişik suç teorilerini esas alan ülkelerinin ceza kanunlarından esinlenilerek oluşturulduğu bir gerçektir. Bu nedenle konuyu sağlıklı olarak işlemek için kavram birliğine ihtiyaç bulunmaktadır.

“Haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata”ya düşülmesinin mazeret sebebi olarak kabul edildiği dikkate alındığında suçun oluşumu için fiilin haksız olması ve failin de haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. “Haksızlık” ile “hukuka aykırılık” ve “haksızlık bilinci” ile “hukuka aykırılık bilinci” yakın kavramlar olmasına rağmen aşağıda açıklayacağımız üzere eşdeğer kavramlar değildir.³¹ Ayrıca bu konuyu “haksızlık yanılıgısı”

²⁵ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004, S. 25611

²⁶ Anglo-Sakson hukuk sisteminde, bir suç ile itham edilen sanığın, “kanunun varlığından haberdar değildim” şeklindeki savunmasının kural olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Glanville Williams, Criminal Law The General Part (2nd ed, GAUNT INC 1998) 288

²⁷ Bu hükümle birlikte TCK'nın 4. maddesinin de bir anlamının kalmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012) 398; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 435-436

²⁸ 5377 sayılı kanunun 4. maddesi ile eklenen bu fıkranın gerekçesinde yer alan; “kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.” şeklindeki ifadeler, ilgili hükmün “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün katı şekilde uygulanmasından doğacak adaletsiz durumları önlemek için getirildiğini göstermektedir.

²⁹ Sesim Soyer Güleç, ‘Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılıgısı (M. 30/4)’ (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 59; Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Kusurluluk (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 84

³⁰ Bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Bası, Der Yayınları 2019) 65 vd.

³¹ Aşağıda değinileceği üzere esasen “haksızlık bilinci” ile “maddi hukuka aykırılık bilinci” kavram olarak birbirlerini karşılamaktadır. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki maddi hukuka aykırılık kavramının “haksızlık”, “adaletsizlik”

başlığı altında inceleyen yazarların bulunduğunu ifade etmeliyiz.³² İncelediğimiz konu açısından “kural üzerinde hata” ifadesinin kullanılması bize göre daha yerindedir. Zira haksızlık yanlılığı, gerçekleştirilen eylemin maddi hukuka aykırılığına ilişkin düşünülen hata halidir. Ceza kanunlarındaki normun hiç bilinmemesi ya da yanlış yorumlanması biçiminde gerçekleşen şekli hukuka aykırılık bilincinin yokluğu “kural üzerinde hata” ifadesi ile karşılanmalıdır.

A. “HAKSIZLIK” İLE “HUKUKA AYKIRILIK” VE “HAKSIZLIK BİLİNCİ” İLE “HUKUKA AYKIRILIK BİLİNCİ” ARASINDAKİ FARK

Klasik suç teorisinde suçun oluşumunda ayrıca hukuka aykırılık unsurunun aranmasının özellikle hukuka uygunluk nedenlerini sistemleştirilmesinde önemli olduğu, zira hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu hallerde ortada kusurlu ve tipik bir fiil olmasına rağmen failin cezalandırılmadığı ifade edilmektedir.³³

Hukuka aykırılığın suçun özü olduğu ve suçun oluşumu için gerçekleştirilen fiilin mutlaka hukuka aykırı olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁴ Hukuka aykırılık konusunda, şekli hukuka aykırılık ve maddi hukuka aykırılık olmak üzere ikili ayrıma gidilmektedir.³⁵ Şekli hukuka aykırılık, gerçekleştirilen fiil ile münhasıran yürürlükte bulunan ceza hukukunun emir ve yasaklarının ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır.³⁶ Maddi hukuka aykırılık ise yürürlükteki kanunların yanı sıra kanun ötesi kaynaklardan doğmuş ve hukuk tarafından korunan varlık ya da menfaatler ile fiilin çatışması olarak tanımlanmaktadır.³⁷

“Haksızlık” kavramı için ise suçun oluşumu için fiilin haksız olması gerektiği, haksızlığın suçun çekirdeği olduğu ve kusur yargısının esasen haksızlık temelinde yükseldiği ifade edilmektedir.³⁸ Fiilin hukuken kabul görmeyen, haksızlık teşkil eden bir davranış olduğu hususundaki bilincin, kusurun varlığı için zorunlu olduğu; haksızlık bilincinin varlığından söz edebilmek için de; işlenen fiilin, emir ve yasaklara aykırı olduğunun, genel olarak bir haksızlık teşkil ettiğinin, içinde yaşanılan toplumda kabul edilen davranış normlarına göre bu davranışın kabul görmediğinin bilinmesinin yeterli olduğu, davranışın suç teşkil edip etmediğinin ya da hangi

kavramlar ile açıklanması eleştirilmiştir. Bkz. Nurullah Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1949) 139

³² Bkz. Soyer Güleç, (n 28) 59 vd.; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) 302 vd.

³³ Bu görüşler için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 129

³⁴ Bkz. Kunter, (n 30) 81-82

³⁵ Bkz. ibid 126 vd.; Katoğlu, (n 32) 36 vd.

³⁶ Katoğlu, (n 32) 39

³⁷ ibid 44, “*Bu anlayışa göre, hukuka aykırılık bir anlamda davranışın sosyal tehlikeliliği ile örtüşmektedir.*”

³⁸ Bkz. Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020) 42

ceza normunun fiili ne şekilde cezalandırdığının ayrıntılı olarak bilinmesinin gerekmediği ifade edilmiştir.³⁹ Nitekim TCK'nın 30/4. maddesinin gerekçesinde; kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi başka bir ifade ile haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği, kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmadığı ifade edilmiştir.⁴⁰

Hukuka aykırılık ile haksızlık⁴¹ kavramlarını bir arada değerlendirdiğimizde; haksızlık, maddi hukuka aykırılığa; haksızlık bilinci ise gerçekleştirilen fiilin maddi hukuka aykırılığının bilincinde olma haline karşılık gelmektedir.⁴² Bu nedenle “hukuka aykırılık” ile “haksızlık” kavramlarının birbirinden tamamen farklı kavramlar olduğu düşüncesine katılmıyoruz.⁴³

5237 sayılı TCK'da ilk olarak 4. maddenin 2. fıkrasında, “*sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmeyip meşru sanarak suç işleyen kimsenin cezaen sorumlu olmaz.*” düzenlemesine yer verilmişti. Sonrasında bu düzenleme kanun metninden çıkartılmış ve yerine TCK 30/4. maddesi ikame edilmiştir. TCK'nın 4/2. maddesinde yer verilen düzenlemenin amaca daha uygun olduğu, zira TCK 30/4 maddesinin bu düzenleniş şekliyle failin, fiilin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen, haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezalandırılmamasının önünü açtığı ifade edilmiştir.⁴⁴ Hakeri; kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan kusur teorisine göre şekillendirilmiş bulunan ve Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinden esinlenerek düzenlendiği anlaşılan TCK 30/4. maddesi hükmünün, yerleşmiş bir yargısal içtihadı dayanarak hareket edilmesi veya bir savcıya eylemin suç oluşturup oluşturmadığının sorulması ve ayrıntılı bilgi alınmasından sonra hareketin gerçekleştirilmesi hallerinde de uygulanma ihtimalinin bulunduğunu ifade etmektedir.⁴⁵ Kısaca bu görüşe göre, bir hukuk normunun sadece varlığının bilinmesi, buna ilişkin bir haksızlık bilincinin de bulunduğu

³⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 4) 580

⁴⁰ Haksızlık bilinci, “*fiilin, hukukun maddi değerler düzenine aykırılık oluşturduğunun ve bu bakımdan hukuken yasak olduğunun bilinmesi*” olarak ifade edilmiştir. Bkz. Öztürk ve Erdem, (n 31) 302, Erman'a göre haksızlık bilinci, belirli bir eylem açısından, failin kendi eylemini hukuk düzenine ve toplumsal normlara aykırı olarak değerlendirilmesi şeklinde ortaya çıkan bilişsel bir öğedir. Bkz. Ragıp Barış Erman, ‘Yanılgınlığın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2006) 124

⁴¹ Haksızlığın varlığı için, sadece ceza kanunları yönünden yapılan bir değerlendirmenin şart olmadığı, failin medeni ya da diğer kamusal düzenlemelerden herhangi birini ihlal ettiği bilincinde olmasının, hukuka aykırılık bilinci ile hareket ettiğine delalet ettiği ifade edilmiştir. Mehmet Cemil Ozansü, ‘Yeni Türk Ceza Çerçevesinde Hata Kavramı’ (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin'e Armağan 385, 399

⁴² Adem Sözüer, ‘Hukuki Hata’ (1995) 21 (1-2) Yargıtay Dergisi 466, 480

⁴³ Hukuka aykırılık ile haksızlık bilincinin birbirinden farklı kavramlar olduğuna ilişkin görüş için bkz. Soyer Güleç, (n 28) 73

⁴⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 423-424

⁴⁵ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) 469-470

anlamına gelmemektedir.⁴⁶ Demirbaş'a göre de; TCK 30/4 maddesinde düzenlendiği şekliyle kural üzerinde hatada önemli olan husus, kişilerin tüm ceza kanunları ve bu kanunlarda yer alan normları tek tek bilip bilmemesi değil, genel olarak yapmış olduğu fiilin haksızlık oluşturup oluşturmadığı, hukuk düzenince kabul edilebilir bir davranış olup olmadığı yönündeki düşüncesidir.⁴⁷

Yukarıda haksızlık bilinci kavramının, maddi hukuka aykırılığın bilinmesi kavramını karşıladığını ifade etmiş isek de; TCK'da 30/4. maddesinde yer alan "haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata" ifadesi farklı yorumlanmalı ve "şekli hukuka aykırılık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata" biçiminde anlaşılmalıdır. TCK'nın 30/4 maddesinin, TCK 4. maddesinde yer verilen "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" hükmünün sakıncalarını gidermek üzere getirildiği ancak böyle açıklanabilir.⁴⁸ Aksi durum kanundaki yasak hükmünü bildiği halde, maddi hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediğini savunan bir kişinin, şartlarının bulunması halinde haksızlık bilincine sahip olmadığını kabulünü gerektirir ve bu durum fail yönünden mazeret teşkil eder. Böyle bir kabul, "kural üzerinde hata" uygulanmasını aşırı derecede genişletir ve istisnai durum kural haline dönüşür. Nitekim her suç için ayrıca haksızlık bilincinin (maddi hukuka aykırılık bilinci) aranması durumunda ceza kanunlarının tarafsız ve daha güvenli olan düzeni yerine, hakimin sübjektif kanaatini esas alan bir sistemin ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.⁴⁹

Özetlemek gerekirse; kural üzerinde hata hem maddi hukuka aykırılık bilincinin hem de şekli hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığı hallerde söz konusu olmalıdır. Başka bir ifade ile kişide başka bir menfaate zarar verdiği ya da tehlikeye koyduğu bilinci yoksa ve buna eş zamanlı olarak gerçekleştirdiği fiiline karşılık gelen yasak kuralının kanunlarda var olduğunu bilmiyorsa ya da kuralı yanlış yorumluyorsa kural üzerinde hata söz konusu olur. Emir ve yasak içeren kural biliniyorsa ancak kişide maddi hukuka aykırılık bilinci yoksa kural üzerinde hatadan söz edilemez.⁵⁰ Bunun yanı sıra kişi, işlediği fiilin maddi hukuka aykırılığını biliyorsa, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilip bilmesinin bir önemi bulunmamaktadır ve bu gibi bir durumda da kural üzerinde hata söz konusu olmaz.⁵¹

⁴⁶ Erman, (n 39) 130

⁴⁷ Demirbaş, (n 26) 398-399

⁴⁸ Nurcan Gündüz, 'Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata' (2015) II Nevzat Toroslu'ya Armağan 489, 539; ayrıca bkz. Erman, (n 39) 143; "*Haksızlık bilincinin tek dayanağı şekli anlamda hukuka aykırılık olarak belirlenmek durumundadır.*"

⁴⁹ Kunter, (n 30) 139

⁵⁰ Nitekim şekli ve maddi hukuka aykırılıklar arasında çelişki bulunduğu durumlarda şekli hukuka aykırılığın esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ibid 138

⁵¹ Bkz. TCK 30/4 maddesinin gerekçesi, "*fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmesinin bir önemi bulunmamaktadır*"

Kural üzerinde hata ile haksızlık bilincinin⁵² bulunmamasının esasen aynı hususu ifade ettiği, haksızlık bilincinin olmadığı durumda kural üzerinde hatadan söz edileceği ifade edilmiş ise de⁵³, yukarıda ifade ettiğimiz gibi kural üzerinde hatadan bahsedebilmek için haksızlık bilincinin bulunmamasının yanı sıra şekli hukuka aykırılık bilincinin de bulunmaması gerekmektedir.

Kişi, maddi hukuka aykırılık bilinci ile gerçekleştirmiş olduğu fiile karşılık bir ceza hükmünü ihlal ettiğini zannetmiş olsa ve kanunda böyle suç düzenlenmemişse “sözde suçtan” bahsedilir⁵⁴ ve faile bu durumda ceza verilmez. On sekiz yaşını aşkın olan ve aralarında TMK 129. maddesinde belirtildiği şekilde evlenme yasağı bulunan kişilerin rızaları ile ilişkiye girmeleri hali kanunda suç olarak tanımlanmamıştır. On sekiz yaşından büyük olup ensest (fücur) bir ilişki yaşayan kişi, yaptığı suç olduğunu düşünse dahi kanunda bu ilişki tarzını cezalandıran bir hüküm bulunmamaktadır ve bu gibi bir durumda “sözde suç”tan bahsedileceğinden fail cezalandırılmaz.⁵⁵ Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda zina suç olarak düzenlenmemiştir.⁵⁶ Zina yapan kişi eyleminin suç olduğunu düşünse dahi bu eyleme cezalandıran bir hüküm bulunmadığından “sözde suç”tan bahsedilecektir.⁵⁷ Sözde suç hallerinde failin cezalandırılmaması ancak şekli hukuka aykırılığın esas alınmış olması ile açıklanabilir.

Kavram birliği sağlamak için aşağıda “haksızlık bilinci” kavramını kullanacağız. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere “haksızlık bilinci”ni, “maddi hukuka aykırılık bilinci” kavramı karşılacaktır. Ancak biz kural üzerinde hata yönünden “şekli hukuka aykırılığın” ölçü olarak kabul edilmesi taraftarıyız. Zira “haksızlık” kavramına karşılık gelen “maddi hukuka aykırılığın” belirlenmesinde kesin ölçütler bulunmamaktadır ve hakim takdirine bırakılması nedeniyle ile haksızlık bilincinin tespiti olaydan olaya değişkenlik gösterebilecektir.⁵⁸

⁵² Donay’a göre; TCK’nın 30/4. maddesinde, suçun oluşumu için “haksızlık bilinci” şartının getirilmesi ile birlikte ceza hukuka adeta psikolojik bir yapıya büründürülmüştür. Kişinin yaptığı fiilin hukuken tasvip edilemez olduğu bilincinin araştırılması doğru değildir. Eğer bu aranırsa kişilerin böyle bir bilinç altında olmalarının saptanması gerekir ki, insanların bilincinin belirlenmesi hukuki bir olgu değildir. Kaldı ki kişinin kendi inancına göre hukuken tasvip edilir bir fiil gerçekleştirdiği inancında olduğunu iddia etmesi ve bunu kanıtlaması mümkündür. Örneğin dini inançları nedeni ile pozitif bir hukukun yasakladığı bir fiilin kendi hukuk düşüncesinde tasvip edilir olduğunu söylemesi olanağı vardır. Bu nedenle TCK 30/4. maddede de yer verilen hüküm doğru olmamıştır. Bkz. Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007) 48

⁵³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 434; Apaydın, (n 28) 98

⁵⁴ Erem, (n 18) 10

⁵⁵ Özek, (n 21) 817: “*Bu durumda eylem maddi olarak hukuka aykırı olsa dahi, tipik olmadığı ve salt ‘irade’ suç sayılmayacağı için fail cezalandırılmaz.*”

⁵⁶ 765 sayılı TCK döneminde zina suçtu ve kanunun 440. ile 444. maddeleri arasında düzenlenmişti. Bu hükümler uzun süre yürürlükte kaldıktan sonra Anayasa Mahkemesinin 23.09.1996, 23.06.1998 ve 13.07.1999 tarihli kararları ile iptal edilmiş ve zina suçu 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK’ya alınmamıştır.

⁵⁷ Bkz. Dönmezer ve Erman, ‘Cilt II’ (n 29) 72; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda zina suç olarak düzenlenmemiş ise de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre boşanma sebebi sayılmıştır. Bkz. TMK m. 161: “*eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir.*”

⁵⁸ Kunter, (n 30) 137 vd.; Katoğlu, (n 32) 63

B. “HAKSIZLIK BİLİNCİ”NİN KASTA DAHİL BİR UNSUR MU OLDUĞU YOKSA KASTIN DIŞINDA KUSURUN FARKLI BİR UNSURU MU OLDUĞUNA İLİŞKİN AYRIM

Kasıtlı bir hareketten söz edebilmek için fiilin bilerek ve istenerek yapılmasının yanı sıra failin, haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği ifade edilmekte ve buna öğretilde kast teorisi adı verilmektedir.⁵⁹ Nitekim Toroslu, TCK 30/4. maddesinde getirilen düzenleme ile birlikte kastın varlığı için failde antisosyallik bilincinin⁶⁰ bulunmasının şart koşulduğunu belirtmekte; buna göre kastın varlığı için failde, müşterek hayatın gereklerine aykırı şekilde davranma ve sonuçta başkalarına zarar verme, kötülük yapma bilincinin yani fiilin değersizliği, haksızlığı bilincinin de bulunması gerektiğini ifade etmektedir. ⁶¹ Yüce’ye göre de; hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsurudur. Kast, hukuka aykırılık bilinci eşliğinde iradenin hukuki bir ihlale yönelmesidir.⁶²

Kusurluluğu açıklamada normatif anlayışının etkisi ve haksızlık bilinci olmadan da kasten hareket edilebileceğinin kabulü ile kusur teorisi ortaya çıkmıştır.⁶³ Almanya’da “finalizm” akımının etkisi ile ortaya çıkan yeni kusur teorisinde; haksızlık bilinci ile kastın birbirinden ayrıldığı, haksızlık bilincinin bulunmadığı durumlarda dahi kasten hareket etmenin mümkün olduğu⁶⁴, haksızlık bilincinin kusurun bir unsuru haline geldiği, haksızlık bilincinin olmadığı hallerde kastın değil, kusurun ortadan kalktığı kabul edilmiş⁶⁵ ve bu anlayış doğrultusunda Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinde yer alan düzenlemeye yer verilmiştir.⁶⁶

Özetle kast teorisini savunan yazarlarca haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olduğu ve bulunmaması halinin kastı ortadan kaldırdığı belirtilmekte, kusur teorisi taraftarı olan yazarlar ise kast ve haksızlık bilincinin birbirinden ayrıldığını, haksızlık bilincinin suçun temelini oluşturduğunu, fiilini bilerek ve isteyerek yani kasten işleyen kişi de, haksızlık bilincinin

⁵⁹ Sözüer, (n 41) 474

⁶⁰ Siyasal suçların büyük bir kısmı yönünden antisosyal ve topluma zararlı değerlendirmesi yapılmasında sorun yaşanacağı ve yine bazı suçların topluma zarar verici, antisosyal niteliğe sahip olup olmadığına bakılmaksızın cezalandırıldığı dikkate alındığında bu şekilde bir belirlemenin pozitif hukuk bakımından bir değeri olmadığı savunulmuştur. Bkz. Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975) 155; ayrıca bkz. Pisapia, (n 1) 81

⁶¹ Toroslu, ‘Ceza Hukuku Genel Kısım’ (n 1) 204-205

⁶² Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985) 66

⁶³ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 153; Gündüz, (n 47) 522 vd.; Sözüer, (n 41) 477; Soyer Güleç, (n 28) 76

⁶⁴ Meraklı, (n 37) 211-212

⁶⁵ Sözüer, (n 41) 477; Soyer Güleç, (n 28) 76

⁶⁶ Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinde yer alan düzenlemenin benzerine TCK’nın 30/4. maddesinde yer verilmesiyle birlikte Türk Ceza Hukukunda da yeni kusur ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir. Bkz. Meraklı, (n 37) 347

bulunmayabileceğini⁶⁷, haksızlık bilincinin bulunmamasının doğrudan kusuru ortadan kaldırdığını ifade etmektedirler.⁶⁸

İster kast içerisinde konumlandırılınsın isterse de kastın yanında kusurun bir unsuru olarak değerlendirilsin, haksızlık bilincinin bulunmaması sonuç olarak kusurluluğu ortadan kaldıracaktır. Kastı ortadan kaldırdığı kabul edildiğinde failin, fiilin taksirli halinden sorumlu olması gerektiği söylenebilecekse de doğrudan kusurluluğu ortadan kaldırdığının kabulü halinde fail, gerçekleştirmiş olduğu fiilin taksirli halinden dahi sorumlu olmayacaktır. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında sadece “cezalandırılmaz” ifadesine yer verilmiş olması ve aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen; “bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk haklı saklıdır” gibi bir ifadeye yer verilmemesi nedeniyle “kural üzerinde hata” halinin kastı değil, doğrudan kusurluluğu ortadan kaldırdığını söylemek gerekecektir.

Ayrıca belirtmeliyiz ki “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin istisnasını teşkil eden “kural üzerinde hata” halinin esasen kusurlulukla değil, tipiklikle ilgili olduğu ve suçun tipiklik unsurunun objektif bakımından var olduğu ancak sübjektif bakımdan mevcut olmadığı hallerde söz konusu olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.⁶⁹ Tipikliğin yalnız objektif bakımından varlığı demek, kişinin gerçekleştirdiği eyleme karşılık olarak kanunda bir hüküm olmadığına inanmasına, başka bir ifade ile tipikliğin sübjektif bakımdan mevcut olmamasına rağmen kanunda eylemini karşılayacak bir hüküm bulunması, kanunu bilmemesidir.⁷⁰ Tipikliğin yalnız sübjektif bakımından varlığı, failin aksine inanışına rağmen, kanunda belli bir suç tipinin mevcut olmayışıdır.⁷¹ Nitekim “sözde suç” hallerinde kişi eyleminin suç olduğunu düşünür ancak eylemini cezalandıran kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile eylemi kanundaki hükümlere göre tipik değildir.⁷²

Kural üzerinde yapılan hata suç genel teorisi içerisinde esasen suçun manevi unsuruyla yani kusurlulukla bağlantılıdır.⁷³ Kural üzerinde hata halinin tipiklikten çok kusurlulukla ilgisi olduğunu düşündüğümüzden açıklamalarımızı kusurlulukla ilgili terimler üzerinden yapacağız.

⁶⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 4) 579

⁶⁸ Soyer Güleç, (n 28) 76: “Bu sonuç, klasik suç öğretisindeki gibi kast ve kusurun aynı anlamda kullanılması esasını terk edilip, haksızlık bilici ile kastı birbirinden ayıran modern kusur öğretisine değer tanınmasından ileri gelmektedir.”

⁶⁹ Bkz. Kunter, (n 30) 64

⁷⁰ ibid 66; Kunter, kural üzerinde hata konusunun genellikle kusurluluk bahsinde ele alındığını, hukuka aykırılık ile tipikliği ayırmayan hakim Alman öğretisinde hukuka aykırılığın, bilmek veya bilmemek meselesi olarak kusurluluk başlığında incelendiğini ifade etmektedir. Bkz. ibid 66

⁷¹ ibid 65

⁷² Dönmezer ve Erman, ‘Cilt II’ (n 29) 73

⁷³ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 148; Zafer, (n 5) 365

Nitekim TCK'nın 30/4. maddesine, Ceza Kanununun “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” bölümünde ve “hata” başlıklı maddenin içerisinde yer verilmesi, ayrıca ilgili hükümde “cezalandırılmaz” ifadesinin kullanılması böyle bir kabulü zorunlu kılmaktadır.⁷⁴

Kural üzerinde hata hallerinden esasen bilmeme durumu söz konusudur. Hatayı, “gerçek olan ile kanaat arasındaki farklılık” olarak tanımladığımızda ve hata hallerinin “eksik ya da yanlış bilgi” ile oluştuğu dikkate alındığında bilmeme, kural üzerinde hatayı da kapsar durumdadır.⁷⁵ Ancak salt bilmeme bir hukuki sonuç doğurmadığından ve bilmemenin hataya dönüşmesi hali ceza hukukunu ilgilendirdiğinden “kural üzerinde hata” ifadesi kullanılmaktadır.

Kanunu bilmeme “ceza kanunlarını bilmeme” şeklinde olabileceği gibi “ceza kanunlarının dışında ve ceza hükmü içermeyen yasaları bilmeme” biçiminde ortaya çıkabilecektir. Ayrıca ceza normunun yanlış yorumlanması⁷⁶ ya da hükümsüzlüğüne inanılması hallerinin de bilmeme kapsamında olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷

C. CEZA KANUNLARINI BİLMEME

765 sayılı TCK'nın 44. maddesinden farklı olarak 5237 sayılı TCK 4. maddesinde “ceza kanunlarını bilmeme” ifadesine yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde ise mehz kanundan ayrılınarak “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ifadesine yer verilmişti.⁷⁸ Yeni düzenleme ile birlikte ceza kanunları dışındaki kanunlar yönünden gerçekleşen kural üzerinde hata hallerinin artık mazeret olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁹ Gerçi eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde de ceza kanunlarının dışında, ceza hükmü içermeyen kanunlar yönünden gerçekleşen kural üzerinde hatanın, ceza hükmü yönünden fiil üzerinde hataya dönüşmesi durumunda failin sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde görüşler beyan edilmekteydi.⁸⁰

⁷⁴ Ayrıca belirtmeliyiz ki hem kasıtlı suçlarda hem de taksirli suçlarda hukuki hatanın mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk ve Erdem, (n 31) 302

⁷⁵ Yüksel Ersoy, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı’ (1967) 22 (4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 249, 254-259

⁷⁶ Yanlış yorumlamanın kişiyi mesuliyetten kurtaramayacağı yönündeki görüş için bkz. Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım (Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası 1953) 389

⁷⁷ Zafer, (n 5) 365

⁷⁸ 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde yer verilen hükmün, eski kanunda olduğu gibi “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde olması gerektiği, ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı bir durumda diğer kanunları bilmemenin öncelikle mazeret sayılmaması gerektiği, zira ceza kanununun yaptırımının hapis olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Soyaslan, (n 15) 449-450; ayrıca bkz. Erem, (n 18) 14; “*mecburi olmaları bakımından kanunlar birbirlerine eşittirler. Bu sebeple ister Ceza Kanunu, ister ceza kanunundan gayri bir kanun bahis mevzuu olsun, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*”

⁷⁹ Yeni düzenleme ile birlikte, ceza kanununda yer verilen kavramları tanımlayan ve açıklayan diğer kanunları bilmemenin mazeret sayılacağı sonucunun ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Bkz. Zafer, (n 5) 366

⁸⁰ Erem, (n 18) 14

Bir ceza normunun kural olarak hüküm ve yaptırım olmak üzere iki ögeden oluştuğu, eğer bir normda yaptırım kesin olarak belirlenmiş, fakat hüküm ileride başka bir işlemle doldurulacak mahiyette, genel çerçeve şeklinde belirlenmişse, açık ceza normunun varlığından bahsedileceği ifade edilmiştir.⁸¹ İdari bir işlem veya tasarrufla doldurulan açık normlarda, hukuki bilmeme, hükmün muhatabına atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkmışsa “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir.⁸² Nitekim Askeri Ceza Kanunu’nun 87 vd. maddelerinde düzenlenen “emre itaatsizlikte ısrar suçu” açık ceza normu niteliğindedir. Zira emirlerin içeriği askeri idare tarafından belirlenmekte, bu emirlere uymamanın yaptırımı da ceza kanununda belirtilmektedir. Askeri Yargıtay geçmişte vermiş olduğu bir kararında, emrin kendisine yazılı olarak tebliğ edilmesi ve izleyen günlerde sözlü olarak da belirtilmesine rağmen askeri birlikte “cep telefonu bulunduran ve kullanan” failin, TCK 30/4. maddesinde düzenlenen kural üzerinde hata hükmünden faydalanamayacağına hükmetmiştir.⁸³

D. CEZA KANUNLARI DIŞINDA VE CEZA HÜKMÜ İÇERMEYEN KANUNLARI BİLMEME

Ceza kanunlarının dışında olan ve aynı zamanda ceza kanunlarına etki eden yasaları bilmemenin ya da yanlış yorumlamanın, fiili üzerinde hata dönüşebileceği, esaslı fiil üzerinde hata halinin kastı ortadan kaldırması nedeniyle ceza sorumluluğunun da ortadan kalkabileceği ifade edilmektedir.⁸⁴ Evini bir başkasına satmış olan bir kimse, evinin Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesine göre bütünleyici parçası olan bazı tesisatı satışa dahil olmadığı ve kendisine ait olduğu düşüncesiyle alıp götürdüğü bir durumda, TMK 684. maddesini bilmediğini ya da yanlış yorumladığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir.⁸⁵ Ancak bu durumda kural üzerinde hata değil, kastı ortadan kaldıran fiil üzerinde hata söz konusudur. Zira fail, başkasının malını alma yani hırsızlık kastı ile hareket etmemektedir.⁸⁶

⁸¹ Zeki Hafizoğulları, ‘Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları’ (1977) I Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yılı Armağanı 193, 204

⁸² ibid 211

⁸³ Askeri Yargıtay, E. 2008/0446, K. 2008/0387, 13.02.2008; yüksek mahkemenin ilgili kararında ayrıca “*sanığın, mezkur emri tebellüğ ettiği tarih ile cep telefonunun tespit edildiği tarihler arasında usta asker olarak, kendisine verilen emirlerin vasıf, mahiyet ve sonuçlarını anlayabilecek bilgi düzeyine sahip olduğu nazara alındığında, 5237 sayılı TCK’nın 30/4 maddesinde kaçınılmaz bir hataya düştüğünü kabul etmek mümkün görünmemektedir.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerden failin kişisel özellikleri dikkate alınarak bazı durumlarda “kanunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin uygulanmasının mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır.

⁸⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 420

⁸⁵ Taner, (n 75) 390

⁸⁶ Bkz. Devrim Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2007) 115; “*failin ceza kuralının dışında kalan bir normu bilmemesi veya yanlış bilmesi nedeniyle ceza normu tarafından yasaklanan fiilden farklı bir fiil gerçekleştireceğini düşünmesi halinde bu durum tipik fiil üzerinde hata ile aynı sonucu doğurur ve kastı kaldırır.*”

2014 tarih ve 6545 sayılı yasa ile “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesine 2. fıkra eklenmiş ve ilk defa 15-18 yaş aralığındaki çocukla ensest (fücur) ilişki suç olarak düzenlenmiştir.⁸⁷ TCK’nın 104/2. maddesine göre; *suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet şartı aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.* İlgili maddede, aralarında evlenme yasağı olan kişilerin kimler olduğu belirtilmemiş ve üstü kapalı olarak Türk Medeni Kanunu’na⁸⁸ atıfta bulunulmuştur. Birbirleri ile evlenmeleri yasak olan kişiler Türk Medeni Kanunu’nun 129. maddesinde belirtilmiştir.⁸⁹ Birbirleri ile evlenmelerinin yasak olduğunu bilmeyip cinsel ilişkide bulunan kişilerin hataları, fiil üzerinde hata kapsamında kabul edilebilecektir. Zira buradaki bilmeme, medenin kanununun ilgili hükmüne ilişkindir ve bu bilmeme halli reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden fiil üzerinde hataya dönüşerek kastı ortadan kaldıracaktır. Somutlaştırmak gerekirse fail, eşiyle evliliği sona ermiş olsa bile 15-18 yaş aralığındaki üvey kızı ile cinsel ilişkide bulunursa reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.⁹⁰ Boşandığı eşinin, başka bir kimseden olan çocuğu ile evlenmenin yasak olduğunu ve dolayısıyla bu kişi ile cinsel ilişkide bulunmanın suç olduğunu bilmeme hali, esasen medeni kanununun ilgili maddesinin bilinmemesine ilişkindir ve etki ettiği suç yönünden kastı ortadan kaldırabilir.

Kural üzerinde hatanın doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir.⁹¹ Doğrudan kural üzerinde hatada fail, yasaklanan davranışın normunu hiç bilmemekte ya da bilmekle beraber hükümsüz kaldığını zannetmekte veya yanlış yorumlayarak somut olaya uygulanmayacağını düşünmektedir.⁹²

⁸⁷ Pınar Memiş Kartal, ‘Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK. m. 104)’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2083, 2085

⁸⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001, S. 24607

⁸⁹ TMK’nın 129. maddesine göre; 1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu ve altsoyu arasında, 3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenmek yasaktır.

⁹⁰ Bkz. TMK 129/2

⁹¹ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 136

⁹² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 4) 580

Dolaylı kural üzerinde hatada ise davranışın kanunen yasaklandığını bilmesine rağmen, yine kanun ile fiiline izin verildiğini düşünmektedir.⁹³ Böylesi bir durumun aynı zamanda hukuka uygunluk nedenlerinde⁹⁴ hata kapsamına girdiği ifade edilmektedir.⁹⁵

E. HATANIN KAÇINILMAZ OLMASI

TCK'nın 30/4. maddesinin uygulanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir.⁹⁶ Bu durumda “kaçınılamaz” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.⁹⁷

Kaçınılamaz hatadan söz edebilmek için hepsinden önce kişide haksızlık bilincinin bulunmaması gerekir; yani kişi fiilini gerçekleştirirken, başkalarına zarar vermediği ve onlar bakımından bir tehlike yaratmadığı inancı ile hareket etmiş olmalıdır.⁹⁸ Bir kimsenin kendi davranışının yasaklanmış olduğunu bilmesinin veya en azından tahmin etmesinin haksızlık bilinci açısından yeterli olduğu ifade edilmektedir.⁹⁹

TCK'da 30/4. maddesindeki hükme yer verilmeden önce ceza kanunlarını bilmek hususunda “mutlak imkansızlık” içinde bulunan kişinin bilgisizliğinin, kusurluluğu ortadan kaldırdığı ifade edilmekteydi.¹⁰⁰ Bu durumda ceza kanunlarını bilmek hususunda “mutlak

⁹³ Sözüer, (n 41) 481, Örnek vermek gerekirse kişi kasten öldürmenin suç olduğunu bilmektedir ancak kanun kaçaklarının ya da aforoz edilenleri öldürmenin serbest olduğunu düşünmektedir. Buna “kapsam hatası” (subsumption error) adı verilmektedir. Bkz. Williams, (n 25) 288

⁹⁴ Ayrıca belirtmeliyiz ki eylemini gerçekleştirirken hukuka aykırılığı kaldırmaya etkili olmayan bir nedeni, bu nitelikte sayan kişinin hatasının hukuksal hata olarak kabul edilip TCK 4. maddesi gereği bu hatanın eylemin hukuka aykırılığını kaldırmada etkili olmamasının gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta Yayınevi 2016) 314

⁹⁵ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 168-169, Ayrıca belirtmeliyiz ki hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında, başka bir ifade ile fiili şartlarına yönelik hataya düşülmesinin hukuki hatadan farklı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Jescheck, (n 13) 40; Claus Roxin, ‘Yasağa İlişkin Yanılma’ (Çeviren: Osman İsfen (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin’e Armağan) 243, 243

⁹⁶ TCK'nın 30/4. maddesinde, Alman Ceza Kanunu'ndaki hükümden farklı olarak kaçınabilir hata hallerinde cezadan indirim yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak kaçınabilir hata hallerinde, kişinin kusurlu sayılacağı ve bu hususun temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir. Bkz. TCK 30/4. maddenin gerekçesi

⁹⁷ Avusturya Ceza Kanunu'nunda kaçınılmazlığın tespitinde; “haksızlık herkes gibi fail için de bilinebilecek nitelikte olması” ve “failin mesleği, meşguliyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini bilgilendirmemiş olması” şeklinde açıkça iki kritere yer verildiği ifade edilmektedir. Bu hükmün metni ve değerlendirmesi için bkz. Rahime Erbaş, ‘Haksızlık Hatasının Kaçınabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği’ (2019) 12 (40) Ceza Hukuku Dergisi 379, 379-401

⁹⁸ Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 296

⁹⁹ Hakeri, (n 44) 470

¹⁰⁰ Erem, (n 18) 11; Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 294; Hafizoğulları ve Özen, eskiden beri İtalyan Yargıtay'ı tarafından bilmemenin, “beşeri imkansızlık” hallerinde mazeret olarak kabul edildiğini ifade etmişlerdir. Bkz. 295

imkansızlık” içinde bulunan kişinin hatasının kaçınılmaz olduğunu söyleyebiliriz.¹⁰¹ Nitekim bilme olanağı varsa, kuralı bilmemenin mazeret sayılamayacağı ifade edilmektedir.¹⁰²

Failin, fiilin olası hukuka aykırılığı üzerinde kendisine düşünmesini ve gerektiğinde hukuki olarak bilgilendirilmesini gerektirecek bir durumun ortaya çıkmış olması rağmen gerçeği öğrenmek için teşebbüste bulunmaması ya da öğrenmeye ilişkin çabalarının yetersiz kalması hallerinde hatanın kaçınılmaz olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁰³ Başka bir ifade ile ilgili kanun maddesini araştırmayı gerektirecek bir vesile¹⁰⁴ ile karşılaşıldığında bilgiyi elde etme konusunda bilerek ya da taksirli olarak¹⁰⁵ herhangi bir çaba gösterilmemiş ise kaçınılmaz hatadan söz edilemeyecektir.¹⁰⁶

Kişinin mesleği açısından kuralı bilme yükümlülüğü bulunuyorsa yine bu durumda kaçınılmaz hatadan söz edilemeyecek ve mazeret olarak kabul edilmeyecektir.¹⁰⁷

Kişinin hareket etmek istediği alanın özel hukuk normlarına tabi olduğunu bilmesine rağmen, gerekli hukuki bilgilere ulaşmak için gayret göstermediği durumlarda yine kaçınılmaz hatadan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁰⁸

Kaçınabilir-kaçınılmaz hata kriterinin esasen yabancılar ile vatandaş arasındaki ayırma dayandığı görüşü ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Zira başka bir ülkeden gelip ülke sınırları içerisinde suç işleyen bir yabancı, ülke vatandaşına göre kural üzerinde hataya düşmesi daha olasıdır.¹¹⁰

¹⁰¹ Kural üzerinde hatanın söz konusu olabilmesi için gerçekleştirilen fiilin yasak olduğunun bilinebilir olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 156

¹⁰² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 435

¹⁰³ Sözüer, (n 41) 483-484; Roxin’e göre; yasağa ilişkin yanılmanın önlenmesi için gerekli olan araçlar düşünme ve bilgilendirilmedir. Yasağa ilişkin yanılmanın önlenebilirliği üç şarta bağlıdır; a) Failin, davranışının muhtemelen hukuka aykırı olması hakkında düşünce sarf etmesi veya bu konuda kendisini bilgilendirmesi için bir sebebin mevcudiyeti gereklidir; b) Böyle bir sebebin mevcudiyeti halinde, failin ya durum hakkında emin olmaya yönelik bir gayretinin bulunmaması ya da bu gayretlerin, sorumluluğun ortadan kalkmasının önleyici sebeplerden dolayı kabul edilemeyecek derecede yetersiz olması gerekmektedir; c) Fail, mevcut bir sebebe rağmen gereğinden az bir ölçüde hukuki durum hakkında bilgilendirilmek için gayret sarf etmiş ise, yasağa ilişkin yanılma yine de sadece, yeterli derecedeki gayretlerin haksızlığa ilişkin bilgilendirilmeyi mümkün kılmış olacağı hallerde önlenebilir olacaktır. Bkz. Roxin, (n 94) 266-267

¹⁰⁴ Erman, kaçınılabilirliğin tespitinde vesile (anlass) unsurunun kullanıldığını, (bkz. 239) davranışın haksızlığını gösteren bir vesile ile karşılaştığı durumlarda failin, bunun doğru olup olmadığının araştırması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Erman, (n 39) 249

¹⁰⁵ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 157

¹⁰⁶ Öztürk ve Erdem, (n 31) 303

¹⁰⁷ İçel, (n 93) 293

¹⁰⁸ Roxin, (n 94) 268; Apaydın, (28) 101

¹⁰⁹ Dönmezer ve Erman, ‘Cilt I’ (n 7) 255. Ülkeye yeni gelen yabancı yönünden kural üzerinde hatadan söz edebilmek için Carrara’ya göre iki şartın bulunduğu, bunlardan birincisinin “işlenen fiilin genel ahlaka aykırılık teşkil etmemesi”, diğerinin ise “bu fiilin yabancı vatanında yasak edilmemiş olması” şeklinde koşullar olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Cemil Halit Bengü, Ceza Hukukunda Hata (1. Baskı, Sakarya Basımevi 1948) 109-110

¹¹⁰ Demirbaş’a göre; İstanbul Sultanahmet’te esrar içerken yakalanan turistin, “ben Türkiye’de esrar içmenin suç olduğunu bilmiyordum” demesi, “hukuki yanılma” olup; ceza hukuku kaynaklarının bağlayıcılığı ve TCK m. 4/1 karşısında, ceza hukuku bakımından önem taşımaz. Bkz. Demirbaş, (n 26) 396. Bize göre de böyle bir durumda kural üzerinde hatadan söz edilemez. Bazı ülkelerde serbest bırakılmış olsa da dünyanın çoğu ülkesinde birey üzerinde

Nitekim tamamen farklı bir kültürden gelen bir yabancıнын, yerleşmeye karar verdiği ülkenin dilini öğrenmek veya kanunlarını, kültürünü anlayabilmek için zamana ihtiyaç duyacağı, bu statüde olan kişilerden, özellikle o ülkeye özgü koşullardan doğan suçları bilmesinin ve hareketlerini ona göre yönlendirmesinin beklenemeyeceği ifade edilmiştir.¹¹¹

Öğretideki görüşler böyle olmakla birlikte yüksek mahkemenin ülke içerisinde suç işleyen yabancılar bakımından “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesini katı bir şekilde uyguladığını söylemek gerekir.¹¹² Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; savunmasında tarihi objeleri bulundurmanın suç olduğunu bilmediğini ifade eden ve İran vatandaşı olan sanığın, 2863 sayılı Kanunu’nun 23/a maddesine göre korunması gerekli taşınır kültür varlıklarını İran’dan alıp satmak amacıyla Türkiye’ye getirdiği ve yapılan ihbar üzerine kalmakta olduğu otel odasında bu objelerle birlikte henüz satışa arz edemeden yakalandığı olayda; 5237 sayılı TCK’nın 4. maddesinde belirtilen, “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmü karşısında, sanık hakkında beraat kararı verilmesinin doğru olmadığına hükmetmiştir.¹¹³

Benzer bir olay farklı bir ülkede Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının başından geçmiştir. Boğaziçi üniversitesini bitirdikten sonra ABD’de Duke Üniversitesinde doktora yapan akademisyen, araştırma yapmak için Ermenistan’a gider. Burada araştırmalarını tamamladıktan sonra Ermenistan’dan çıkış yapmak üzereyken gözaltına alınır. Akademisyene karşı yapılan suçlama 50 yıldan eski olan kitapları ülke dışına çıkarmaya teşebbüs etmektir. Zira Ermenistan yasalarına göre 50 yıldan eski kitapları yurt dışına çıkarmak yasaktır. Akademisyen, para ile satın aldığı 50 yıldan eski kitapları yurt dışına çıkarmaya çalışması nedeniyle 2 ay tutuklu kalır ve

öldürücü etkisinin bulunması nedeniyle uyuşturucu madde kullanımı yasaklanmıştır. Uyuşturucunun ölümcül etkisi ve temininin de belli koşullara bağlandığı dikkate alındığında, kişinin uyuşturucu kullanımının serbest olup olmadığına ilişkin araştırma yükümlülüğü doğar. Bu araştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin kural üzerinde hataya düştüğünden bahsedilemeyecektir.

¹¹¹ Bkz. Zafer (n 5) 366

¹¹² Bkz. Yar. 12 CD, E. 2013/27589, K. 2014/22906, 14.11.2014; “*Ukrayna uyruklu sanığa ait valizin, Adnan Menderes Hava Limanı dış hatlar terminaline giden yolcu bölümünde x-ray ile kontrolü sırasında yoğun metal görüntü alınması üzerine yapılan aramada iki adet metal paranın ele geçirildiği, İzmir Müze Müdürlüğünden alınan 30.03.2011 tarihli raporda, delikli olan, hicri 1223 tarihli bir adet gümüş sikkenin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına girdiği, bakır olan hicri 1277 tarihli diğer sikkenin ilgili kanun kapsamında olmadığı tespit edildiği, sanığın savunmasında, 28.03.2011 tarihinde Alsancak’ta gezdiği sırada antika eşyalar satan bir mağazadan dava konusu sikkeleri 35 avro karşılığında satın aldığı beyan etmesi karşısında; sanığın 2863 sayılı Kanun kapsamındaki kültür varlıklarını yurtdışına çıkarmaya teşebbüs ettiği, bu itibarla sanığın mahkumiyetine karar verilmesi yerine, ‘sanığın Türkiye’deki ayrıntılı mevzuatı açıkça bilmediği, atılı suçu işleme kastının bulunmadığı’ şeklindeki, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ve hatalı değerlendirme ile beraat kararı verilmesi,” Benzer kararlar için ayrıca bkz. Yar. 12 CD, E. 2013/27759, K. 2014/22905, 14.11.2014; Yar. 12 CD, E. 2014/16710, K. 2015/7747, 08.05.2015*

¹¹³ Yar. 12 CD, E. 2013/30366, K. 2014/4085, 19.02.2014; aynı dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine yeniden aynı daire önüne gelmiş, ilgili daire olaya ilişkin olarak bir önceki ilamında olduğu gibi aynı yönde karar vermiştir. Bkz. Yar. 12 CD, E. 2014/13637, K. 2014/17341, 09.09.2014

yapılan yargılama sonucunda bu suç nedeniyle aldığı ceza ertelenir.¹¹⁴ Sovyetler Birliği döneminde çıkarılan bu yasanın amacı antika değeri olan kitapların yurt dışına çıkarılmasını önlemek olsa da yabancı bir kişinin bu yasayı bilmesi olanaksızdır ve bizce bu olayda kural üzerinde kaçınılmaz hata söz konusudur.

Kanunlar, ilgili Anayasa hükümleri uyarınca, belirlenen usuller izlenerek meclis tarafından çıkartılır ve yine Anayasa’da belirtilen aşamalar geçildikten sonra yürürlüğe girer. Kanun Hükmünde Kararnamelerin çıkarılmasını, çıkarılan merci ve usulünü, kanun gibi etki doğurmasını bir kenara bırakırsak, kanun yapma yetkisi meclis dışında başka hiçbir kuruma devredilemez. Mahkemeler dahi yorum yoluyla kanun koyucu yerine geçip yeni kurallar ihdas edemezler.¹¹⁵ Sadece delillerin değerlendirilmesi yönünden içtihat birliğinin sağlamak için belli kriterler getirilebilmektedir. Nitekim yüksek mahkeme, üzerinde belli miktarı aşan düzeyde uyuşturucu madde yakalanan kişinin, uyuşturucu madde ticareti yaptığının kabulünün gerektiği¹¹⁶, bu miktarın altında yakalanan uyuşturucu madde bakımından ise eylemin “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçunu oluşturduğu yönünde kararlar vermektedir.¹¹⁷ Önemle belirtmeliyiz ki yüksek mahkemenin miktar belirlemeleri kanun yerine geçmemelidir ve her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Ülkesinde 50 grama kadar uyuşturucu taşınmasına ve kullanılmasına izin verilen yabancının, Türkiye’de de bu duruma izin verildiği şeklinde kaçınılmaz hataya düşmesi durumunda, failin kusurlu kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.¹¹⁸ Bize göre böyle durumlarda “kural üzerinde hata”nın var olup olmamasından çok delillerin değerlendirilmesine ilişkin tartışma

¹¹⁴ Bu olayı kural üzerinde hata kapsamında aktaran: Özen, (n 20) 591. Akademisyenin göz altına alınmasında elli yıldan eski kitapları buldurmasının yanı sıra Ermenistan yetkili makamlarınca ajan olarak düşünülmesi rol oynamış olabilir. Ama neticede akademisyen sadece elli yıldan eski kitabı yurt dışına çıkarmaya teşebbüs etmekten ceza almıştır.

¹¹⁵ Anayasa’ya aykırılık durumlarında, çıkarılan kanunları iptal yetkisi bulunan Anayasa Mahkemesi dahi, yeni kanun etkisi yaratacak şekilde iptal kararları veremez. Bkz. Anayasa Madde 153/2; “*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.*”

¹¹⁶ Bkz. Yar. 10 CD, E. 2019/4767, K. 2020/1384, 26.02.2020; “*kemer ile beli arasına sıkıştırılmış vaziyette üç adet streç film ile sarılı net ağırlığı 595 gram toz esrar ele geçirilmesi karşısında; suç konusu uyuşturucu maddenin kişisel kullanım miktarının üzerinde olması,*” ayrıca bkz. Yar. 10 CD, E. 2017/1549, K. 2019/9161, 27.12.2019; “*sanığın çantasında ve üzerinde yapılan aramada toplam net 1926,3 gram kenevir parçalarının ele geçirilmesi, ele geçirilen kenevirlerden toplam net 674,82 gram toz esrar elde edilebileceğinin tespit edilmesi, kenevirlerin kurutulduktan sonra toz esrar haline getirilmeden de mevcut haliyle kullanılmasının mümkün olması, ele geçirilen kenevirlerin kişisel kullanım miktarının üzerinde olması,*”

¹¹⁷ Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında, sanığın aracında yapılan aramada ele geçirilen 59,5 gram esrarın miktar itibarıyla kişisel kullanım sınırları içerisinde kalması ve sanığın idrar ile kanından bu maddeye rastlanması göz önünde bulundurularak isnat edilen uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. (Bkz. Yar. CGK, E. 2017/20-964, K. 2020/447, 05.11.2020)

¹¹⁸ Ali Rıza Tongür ve Ekrem Çetintürk: Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 271-272

yapılmalıdır. Zira Ceza Kanununda yer alan uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin hükümlerde, 50 gramın üzerinde uyuşturucu madde ile yakalanan kişinin uyuşturucu madde ticaretinden cezalandırılacağına yönelik bir belirleme yapılmamıştır.¹¹⁹ Bu yüzden kendi ülkesinde 50 grama kadar uyuşturucu madde bulundurulmasına izin verilmesi olgusu, kural üzerinde hatanın varlığı ya da yokluğu değerlendirilirken değil, uyuşturucu madde ticareti yapılıp yapılmadığına ilişkin delillerin değerlendirilmesinde kullanılmalı ve yabancı lehine delil olarak kabul edilmelidir.

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu ile kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu arasındaki ayrımı belirleme de olduğu gibi, ülkeye belli miktarın üzerinde bandrolsüz sigara sokan kişilerin kaçakçılıkla mücadele kanununa aykırı davranmış olacağına ilişkin delil değerlendirmesi yönünden yüksek mahkemece kriterler getirilmektedir¹²⁰ Yukarıda belirttiğimiz gibi bu kriterler delil değerlendirilmesinde kullanılır ve yasa yerine geçmez.

Kural üzerinde kaçınılmaz hata bireysel olabileceği gibi toplumun çoğunluğuna sirayet eden genel bir inanıştan kaynaklanmış olabilir. Yine resmi makamların uygulamaları, tasarrufları veya açıklamaları kural üzerinde kaçınılmaz hataya sebep olmuş olabilir.

1. Bireysel ya da Genel İnanıştan Kaynaklanan Kural Üzerinde Kaçınılamaz Hata

Bireysel olarak hatanın kaçınılmaz olup olmadığının belirlenmesinde; kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir.¹²¹ Bireyin başkalarından alabileceği yardım ve ulaşabileceği yardım kaynakları sınırlı ya da hemen hemen hiç yoksa kaçınılamaz hatadan söz etmek daha bir olasıdır.¹²²

Kaçınılamaz hatadan söz etmek için en başta failin, gerçekleştirdiği fiilin yasak olduğunu bilmemesi ve aynı zamanda fiilin sosyal açıdan değersiz olduğunun bilincine sahip olmaması gerekir.¹²³ Bireyin farklı bir inanca dayanarak veya hukuk dışı nedenlerle hukuk normunun yanlış olduğunu ve bağlayıcı olmadığını düşünmesi kural üzerinde kaçınılamaz hata olarak değerlendirilemez ve sorumluluğa bir etkisi yoktur.¹²⁴

¹¹⁹ Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 188, madde 189, madde 190, madde 191, madde 192.

¹²⁰ Yurda 74 adet bandrolsüz sigara sokulması olayında yüksek mahkeme, yakalanan sigara adetinin ticari miktar ve mahiyette bulunmaması nedeniyle sanığın beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yar. 19 CD, E. 2019/7236, K. 2020/19822, 16.12.2020

¹²¹ Hakeri, (44) 469

¹²² Heinrich, (n 94) 170

¹²³ Güngör, 'Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata' (n 20) 156; Bireyin kendi hareketinin ortak yargıya göre antisosyal karakter taşıdığını bildiği durumlarda, ortada kaçınılamaz bir hata olsa dahi bireysel inancının mazur görülemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 435; Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 422

¹²⁴ Öztürk ve Erdem, (n 31) 303

Bir ceza kuralını unutmamanın bilmeme ile eşdeğer olduğu ancak kuşku hallerinde bireyin hataya düşmüş olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.¹²⁵ Zira bu kuşku hallerinde birey, bu konu hakkında bilgilenmekle yükümlüdür.¹²⁶ Bilgilenmek hususunda elinden gelen bütün çabayı göstermesine rağmen hataya düşmüşse hatanın kaçınılmaz olduğundan bahsedilebilir.¹²⁷

Kural üzerinde hataya düşülmesi bireysel nedenlerden olabileceği gibi genel bir inanıştan kaynaklanabilir. Birçok kimsenin hatta ülkede büyük bir çoğunluğun kuralı bilmemesi, yanlış yorumlaması ya da sıklıkla uygulanmaması nedeniyle geçerli veya yürürlükte olmadığını düşündüğü hallerde kural üzerinde hatanın mazur görülemeyeceği ifade edilmiştir.¹²⁸ Ancak bu durumda da suç ve cezanın şahsiliği ilkesi gereği kural üzerinde hatanın tespitinde yine kişi özelinde değerlendirme yapılacaktır. Bireysel değerlendirme yapılırken kural üzerinde hataya etkisi olan toplumdaki genel inanış ve kanaat göz önünden bulundurulacaktır.

2. Resmi Makamların Uygulamasının, Tasarruflarının ve Açıklamalarının Neden Olduğu Kural Üzerinde Kaçınılmaz Hata

Failin, fiilinin haksızlık içeriği konusunda hataya düşmesi, yetkili resmi makamın kararına veya açıklamalarına dayanıyorsa kaçınılmaz hatadan söz edileceği ifade edilmiştir.¹²⁹ Nitekim yüksek mahkemede aynı görüştedir.¹³⁰

Resmi makamın karar ve açıklamalarının, kişiyi kural üzerinde hataya sürüklemiş olması mazur görülebilecekse de¹³¹ bize göre; resmi bir makamın, bireyler tarafından da hukuka açıkça

¹²⁵ Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 293; “kuşku, bir olgu ile gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlıktır. Böyle olunca, kuşku, bir kanaatin oluşmasına engel olan fikirlerin veya tasavvurların çatışması halinde mevcut olmaktadır. Söz konusu çatışma ortadan kalkmış olmadıkça, kişinin bir şeyi gerçekte olduğundan tamamen veya kısmen farklı bildiği, dolayısıyla hataya düşmüş olduğu söylenemez.”

¹²⁶ Heinrich, (n 94) 170

¹²⁷ Bunun yanı sıra failin, kuralı öğrenme ve emin olmaya ilişkin gayretlerinin yeterli olmaması hallerinde, kural üzerinde hatanın kaçınılmaz olduğunun peşinen kabul edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Roxin, (n 94) 273

¹²⁸ Erem, (n 18) 12

¹²⁹ Zafer, (n 5) 368

¹³⁰ Bkz. Yar. CGK, E. 2015/4-7, K. 2018/480, 25.10.2018; “Failin, yetkili bir organ ya da resmi bir makamın açıklamalarına güvenerek hataya düşmesi halinde kural olarak kendisine kusur isnat edilemeyecekken, töre cinayetinde olduğu gibi kişisel, siyasi, dini veya ahlaki düşüncelerine göre yaptığı hareketi doğru kabul etmesi durumunda, davranışının toplumsal normlara ve hukuk düzenine aykırı olduğunu bilmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmelidir.”

¹³¹ Erem, (n 18) 13

aykırılığı bilinen ve yasaya uymayan sözlü ve yazılı emirleri¹³² ya da emsal teşkil edebilecek uygulamaları ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır.¹³³

Resmi makamların, daha doğru bir ifade ile resmi makam adına irade açıklamaya yetkili kişilerin, bireyi hataya sürüklemesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Görevli memur ilgili şahsa yanlış bilgi vermişse ve yanlış yönlendirmede bulunmuşsa, şahsın kural üzerinde hatası mazur görülebilir.¹³⁴ Bununla birlikte kural üzerinde hata, resmi makamın yükümlüklerini yerine getirmemesinden, ihmalinden kaynaklanıyorsa kaçınılamaz hatadan söz edilemeyecektir.¹³⁵ Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; abonesiz ve sayaçsız olarak kolon sigortasından hat çeken fail hakkında, abone olması için uyarıda bulunulmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesince verilen beraat kararının, TCK'nın 4. maddesinde yer verilen “ceza kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmü uyarınca hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹³⁶

Bir kimsenin bir fiilin suç teşkil etmediği şeklindeki mahkeme kararlarına güvenerek aynı fiili işlemesi hali kural üzerinde hata kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹³⁷ Zira her mahkeme kararı somut olaya ilişkindir ve genel bir bağlayıcı etkiye sahip değildir. Dolayısıyla herkesin, mahkeme kararlarının değişmez ve yargıçlarında yasa koyucu olmadığını bilmesinin gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁸

Hareket edilecek alanda uzman sıfatı taşıyan birinin görüşüne ya da bir avukatın vermiş olduğu yanlış bilgiye dayanılarak düşülen kural üzerinde hata hallerinde, kaçınılamaz hatadan söz edilemez.¹³⁹ Zira bu gibi durumda danışılan kişiler, resmi sıfatı olan devlet görevlisi kişiler değildir.¹⁴⁰

¹³² Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 421, yüksek mahkemenin 14.10.1963 tarih ve 3/204/199 sayılı kararında; “Ormandan ağaç kesmek ve çıkarmak, yasanın istediği biçimde işlem yapılmasına bağlıdır. Tersine davranış suçtur. Köy muhtarı veya korucunun ya da öğretmenin yasaya uymayan emir ve sözleri ceza sorumluluğunu kaldırmaz” ifadelerine yer verilmiştir. Önder’e göre; bu karar, resmi görevi olan kişilerin sözlerinin hukuki yanılmada etkili olmadığını göstermesi açısından önemlidir. Karar ve görüş için bkz. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Bası, Beta Yayınevi 1992) 332

¹³³ Farklı görüş için bkz. Roxin, (n 94) 271; “resmi bir makam tarafından belirli bir davranışa müsamaha gösterilmesi, ilgili resmi makamın, failin davranışını hukuka uygun gördüğü şeklindeki bir yorumunun mümkün olduğu durumlar, yasağa ilişkin önlenemez bir yanılmanın temelini oluşturabilecektir.”

¹³⁴ Sahir Erman, ‘Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma’ (1946) 12 (2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 509, 526

¹³⁵ ibid 526

¹³⁶ Yar. 2 CD, E. 2007/18930, K. 2008/2076, 11.02.2008

¹³⁷ Erman, (n 133) 527-528; farklı görüş için bkz. Roxin, (n 94) 272; “failin, davranışına izin verildiği yönündeki içtihatlarla uygun şekilde hareket etmesi durumunda, yasağa ilişkin yanılmanın, sorumluluğu ortadan kaldırır nitelikte değerlendirilmesi gerekir.”

¹³⁸ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 158

¹³⁹ Olgun Değirmenci, ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’ (2014) 26 (110) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 130, 148; farklı görüşler için bkz. Roxin, (n 94) 270-273; Sözüer, (n 41) 83

¹⁴⁰ Gündüz, (n 47) 513

II. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA KURAL ÜZERİNDE HATA

Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar, en eski suçlar arasında ve “tabii suçlar” kategorisi içerisinde yer almaktadır. Tabii suçlar arasında yer aldığı içindir ki karşıdaki kişinin iradesine aykırı bir biçimde cinsel davranışta bulunulmasının, kanun tarafından cezalandırılmadığını başka bir ifade ile suç olarak düzenlenmediğinin düşünülmesi pek mümkün değildir. Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda kural üzerinde hata, daha çok cinsel davranışa karşı gösterilen rızanın geçerli olup olmadığına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. TCK’daki ilgili hükümler uyarınca belli bir yaşın altında olan çocukların, cinsel davranışa karşı göstermiş oldukları rıza kesin olarak geçersizdir. Kişi, gerçekleştirmiş olduğu cinsel nitelikteki davranışını suç olmaktan çıkararak yaş sınırını bilmeyebilir. Yine mağdurun akıl hastası olduğu ve irade yeteneğinin bulunmadığı bir durumda göstermiş olduğu rızanın geçerli olup olmadığına ilişkin olarak kural üzerinde hataya düşmüş olabilir. Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda kural üzerinde hata savunması en çok bu hallerde yapıldığından aşağıda öncelikle bu iki durum incelenecektir. Bu iki duruma ilave ve son olarak yasalar uyarınca eşcinsel ilişkiye izin verilip verilmediği, eşcinsel ilişki yönünden kural üzerinde hatanın söz konusu olup olamayacağı konusuna değinilecektir.

A. CİNSEL NİTELİKTEKİ FİİLLERE KARŞI RIZA GÖSTERMEDE YAŞ SINIRI

Ortada cebir, tehdit ya da iradeyi etkileyen başka bir sebep bulunmamasına rağmen belirli bir yaşa gelmemiş bulunan çocukların korumaya tabi tutulup bu çocuklarla cinsel ilişki kuranların cezalandırılmasının nedeni olarak, küçük yaşlarda cinsel eğilimleri karışık ve karmaşık olan çocukların, cinsel hayatlarının gelişmesi evresine rastlayan bu dönemlerde, cinsel içgüdülerin güçlü olması nedeniyle cinsel temas ve ilişkilere karşı zayıf bulunuşları, belli bir vücut ve zihni olgunluğa erişmeden cinsel özgürlükleri kapsamında vermiş oldukları karar ve icra ettikleri fiillerin, çoğu zaman çocuğun genel menfaatine aykırı nitelikte olması gösterilmiştir.¹⁴¹ Kanunla cinsel ilişki kurma yönünden belli bir yaş sınırı getirilerek aynı zamanda cinsel olgunluğa erişmemiş çocukların hem bedensel hem de zihinsel olarak sağlıklı gelişme hakkı koruma altına alınmış olmaktadır.¹⁴²

Türk Ceza Kanunu’nundaki düzenlemelere bakıldığında, on beş yaşını doldurmamış çocukların cinsel davranışlara karşı göstermiş oldukları rıza kesin olarak geçersizdir.¹⁴³ Başka bir

¹⁴¹ Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (Beşinci Bası, Filiz Kitabevi 1983) 81

¹⁴² Veli Özer Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 356

¹⁴³ TCK’nın 103. maddesi dikkate alındığında, kanun koyucunun on beş yaşını doldurmamış küçüklerin, üzerlerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmadığını baştan kabul ettiği,

ifade ile Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucu tarafından cinsel olgunluk yaşının on beş ve üstü olarak belirlendiğini söylemek gerekir.¹⁴⁴

TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin hüküm esas alındığında 15-18 yaş aralığında bulunan bir çocuk, başkası ile cinsel ilişkiye girdikten sonra, ilişkiye girdiği kişiden şikayetçi olursa ilişkiye giren kişinin ceza alması söz konusu olabilecektir.¹⁴⁵ Bu hükümden yola çıkarak cinsel davranışlara karşı rıza yaşının esasında 18 olduğu sonucuna ulaşılabilecekse de; bu suçun şikayete bağlı olması, yüksek mahkemenin kabul ettiği¹⁴⁶ ve öğretide bazı yazarların¹⁴⁷ savunduğu şekliyle şikayet hakkının temyiz kudretine sahip mağdur çocuğa ait olması, 15-18 yaş aralığında olup rıza ile ilişkiye giren çocuğun çoğu durumda şikayetçi olmayacağı gerçeği dikkate alındığında Türk Hukuku'nda çocuğun cinsel davranışa karşı göstermiş olduğu rızanın geçerli olarak kabul edildiği yaş sınırının on beş ve üzeri olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Yaş sınırının kanun koyucu tarafından belirlendiği benzer düzenlemelere diğer ülkelerin kanunlarında da yer verilmiştir. İtalya'da rızanın geçerli olarak kabul edildiği yaş sınırı on dördür.¹⁴⁸ Fransa'da on beş yaşın altındaki çocukların, cinsel davranışlara karşı göstermiş oldukları rıza geçersizdir.¹⁴⁹ Almanya'da on dört yaşını tamamlamış ya da on dört yaşını aşkın çocukların göstermiş olduğu rıza geçerli olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁰

Farklı kültürlerde ve ülkelerde, çocukların cinsel yönden olgunluk yaşının farklılık göstereceği bir gerçektir. Hatta aynı kültür, ülke veya şehir içerisinde yaşayan çocuklar arasında

bunun aksini ileri sürmenin imkansız olduğu, bu gibi durumlarda mağdur çocuğun yaşamış olduğu cinsel nitelikteki davranışların anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığının araştırılmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. ibid 352

¹⁴⁴ Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 168: “*Ceza hukuku bakımından cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaşın alt sınırının bir başka deyişle cinsel olgunluk yaşının 15 yaş olarak kabul edildiği söylenebilir.*” Türk Ceza Kanunu'nun kabul etmiş olduğu on beş yaş sınırının yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer, (n 140) 81

¹⁴⁵ TCK 104. maddesine göre; *cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocuklarla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

¹⁴⁶ Yüksek mahkeme vermiş olduğu kararlarda mağdur çocuğun velisi şikayetçi olsa da; mağdurun temyiz kudretine sahip olduğu ve şikayetinden vazgeçtiği durumlarda mağdur çocuğun beyanını esas alınarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Bkz. Yar. 14 CD, E. 2020/5877, K. 2020/5429, 26.11.2020; Yar. 14 CD, E. 2019/4034, K. 2019/10259, 20.06.2019

¹⁴⁷ Memiş Kartal, ‘Reşit Olmayanla Cinsel ilişki’ (n 84) 2096; Ünver farklı görüştedir bkz. Yener Ünver, ‘Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi’ (Editör: Yener Ünver (1. Baskı) Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2013) 50; “*reşit olmayan bu kişinin adına şikayeti kanuni temsilcisinin yapabileceğini kabul etmek gerekir.*”

¹⁴⁸ Pınar Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı (1. Baskı, Der Yayınları 2014) 97-102

¹⁴⁹ ibid 92-93

¹⁵⁰ Alman Ceza Kanunu'nun “çocukların cinsel istismarı” başlıklı 176. maddesine göre; *her kim on dört yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerine cinsel davranışlarda veya bu çocuğa kendisi üzerinde bu tür davranışları yaptırsa, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* Bkz. Yenisey ve Plagemann, (n 14) 244

cinsel olgunluğa erişme yaşı farklılık gösterebilecektir.¹⁵¹ Bu nedenle kanunla yaş sınırı belirlemekten ziyade mağdur çocuğun cinsel olgunluk yaşının bireysel bazda, her olay için sağlık raporu ile tespit edilebileceği, cinsel olgunluktan da anlaşılması gerekenin hem bedeni hem de ruhi olgunluk olduğu ifade edilmiştir.¹⁵² Biz mağduru esas alan ve her olaya ayrı, cinsel yönden olgunluk yaşının tespiti ile rızanın geçerliliğini saptamanın doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Zira çocukların cinsel yönden olgunluk yaşına eriştiklerinin tespitinde kesin ölçütler koymak ve bu nedenle sağlıklı sonuçlara ulaşmak mümkün değildir. On sekiz yaşın altındaki bireylere çocuk denildiği günümüzde, böylesi bir uygulama eşitsizliğe ve bireysel mağduriyetlere yol açabilecektir.¹⁵³

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde, benzerine başka ülke kanunlarında nadiren rastlanan “Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki” suçuna yer verilmiştir. Bu suça kanunda yer verilmesinde ülkemize ait koşulların etkisinin büyük olduğunu söylemek gerekir.¹⁵⁴ Bu nedenle “Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki” Suçu yönünden bir yabancı kural üzerinde hata düşmesi vatandaşa göre daha olasıdır. Zira dünya ortalamasına göre, bir çocuğun cinsel davranışa karşı rıza göstermesindeki geçerli yaş sınırı 14 ile 16 arasında değişmektedir. Ülke dışından gelen bir yabancı “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” gibi bir suçun kanunda var olduğunu bilmesi ya da öngörmesi zordur. Bununla birlikte somut olaya göre değerlendirme yapmak daha sağlıklı ve doğru sonuç verecektir. Zira birçok ülkenin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde kabul edildiği üzere 18 yaşın altındaki bireylere çocuk denmektedir. Çocukların cinsel davranışlara karşı rıza açıklamada tam bir serbesti içerisinde olmadıkları insan doğası gereği hemen hemen herkes tarafından bilinir. Şüphe varsa ve fail şüphesini yenmesi için bilgilenme yolunu tercih etmeden ya da bilgilenmek için hiç çaba göstermeden harekete geçmişse

¹⁵¹ Bkz. Ünver, (n 146) 47; “Kanunda yer almayan ‘cinsel olgunluk gibi sun’i terimler yanıltıcı sonuçlara götürür. Kaldı ki cinsel olgunluğa biyolojik olarak ulaşmak kız ve erkeklerde farklılık gösterdiği gibi, aynı ülke veya şehirde dahi çocuklar çok farklı yaşlarda bu cinsel olgunluğa erişirler. Hareket noktası cinsel olgunluk değil, kanuni yaş sınırlarıdır.”

¹⁵² S. Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016) 395

¹⁵³ Gerçi kanunla her olay için geçerli olmak üzere cinsel ilişkide yaş sınırı getirildiği durumda da bazı istisnai hallerde çocuğun menfaatine aykırı durumlar da oluşabilecektir. Zira mahkeme kararı ile yaşını büyüterek on beş yaşını aşan ve algılamaya yeteneği gelişmiş bir çocuğun, cinsel olgunluğa erişip erişmediği tespiti yapılmaksızın göstermiş olduğu rıza kanun hükmü uyarınca geçerli kabul edilecektir. Bkz. Ünver, (n 146) 47

¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin, “reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunu” 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 423’üncü maddesinde yer alan “evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçunun” alternatifi veya karşılığı olarak yorumladığı ifade edilmiştir. Bkz. Recep Doğan, ‘Anamlı Yanıt Üretilmeyen İnkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’ (2017) 75 (1) Ankara Barosu Dergisi 123, 131. Evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçu bize ve bazı ülkelere özgü bir suçtur. Bu yüzden evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçunun yeni kanundaki karşılığı olarak görülen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun bize ve bazı ülkelere özgü bir suç olduğunu söylemek yanlış olmaz.

kural üzerinde hatadan söz edilemeyecektir. Ancak mağdur gibi, cinsel davranışı gerçekleştiren fail de çocuksa farklı bir değerlendirme yapılabilir. Zira benzer fiilleri gerçekleştiren olgun bir birey ile on sekiz yaşın altındaki bir çocuk arasında öngörebilme yönünden farklılık bulunmaktadır.

“Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki” suçunun yaş unsuru dikkate alındığında vatandaş yönünden de kural üzerinde hata halinin söz konusu olma ihtimali bulunmaktadır. Zira on altı yaşını tamamlamış çocuğun gerekli koşullar sağlandığında evlenmesinin Medeni Kanuna göre mümkün olmasına rağmen, evlendiği kişi ile on sekiz yaşını doldurmadan rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmesi suç olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Yine on beş yaşını tamamlamış ve Medeni Kanun uyarınca mahkeme kararıyla ergin olan çocuklar için de aynı durum söz konusudur. TCK’nın 104. maddesinin başlığında “reşit olmayan” ifadesinin yer aldığı, TMK 11. madde uyarınca evlenmenin kişileri reşit kıldığı, bu nedenle resmi olarak evli olan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı, aynı durumun on beş yaşını tamamlamış ve mahkeme kararı ile TMK 12. madde uyarınca reşit kılınan kişiler için de geçerli olduğu ifade edilmiş¹⁵⁶ ise de; kanun başlığının hükmün yorumlanmasında esas alınabilmesi ve tipiklik konusunda esas belirleyici olanın hükmün kendisi olması nedeniyle bizce bu görüş kabul edilemez. Bu nedenle on sekiz yaşın altında olup resmi yollarla evlenen çiftlerin ya da mahkeme kararınca ergin kılınan kişilerin bu hükmün kapsamında olmadığı yönünde açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.¹⁵⁷ Ancak böyle bir durumda TCK’nın 30/4 maddesinde düzenlenen kural üzerinde hata hükmü uygulanabilir. Zira kişi, henüz on sekiz yaşını tamamlamasına rağmen resmi olarak evli olduğu eşyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmeyebilir. Bu gibi bir durumda kural üzerinde kaçınılmaz hataya düşen kişi cezalandırılmamalıdır.¹⁵⁸

1. Resmi Olmayan Evlilik İçerisinde Gerçekleşen Cinsel Nitelikteki Fiillere Karşı Rıza Göstermede Yaş Sınırı ve Bu Yaş Sınırına İlişkin Kural Üzerinde Hata

Resmi yapılan evlilikler, özel hukuk normlarına tabidir. Özel hukuk normları ile cinsel olgunluğa erişmiş kişiler yönünden evliliğe izin verildiğinden, TCK’nın 104. maddesinde yer alan düzenlemeyi ayrı tutarsak, eşler arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların suç olması ve kural üzerinde hatanın vücut bulması mümkün değildir. Her ülkenin ya da kültürün evlenmeye

¹⁵⁵ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 70

¹⁵⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (On Yedinci Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 453

¹⁵⁷ Ünver, (n 146) 46

¹⁵⁸ Ersin Şare, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 1017-1018

izin verilmesine ilişkin farklı kurallarının ve uygulamalarının bulunduğu bir gerçektir. Asıl sorun resmi kanallardan yapılmayan, geleneklere ve dini kurallara göre gerçekleştirilen evliliklerde ortaya çıkmaktadır. Zira geçici ya da sürekli olarak başka bir ülkede ikamet etmeye başlayan bir yabancı, ikamet etmiş olduğu ülkenin belirlediği kurallardan farklı olarak, belirli yaşın altındaki çocukla cinsel ilişkiye girmesi mensubu olduğu kültür ve geleneğe göre yasak olmayabilir. İşte bu gibi durumlarda kuralı bilmeme ve dolayısıyla kural üzerinde hata hali tartışma konusu olmaktadır.

Suriye iç savaşından kaçıp ülkemize sığınan ve yasada belirtilen yaşın altında olmalarına rağmen geleneksel törenle evlenip cinsel ilişkiye giren kişiler çoğunlukla; “kuralı bilmedikleri, kaçıp geldikleri Suriye ülkesinde, on beş yaşın altındaki kişilerin evlenmesine izin verildiği” yönünde savunma yapmaktadırlar. Bu nedenle öncelikle Suriye’de evlenme yaşının kaç ve hangi usullere tabi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

07.09.1953 tarihli Suriye Arap Cumhuriyeti’ne ait Şahsi Haller Kanunu’nun 16. maddesinde; *“erkeğin on sekiz yaşını bitirince, genç kızın ise on yedi yaşını bitirince evlilik için tam uygun oldukları”* hükmü yer almaktadır. 18. maddede, *“ergen olan erkek on beşini doldurduktan, ergen kız on üç yaşını doldurduktan sonra ergen olduğunu iddia edip evlenme talebinde bulunursa, evlilik isterler ise, iddialarının geçerliliği ve vücutlarının mümkünlüğü hakim tarafından uygun görülürse hakim tarafından onaylanır.”* düzenlemesine yer verilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında evlilik için ayrıca *“veli babanın veya büyükbabanın rızasının gerekli”* olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁹ Bu hükümlerden Suriye Cumhuriyeti’nde yaşayan bir vatandaşın, cinsel olgunluğa erişmesi durumunda 13 yaşındayken evlenmesinin mümkün olduğu ancak bu işlemi mahkeme kanalı ile gerçekleştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İç savaş devam ederken aynı kanunda, 07.02.2019 tarihinde değişikliğe gidilmiş, erkek ve kız için resmi evlenme yaşı on sekize, olağanüstü evlenme yaşı ise yine hakimin izin vermesi şartı ile on beşe yükseltilmiştir.¹⁶⁰

07.02.2019 tarihli değişiklik öncesinde on beş yaşın altında olup evlenen bir kimsenin Suriye yasalarına göre, mahkemeden izin alması gerekirken, kural üzerinde hata gerekçesi ile Türkiye’de buna izin verildiği şeklinde bir uygulama yapılması bize göre doğru değildir. Kaldı ki bir yabancı başka bir ülkede evlenmek istemesi durumunda o ülkenin yasalarını öğrenme

¹⁵⁹ Kaynak <www.parliament.gov.sy/arabic/> erişim tarihi 19.05.2021 (Erişim ve çeviri için Sayın Kinaz Tükenmez’e teşekkür ederim.)

¹⁶⁰ 07.02.2019 tarih ve 4 sayılı kanun ile 07.09.1953 tarihli Suriye Arap Cumhuriyeti’ne ait Şahsi Haller Kanunu’nun 16. maddesi; “bir erkek ve bir kız on sekiz yaşını bitirdiğinde tam uygunluk” 18. maddesi; “bir erkek ergen ve bir kız ergen, on beş yaşını doldurduktan sonra ergenlik çağında olduğunu iddia ederse ve evlenme talebinde bulunursa, kadı iddialarının samimiyetini ve vücutlarının olasılığı ve evlilik hakları haklarındaki bilgilerinin açıklığa kavuşması halinde bunu onaylar” şeklinde değiştirilmiştir. Kaynak <<https://www.egov.sy/law.....html>> Erişim tarihi 19.05.2021 (Erişim ve çeviri için Sayın Kinaz Tükenmez’e teşekkür ederim.)

bakımından bir sebebi oluşmuştur. Bu sebebe istinaden evliliği ilişkin özel hukuk ve ceza hukuku kurallarını öğrenmek için hiç ya da yeteri kadar çaba göstermemişse kural üzerinde kaçınılamaz hatadan söz edilemeyecektir.¹⁶¹ Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yukarıda belirttiğimiz hükümlerin fiilen uygulanmaması ve bu hükümlerin yürürlükte olmadığına ilişkin genel bir kanaatin var olması bile kural üzerinde hatanın kaçınılamaz olduğunu göstermez.

Şüphesiz devletler kadın ile erkeğin kendi istekleri ile dini törenle ya da herhangi resmi işlem olmaksızın bir arada yaşamasına karışamaz. Ancak çocuk yaştaki bireylerin aileleri tarafından zorla evlendirilmesi hadiseleri ile sıklıkla karşılaşılması ve onun da ötesinde henüz cinsel olgunluğa erişmemiş çocukların resmi olmayan bu birlikelikler içerisinde cinsel davranışa maruz kalacak olmaları ihtimali devletin müdahalesini zorunlu kılmaktadır.¹⁶²

Bu konuyla ilgili ülkemizdeki farklı mahkemeler tarafından verilen kararlara değinmekte fayda görüyoruz. Bursa İstinaf Mahkemesi; sanık ile mağdurenin 2013 yılında Suriye Devletinde evlendiği, bu tarihten itibaren karı koca hayatı yaşamaya başladıkları, Suriye Devletinde 14 yaşında olan mağdurenin evlenmesi için Hakim onayı gerekse de, ülkedeki savaş sebebiyle yasal şartların yerine getirilemediği, sanık ile mağdurenin Türkiye Devletine evli olarak geldikleri, halen evli olup iki çocuklarının bulunduğu olayda; kanunu bilmemek mazeret sayılmasa da Suriye Devletindeki savaş sebebiyle ülkeye iltica eden sanıklardan, ilk etapta yabancı bir ülkenin örf, adet ve kanunlarını bilmelerinin ve ona uygun şekilde davranmalarını beklemenin hakkaniyete uygun olmadığına, sanığın eyleminin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğüne hükmetmiştir.¹⁶³ Ankara İstinaf Mahkemesi yine benzer bir olaya ilişkin vermiş olduğu kararında; 5718 sayılı Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 7. maddesine göre, evlenmenin resmi şeklinin Türk Hukukuna göre yapılması gerektiğini, savunması dikkate alındığında sanığın Suriye ülkesi hukukunda da dosya içeriğindeki gibi evlilik yapılmasının mümkün olmadığını bildiğini, sanığın evlilik tarihinden önce 3 yıl süreyle Türkiye'de yaşadığını ve tercümana ihtiyaç duymaksızın Türkçe bildiği hususları da birlikte değerlendirildiğinde gerekli

¹⁶¹ Yukarıda "kaçınılamaz hata"ya ilişkin açıklamalara bakılabilir.

¹⁶² Konuyla ilgili olarak Hakeri'nin kitabında yer verdiği hadiseyi nakletmekte fayda görüyoruz. Yunanistan'ın Türkiye sınırı yakınlarındaki Rodop şehrine bağlı Şapçı Kasabasında 1 Ekim 2004 tarihinde Türk asıllı Yunan vatandaşı 22 yaşındaki Batı Trakyalı genç ile henüz 11 yaşında olan kız evlenir ve altı hafta sonra gencin ikamet ettiği Almanya'ya gelirler. Evliliği bildirmek için yerel idareye başvururlar ve yerel idare kızın yaşı dolayısıyla gerekli yerlere bildirim de bulunur. Evliliğin 1914 yılında Yunanistan'da çıkarılan ve velilerin onayıyla Müslüman azınlığa 9 yaşından itibaren evlilik imkanı tanıyan yasa doğrultusunda yapıldığı bildirilir. Bkz. Hakeri, (n 44) 471; Hakeri, somut olayda 15 yaşından küçük bir kimseyle rızası ile cinsel ilişkide bulunduğunu ve bu yaş altındaki kişilerin rızası geçerli olmadığından eylemin suç oluşturduğunu, ne var ki, yasaya dayanılarak yapılan bir resmi evlilik bulunduğundan, erkeğin fiilin haksızlığı konusunda hataya düştüğünü ifade etmektedir.

¹⁶³ Bursa 7 BAM CD, E. 2019/980 K. 2019/2307, 11.12.2019

dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, 15 yaşından küçükler ile cinsel ilişkiye girmenin Türk Hukukunda suç oluşturduğunu bilebilecek durumda olduğunu belirterek TCK'nın 30/4. maddesinde faydalanamayacağına oy çokluğu ile hükmetmiştir.¹⁶⁴

İstinaf Mahkemelerinin üzerinde yer alan Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; Türkiye'ye yurt dışından gelen ve uzun sayılabilecek süre ülkede ikamet eden bir yabancıнын TCK 30/4. maddesinden faydalanamayacağına hükmetmiştir. İlgili kararda; 5237 sayılı TCK'nın "çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesinde, on beş yaşından küçük çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışın bu suça sebebiyet verebileceğinin düzenlendiği, ancak bu düzenlemenin Türk kanunlarına özgü olduğu, Türkiye'ye göç eden Suriye vatandaşlarının on beş yaşından küçüklerle cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunun bilmelerinin beklenemeyeceği, mağdure ile sanığın Suriye ülkesinden göç ettikleri, sanıkların işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştükleri gerekçesiyle ilk derece mahkemesince haklarında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş ise de; mağdurun ailesinin daha önceden Suriye ülkesinde tanıdıkları sanık ile mağdurenin evlenmesine izin vermeleri üzerine aynı evde karı koca hayatı yaşamaya başladıkları, suç tarihi itibarıyla üç yıldır Türkiye'de buldukları, sanıkların işçi olarak çalışmaları, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde alınan beyanlarında Türkçe dilini anlamaları ve savunmalarını tercüman olmadan yapabildikleri, Suriye uyruklu sanıkların Türkiye'de yaşadıkları süre, yaşları, meslekleri, sosyal konumları, yeterli dil bilmeleri, Türkiye'de işçi olarak çalışmaları gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde belirtilen düzenlemeyi tüm ayrıntıları ile bilmeleri mümkün değil ise de, on beş yaşından küçükler ile cinsel ilişkiye girmenin haksızlık içerdiği konusunda hayatın olağan akışına, mantık kurallarına göre bilgi sahibi olmaları gerektiğinden TCK'nın 30/4 maddesinde düzenlenen hata hükmünden yararlanamayacakları sonucuna ulaşılmıştır.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ankara17 BAM CD, E. 2016/109 K. 2017/761, 19.04.2017

¹⁶⁵ Yar. 14 CD, E. 2019/2001, K. 2019/12750, 26.11.2019; ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada, sanık; "Türkiye'de 15 yaşından küçüklerin rızası olsa bile evlenmesi ve cinsel ilişkiye girilmesinin suç olduğunu bilmiyordum" şeklinde savunma yapmış, ilk derece mahkemesi; Meclis tarafından onaylanıp yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinin 18/3. maddesinde, 18/1-a hükmünün (18/1-a maddesinde, ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre yasal olarak cinsel ergenlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyette bulunmak cinsel istismar olarak kabul edilmiştir) küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik olmadığını belirttiği ve Türkiye'de cinsel ergenlik yaşının ve yaş alt sınırının 15 olduğunu, bu yaştakilerle rızaya dayalı olsa bile cinsel ilişkiye girmenin suç oluşturduğunu bilmelerinin beklenemeyeceği, sanıkların bu hususta kaçınılmaz hataya düştüklerini belirterek TCK 30/4. Maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin gözden kaçırdığı husus suç tarihi itibarıyla mağdur 14 yaşındayken sanık 23 yaşındadır başka bir ifade ile küçükler arası cinsel faaliyet söz konusu değildir. Dosya, kanun yararına bozma istemi ile yüksek mahkeme önüne gelmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mahkeme içtihatları ile yasa konulması ya da yasa hükmünün değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kural üzerinde hatanın konusu yasa hükümleri ile sınırlı olarak şekillenmelidir.¹⁶⁶ Kural olarak, mahkemelerin belirli şekilde karar vermesine güvenerek hareketini gerçekleştiren kişilerin bu güvenlerinin korunması gerektiği ifade edilmiş ise de¹⁶⁷; daha önceki olaylara ilişkin olarak 15 yaşının altındaki çocuk ile rızaya dayalı ilişkiye girilmesine karşın kural üzerinde hata gerekçesiyle verilen beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlar emsal teşkil etmeyecek, fail bu kararlara dayanarak kural üzerinde hataya düştüğünü savunamayacaktır. Zira bu kararlarda 15 yaşın altında cinsel ilişkiye girme fiili hukuka uygun kabul edilmemekte sadece belirli koşulların bulunmaması nedeniyle kusur yokluğundan ceza verilmemektedir. Ayrıca belirtmeliyiz ki ilk derece mahkemeleri ile İstinaf mahkemelerinde, bu konuda farklı kararlar çıksa da asıl belirleyici olan Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardır. Yukarıda naklettiğimiz üzere Yargıtay, emsal teşkil edebilecek kararında, cinsel davranışa rıza gösterme geçerli yaş sınırı yönünden düşülen kural üzerinde hatayı çok sıkı şartlara bağlamıştır.

Kanaatimize göre; ne vatandaş ne de bir yabancı için cinsel davranışa karşı rıza göstermede geçerli olan yaş sınırı yönünden kural üzerinde hatanın mazeret olarak kabul edilmesi olası değildir. Zira dünya üzerinde, henüz belli yaşa ulaşmamış çocuklarla cinsel ilişki kurmayı yasaklamayan bir ülke hemen hemen bulunmamaktadır. Kaldı ki iradesi henüz gelişmemiş, çok küçük yaşta bir çocukla cinsel ilişki kurmanın doğru olmadığını akli olgunluğa ulaşmış olan herkes bilir. Çok küçük yaşta çocukları istismar eden kişiler pedofili olarak adlandırılır ve bir nevi akıl hastası olarak kabul edilir. Ayrıca çocuk istismarı suçu “tabii suçlar” arasında yer almaktadır. Bu konuda ülkeler arasında sadece yaş sınırına ilişkin farklılık görülmektedir. Bize göre bir yabancı ister geçici ister kalıcı olarak ikamet etsin başka bir ülkedeyken cinsel davranışa gösterilen rıza yönünde geçerli olan yaş sınırını öğrenmesi gerekir ve bu konuda araştırma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Her insanın normal gelişim süreci içerisinde mutlak olarak çocukluktan ergenliğe geçtiği dikkate alındığında, çocukluk dönemindeki kişilerin iradelerinin tam anlamıyla sağlıklı olmadığı hususu hemen herkes tarafından bilinir. (Ortada pedofili gibi ya da başka bir akıl rahatsızlığı yoksa insanın doğası gereği böylesi bir sonuca ulaşmak gerekir.) Hemen hemen her insanda bulunan bu bilme hali bu alanı düzenleyen kuralı araştırma yönünden vesile unsurunu teşkil eder. Bu vesile hali de kuralı araştırma gerekliliğini doğurduğundan, gerekli

¹⁶⁶ Erman, (n 39) 145

¹⁶⁷ ibid 252

araştırma yapmadan yasal sınırın altında bir çocukla cinsel ilişki kuran kişinin kural üzerinde hata savunması yapması ve bu durumun mazeret teşkil etmesi kabul edilebilir değildir. Bu nedenle bize göre 15 yaşın altındaki bir çocuğa cinsel davranış sergileyen bir kimse yönünden ancak fiil üzerinde hata savunmasına geçerlilik tanınmalıdır.¹⁶⁸

B. AKIL HASTALIĞI BULUNAN KİŞİLERİN CİNSEL DAVRANIŞA RIZA GÖSTERMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN KURAL ÜZERİNDE HATA

Tam ya da kısmi akıl hastalarının, kendisine karşı sergilenen cinsel davranışa rıza göstermelerinin, geçerli kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak kural üzerinde hataya düşmek söz konusu olabilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen cinsel özgürlüğe karşı suçlarda, mağdurun beden ve ruh sağlığı bakımından kendini savunamayacak halde bulunması nitelikli hal olarak düzenlenmiş ise de¹⁶⁹; on sekiz yaşının üstünde olup tam ve kısmi akıl hastalığı bulunanların cinsel davranışa karşı göstermiş oldukları rızanın kesin olarak geçersiz olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler esas alınarak akıl ve ruh hastalıkları ile akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin, cinsel dokunulmazlıkları ile ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; üniversite mezunu olup kendi anlatımına göre yazarlık da yapan, mağdure ile uzun süreli yakın ilişkiye giren 54 yaşındaki sanığın, suçun devam ettiği dönemde karı koca hayatı yaşadığı mağduredeki rahatsızlığı fark edememesi olanaklı olmayıp, ilaç kullanması gereken ve ruhen sıkıntıları olduğunu söyleyen mağdurenin rahatsızlığını bildiğini, mağdurenin gösterdiği rızanın geçerli olmadığını ve kaçınılmaz hatadan söz edilemeyeceğini belirtilerek TCK'nın 30/3. maddesinde düzenlenen hata hükmünden faydalanamayacağına hükmetmiştir.¹⁷⁰

Tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranış yönünden kesin olarak rıza ehliyetlerinin bulunmadığı, kendi cinselliğine ilişkin irade açıklayamayacakları şeklinde bir genelleme yapmak bizce doğru değildir.¹⁷¹ Önemli olan akıl hastalığının niteliği, derecesi ve ağırlığıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 133. maddesinde, “*akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı*

¹⁶⁸ On beş yaşın altında bir çocukla cinsel ilişki kuran failin, sadece mağdur çocuğun on beş yaşın altında olduğunu bilmiyordum şeklindeki yani suçun maddi unsurlarında yanlışlığına ilişkin savunmasına geçerlilik tanınmalıdır.

¹⁶⁹ TCK'nın 102/3-a maddesinde; cinsel saldırı suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi durumunda cezanın yarı oranda artırılacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁷⁰ Yar. CGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, 20.12.2011

¹⁷¹ Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017) 175

resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında on sekiz yaşını tamamlayan, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olmayan, akıl hastası olmakla birlikte evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığı için bir başkası ile evlenmesine izin verilen kişilerin, rızaları dahilinde cinsel münasebette bulunmasının mümkün olduğu ve bu türden akıl hastalığı bulunan kişilerin rızasının, böyle hallerde geçerli olduğu sonucuna varmak gerekecektir.¹⁷²

Yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarda, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda mağdurun akıl sağlığının yerinde olmadığına ilişkin şüphe hallerinde, mağduru adli tıp kurumuna sevk edilmesi ve adli tıp kurumundan, mağdurda akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, varsa bu akıl hastalığının fail tarafından bilinip bilinmediği, bilinmiyor ise bu akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağına ilişkin tespit yapılması gerektiğine hükmetmektedir.¹⁷³ Mağdurda, hekim olmayanlarca anlaşılamayan akıl hastalığının bulunması hallerinde failin, fiil üzerinde hataya düştüğü kabul edilmektedir.¹⁷⁴ Ancak yüksek mahkeme tarafından verilen kararlarda, akıl rahatsızlığı olan biri ile cinsel ilişkiye girmenin yasak olup olmadığına, failin de bu konuda yasada yer alan yasak hükmünü bilip bilmediğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Yüksek mahkemece, akıl sağlığı yerinde olmayan bir kişiyle cinsel ilişkiye girmenin kanunen yasak olduğunu herkes tarafından bilindiğinin ve bu gibi durumlarda sadece fiil üzerinde hatanın söz konusu olabileceğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Türk Ceza Kanununda açık bir hüküm yer almasa ve yüksek mahkemece bu konuda Medeni Kanun hükümleri uyarınca bir çözüme gidilse de maddi ve manevi direncini ortadan kaldıracak düzeyde akıl hastalığı bulunan bir kişiye karşı cinsel davranış sergilemenin yasak olduğunu bilmiyordum şeklindeki bir savunma bizce geçerli kabul edilmemeli, kural üzerinde hata bu gibi durumlarda söz konusu olmamalıdır. Cebirle işlenen her fiilde maddi hukuka aykırılık yani haksızlık bilinci söz konusudur.¹⁷⁵ Nitekim irade yeteneğinden yoksun, maddi ve manevi direncini

¹⁷² “Eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması hallerinde evlenme mutlak butlan ile batıldır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır. Burada sözü edilen akıl hastalığı ayırt etme gücünü sürekli ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır.” Bkz. Yar. HGK, E. 2017/2-2672, K. 2018/1717, 15.11.2018; yüksek mahkeme aynı kararında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun akıl hastalarına evlenme yasağının getirilmesinin, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.

¹⁷³ Bu yöndeki karar için bkz. Yar. CGK, E. 2016/14-755, K. 2016/454, 29.11.2016

¹⁷⁴ Bu yöndeki karar için bkz. Yar. 14 CD, E. 2018/572, K. 2018/3391, 07.05.2018

¹⁷⁵ Bu nedenle eşe karşı cebir ile gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu yönünden kural üzerinde hata söz konusu olmaz. (bkz. TCK 102/2-2 cümle, bu fiilin eşen karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.) 765 sayılı TCK döneminde böyle bir düzenleme yoktu ve eşe karşı cebir kullanılarak gerçekleştirilen cinsel davranışların suç oluşturmayacağı düşüncesi hakimdi. Bkz. Dönmezer, (n 140) 59. Nitekim İsviçre Ceza Kanunu’nun 187 ve devamı maddelerinde yer alan ilgili hükümler kaldırılmadan önce bu ülkede cinsel

ortadan kaldıracak düzeyde akıl hastalığı bulunan kişiye karşı sergilenen cinsel davranışlarda “mefruz cebir” hali vardır. Bize göre akıl hastalığı bulunan kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel davranış yönünden, akıl hastalığının derecesine göre, yalnızca fiil üzerinde hata savunmasına geçerlilik tanınmalıdır.

Hukuka aykırılık ile ahlaka aykırılığın farklı kavramlar olduğunu ayrıca belirtmek isteriz. Çoğu hukuka aykırı nitelikteki davranış aynı zamanda ahlaka aykırıyken, fiilin ahlaka aykırı olması hukuka da aykırı olduğu sonucunu doğurmayacaktır.¹⁷⁶ Bu nedendir ki eylemini salt ahlaka aykırı gören, fakat buna herhangi bir hukuk normunun uygulanmayacağını düşünen kişide haksızlık bilincinin varlığından söz edilmeyeceği, nitekim akıl hastası ile rızaya dayanan cinsel ilişkiye giren ve bu davranışının da ahlaka aykırı olduğunu bilmekle birlikte hukuk tarafından yasaklanmış olduğunu bilmeyen kişide haksızlık bilincinin bulunmadığı ifade edilmiştir.¹⁷⁷ Nitekim iki tarım işçisinin, akıl hastası ve kısırlaştırılmış bir kadınla, rızası dahilinde birçok defa ilişkiye girmesi olayında Alman Yüksek Mahkemesinin, failer yönünden yasağa ilişkin önlenemez bir yanılmanın var olduğuna hükmettiği nakledilmektedir.¹⁷⁸ Yukarıda belirttiğimiz gibi akıl hastalığı bulunan kişiye karşı sergilenen cinsel davranış eylemi yönünden kural üzerinde hata halinin Türk Hukukundaki düzenlemeler esas alındığında hiçbir zaman oluşmayacağı düşüncesindeyiz.

C. EŞCİNSEL İLİŞKİ YÖNÜNDEN KURAL ÜZERİNDE HATA

Cinsel özgürlüğe karşı suçlar, farklı cinsten bir kişiye karşı gerçekleştirilebileceği gibi aynı cinsten olan kişiye karşı da gerçekleştirilebilir.¹⁷⁹ Bunun yanı sıra Türk Ceza Kanunu’nda eşcinsel ilişki suç olarak düzenlenmemiştir. Başka bir ifade ile rıza gösterme ehliyetine sahip aynı cinsten

saldırı suçunun eşler arasında işlenmeyeceği kabul ediliyordu. Yine eski tarihli bir makalede belirtildiği gibi bir erkeğin karısına karşı cinsel saldırı suçunu işleyemeyeceği kabul edilmekteydi. Bkz. Edwin R. Keedy, ‘Ignorance and Mistake in the Criminal Law’ (1908) 22 (2) Harvard Law Review 75, 92-93. Günümüz ceza hukukunda bu anlayış değişmiş ve birçok ülke ceza kanununda eşe karşı cinsel saldırı fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Eşe karşı cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren bir kişinin ülkesinde bu fiili suç olarak kabul edilmemiş olsa bile kural üzerinde hatadan söz edilemez. Zira cebir kullanıldığı ve rızanın olmadığı her cinsel davranışta maddi hukuka aykırılık durumu söz konusu olacaktır.

¹⁷⁶ Ahlaka aykırı olmadığı halde suç haline getirilen eylemler de bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukukuna göre, fiil, ahlaka aykırı olmamasına rağmen suç olarak düzenlenmişse bu gibi hallerde de kanunu bilmemenin mazeret olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Williams, (n 25) 288

¹⁷⁷ Erman, (n 39) 135

¹⁷⁸ Roxin, (n 94) 269; “BGH, yasağa ilişkin önlenemez bir yanılmanın kabul edilmesini, *faillerin, isnat kabiliyetini tamamıyla haiz olmalarına rağmen ‘ruhi ve ahlaki açıdan az gelişmiş olduklarına’ dayandırmıştır.*” Bunun yanında aynı yazar; failerin, hukuken düzenlenmemiş bir özel hayat alanında hareket ettiklerinden yola çıkmışlarsa ve kadının göstermiş olduğu rızadan dolayı zarar verdiklerine dair bir bilince de sahip olmamışlarsa, davranışlarının muhtemelen hukuka aykırılığına ilişkin düşünce sarf etmek için yeterli bir sebebin bulunmadığını, “ahlaka aykırılık” bilincinin, adli suç cezasının temelini oluşturmayacak nitelikte belirsiz bir unsur olduğunu ifade etmiştir.

¹⁷⁹ Kocaoğlu, (n 151) 105

kişilerin birbirlerine karşı sergilemiş oldukları cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmemektedir. Taraflardan birinin 15-18 yaş aralığında olması da bu durumu değiştirmez. 15-18 yaş aralığında olan ve eşcinsel ilişkide bulunan çocukta, ilişkide bulunduğu sırada, hile, cebir, tehdit, hata, algılama yeteneğinin bulunmaması ya da zayıf olması gibi iradesini sakatlayacak bir durum mevcut değilse göstermiş olduğu rıza geçerlidir.¹⁸⁰

Bununla birlikte, sınırlı koşullarda ve sadece asker kişilere uygulanan Askeri Ceza Kanunu'nun¹⁸¹ 153/2. maddesinde eşcinsel ilişkiyi suç olarak kabul eden bir düzenlemeye yer verildiğini belirtmek isteriz.¹⁸²

Gayri tabii mukarenette bulunmak suçu olarak adlandırılan ASCK 153/2. maddesine göre; *bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rıza ile yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınmasına karar verilir.*

Gayri tabii mukarenette bulunmak suçunun oluşumu için mutlaka cinsel birleşmenin olmasının gerekmediği, cinsel tatmin amacıyla doğal olmayan her türlü cinsel yakınlaşma ve temas halinin yeterli olacağı ifade edilmiştir.¹⁸³ İlgili hükümde gayri tabii mukarenette bulunan kişi hakkında hapis cezası ya da adli para cezası verileceği öngörülmemiş ise de, “silahlı kuvvetlerden çıkarılma” yaptırımını bize göre meslekten men biçiminde bir güvenlik tedbiridir. Bu nedenle asker kişiler arasında eşcinsel ilişkinin suç olarak düzenlendiğinin kabul etmemiz gerekir.¹⁸⁴ Askeri

¹⁸⁰ 5237 sayılı TCK'da düzenlenen “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” a bir bütün olarak bakıldığında ilgilinin rızasının suçun oluşumunu engelleyen negatif bir maddi unsur olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Kaldı ki cinsel suçlarda ilgilinin göstermiş olduğu “rıza” bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek, zina yapmak ya da eşcinsel ilişkide bulunmak suç teşkil edebilecektir. Zira burada, cinsel davranışa maruz kalan kişinin göstermiş olduğu rızanın, bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabulü halinde, toplumun genelinde hüküm süren ahlaka ve adaba aykırı olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir. Bkz. Şare, (n 157) 992-993 Tüm bu nedenlerle 15-18 yaşındaki bir çocuğun eşcinsel davranışa göstermiş olduğu rıza, bir hukuka uygunluk nedeni değil, suçun oluşumunu engelleyen negatif bir maddi unsurdur. Cinsel davranışa karşı gösterilen rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin görüş için bkz. Yokuş Sevük, (n 143) 120, 156

¹⁸¹ Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG. 15.06.1930, S. 1520

¹⁸² Mukarenet sözcüğü, bitişiklik, yaklaşma, kavuşma, bitişme anlamlarına gelmektedir. Bkz. Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (26. Baskı, Aydın Kitabevi 2010) 790. “Gayri tabii mukarenette bulunmak” ifadesini de “doğal olmayan bir şekilde yakınlaşma” ya da “doğal olmayan bir şekilde birleşme” olarak anlamak mümkündür.

¹⁸³ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2010/322, K. 2010/308, 03.02.2010; aynı kararda ayrıca suçun oluşumu için cinsi münasebette bulunmanın şart olmadığı, cinsi hissi tahrik ve tatmin maksadıyla, erkekler veya kadınlar arasında veya insanlar tarafından hayvanlara karşı yapılan cinsi ilişkilerle bu maksatla tabiata aykırı yapılan sair temaslar ve her türlü fiillerle bu suçun işlenebileceği, As. Yrg. 5. D. nin 24.08.1998/583-567 sayılı kararında belirtildiği gibi; iki askerin karşılıklı olarak birbirlerinin penislerini tutmaları, okşamaları ve boşalmaları gibi eylemlerin bu suçun oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁸⁴ Gayri tabii mukarenette bulunmak suçu 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 20/1-ğ maddesinde disiplinsizlik hali olarak düzenlenmiştir. Askeri Yargıtay'ın 04.03.2015 tarih ve 2015/0165 Esas 2015/0159 Karar sayılı ilamında; 6413 sayılı yasanın 20/1-ğ maddesi ile getirilen düzenlemenin ASCK'nın 153/2.

Yargıtay'ın bir kararında belirttiği üzere bu gibi bir durumda suç teşkil eden husus, asker kişinin eşcinsel kimliğe sahip olması değil; cinsel tercihini askeri disiplini bozacak tarzda alenen sergilemesidir.¹⁸⁵

Aynı cinsten asker kişilerin birbirine karşı sergilemiş oldukları cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmiş¹⁸⁶ ise de; askerlik vazifesini yapmak için askeri personel statüsüne giren kişi, eşcinsel olduğunu sırf açıklaması nedeniyle cezalandırılmaz. Bununla birlikte askere alınan kişi eşcinsel olduğunu açıkladığında; askerliğe elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi için ilgili sağlık kurumlarına sevk edilmekte, askerliğe elverişsiz olduğunun sağlık kurulu raporu ile tespit edildiği durumda askerlik süresi henüz dolmamış olmasına rağmen erkenden terhis edilmektedir.¹⁸⁷

Asker bir kişinin, “eşcinsel ilişkinin suç olduğunu bilmiyordum” savunmasında bulunması, başka bir ifade ile kural üzerinde hata halinin oluşması, uygulama dikkate alındığında pek mümkün görünmemektedir. Zira askeri birliğe katıldıktan hemen sonra ilgili personele disiplin mevzuatı dahil, askeri düzene ait emir ve yasaklar yazılı olarak tebliğ edilmekte ve personelin de emir ile yasakları öğrendiğine dair imzası alınmaktadır. Askeri personelin kısa süre içerisinde kendisine tebliğ edilen emir ve yasakların hepsini öğrenmesi pek olası gözükmesine de, imzaladığı belge

maddesinde düzenlenen suçun zımnen yürürlükten kaldırdığı, bu nedenle fiili suç kabul edip mahkumiyet kararı veren mahkemenin kararının bozulması gerektiği oy çokluğu ile kabul edilmiştir. Karşı oy kullanan daire başkanının da muhalefet şerhinde belirttiği üzere; adli soruşturma ve kovuşturma yapılması ile disiplin soruşturması ve tahkikat yapılması farklı usullere tabidir. Aynı fiille ilgili eş zamanlı olarak hem adli soruşturma ve kovuşturma yapılabilir hem de disiplin soruşturması ve tahkikatı yapılabilecektir. Bu nedenle disiplin kanununda 6413 sayılı yasanın 20/1-ğ maddesi ile getirilen düzenlemenin ASCK 153/2. Maddesinde düzenlenen ve suç olarak nitelendiren hükmü ortadan kaldırdığı söylenemez.

¹⁸⁵ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2007/2021, K. 2007/2010, 14.11.2007; “07.12.2004 tarihinde birliğine katılan sanığın aynı gün birlik komutanına çıkararak eşcinsel olduğunu açıklaması ve gerek konuşmaları, gerekse hal, hareket ve davranışlarından normal bir ruh halinde olmadığı anlaşılan sanığın, görevli üsteğmen tarafından derhal revire gönderilerek tecrit etme gayret ve çabasında bulunulması ve akabinde sanığın Eskişehir Hava Hastanesine sevk edilmesi, Hava Hastanesinde Psikiyatri Uzmanı tarafından muayene edilen sanığın durumu ciddi bulunarak ileri tetkik için GATA'ya sevk edilmesi, sevk edileceği güne kadar yine revirde gözetim altında tutulan sanığın, cinsel tercihini dışa vurmada sergilediği bu ruh hali ve davranışları itibarıyla yarattığı durumun ve ortamın, birlik içinde ve komuta nezdinde, ”askeri disiplini bozacak tarzda aleni olduğunda” herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.”

¹⁸⁶ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2016/175, K. 2016/199, 29.03.2016; “sanıklardan birinin aktif, diğerinin ise pasif olacak şekilde cinsel ilişkiye girdiklerinin sübut bulduğu, olayın yeterince aydınlandığı, oluşturma ve dosya içeriğine göre sanığın eyleminin ASCK'nın 153/2'nci maddesinde yer alan gayri tabii mukarenette bulunmak suçunu oluşturduğu,”

¹⁸⁷ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2005/115, K. 2005/106, 25.01.2005; “TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 17'nci maddesinin B fıkrasının 3'üncü bendinde, seksüel davranış bozuklukları askerlik ortamında bilinerek sakıncalara yol açan ve bu durumu kıt'a anketi veya resmi belgelerle saptanan kişilerin madde kapsamında ve dolayısıyla askerliğe elverişsiz olduklarının düzenlenmiş olması da dikkate alınarak; eşcinsel olduğunu açıkça ifade eden, arkadaşlarıyla ilişkiye giren ve ilişki halinde fotoğraf çekirtmekten çekinmeyen sanığın neden bu madde kapsamında değerlendirilmediğinin ve dolayısıyla askerliğe elverişli olduğunun kabul edildiğinin açıkça tartışılıp ortaya konmaması eksiklik teşkil ettiğinden,”

karşısında “bu yasağı bilmiyordum” şeklindeki savunmasını ispatlaması hemen hemen imkansızdır.

Eşcinselliğin ve eşcinsel ilişkinin yasak olmadığı bir ülke vatandaşının, bu eylemi suç olarak düzenleyen bir ülkede¹⁸⁸ turist olarak bulunduğu sırada gerçekleştirmiş olması durumunda, kural üzerinde hatasının kaçınılmaz olduğu ve bu gibi bir halde kusurunun ortadan kalkacağını ifade etmek gerekir.¹⁸⁹

SONUÇ

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin, kanunu koyucu iradenin, otoritesini sağlamak maksadıyla kabul edildiğini söylemek yanlış olmaz. İktisadi ve teknoloji alanındaki gelişmeler, yeni suçların doğmasına yol açmış ve öldürme, cinsel saldırı ve hırsızlık gibi “tabii suçlar”ın yanı sıra “yapay suçlar” kategorisi oluşmuştur. Bundan yüz yıl önce “bilşim suçu” gibi bir kavram bulunmazken, internetin yaygın kullanımı ile beraber “siber suçlar” adı altında bir suç grubu oluşmuştur. Mevzuattaki bu çeşitlenme ile beraber “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin katı şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlar doğurmaya başlamıştır. Bu yüzden belirli koşullar altında kanunu bilmemenin mazeret olarak kabul edilmesi gerektiği anlayışı zaman içerisinde uygulamada ve öğretide hakim olmaya başlamıştır.

Her iki ceza kanununun yürürlükte olduğu dönemde “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine kanunda ayrı bir hüküm olarak yer verilmiştir. 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde bu ilkenin istisnasını teşkil edecek bir hüküm yer almasa da uygulamada bu ilkenin katı şekilde uygulanmasını sınırlandıran kararlara rastlanmıştır. Yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında kastın varlığı için hukuka aykırılık bilinci ile hareket edilmesi gerektiğini vurgulamış, hukuka aykırılık bilinci bulunmadığı durumlarda kastın da olmadığına hükmederek dolaylı bir şekilde kuralı bilmemeyi mazeret saymıştır. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine mahzurlarını gidermek üzere 5237 sayılı TCK’da 30/4. maddesine yer verilmiş ve bu hükümle birlikte suçun oluşumu için fiilin haksız olması ve failin de haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği anlayışı kanuna girmiştir.

¹⁸⁸ İslam Ceza Hukuku’nun geçerli olduğu bir ülkede, eşcinsel ilişkinin serbest olduğu hususunda düşünülen kural üzerinde hatanın mazeret sebebi olarak kabul edilebileceğini ifade etmek gerekir. Nitekim İslam Hukuku’nun uygulandığı bir ülkede yaşayanların had ve kısas suçlarının yasak olduğunu bilmediklerine dair mazeretlerinin kabul edilemez olduğu, kural üzerinde hatanın daha çok tazir suçlarında dikkate alındığı ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 159. Erkekler arasındaki eşcinsel ilişki anlamına gelen ‘livata’ ile kadınlar arasında eşcinsel ilişki anlamına gelen ‘sihak’ tazir suçları kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 624-626. Ayrıca İslam’ın Kutsal Kitabında eşcinsel ilişkiyi yasaklayıcı ayetler bulunsa da, eşcinsel kişilerin ve ilişki kuranların ölüm cezası ile cezalandırılması gerektiği yönünde bir emir bulunmamaktadır.

¹⁸⁹ Donay, (n 51) 49

Kimi yazarlar haksızlık bilincini kastın bir şartı olarak görürken kimi yazarlar ise kastın dışında ve kusurun bir unsuru olarak görmektedirler. Zaten bu farklı kabul, kast teorisi ve kusur teorisi şeklinde bir ayrıma gidilmesinde başlıca sebep olmuştur. Kusur teorisi taraftarları, haksızlık bilinci olmadan da bir fiilin kasten işlenebileceğini, haksızlık bilincinin bulunmamasının kastı değil, kusuru yani kınanabilirliği ortadan kaldırdığını ifade etmektedirler. Kast teorisini savunan yazarlar ise kastın varlığı için fiilin antisosyal niteliğinin, haksızlığının bilinmesi gerektiğini, TCK'nın 30/4 maddesinde yer verilen düzenlemenin aslında bu amaca hizmet ettiğini ifade etmektedirler.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere haksızlık bilinci ile maddi hukuka aykırılık bilinci aynı anlamı ifade etmektedir. Suçun varlığı için fiilin haksız olması, failin de haksızlık bilinci ile hareket etmiş olmasının aranması, esasen şekli hukuka aykırılıktan, maddi hukuka aykırılığa doğru geçiş anlamına gelmektedir. Şekli hukuka aykırılık değerlendirmesi, bazı fiillerin suç olarak kabul edilip kanuna yerleştirilmesi ile bizzat kanun koyucu tarafından yapılırken; maddi hukuka aykırılık değerlendirmesi bizzat hakim tarafından yapılmaktadır. Ayrıca maddi hukuk aykırılığın tespitinde hangi kriterlerin kullanılması gerektiğine ilişkin tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Her ne kadar TCK 30/4. maddesinde yer verilen “haksızlık” kavramını, “maddi hukuka aykırılık” kavramı karşılarsa da maddi hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmeyen ancak kanunu bilen bir kişinin TCK 30/4 maddesinden faydalanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Gelişen teknoloji, iktisadi düzen ve bu gelişme ile artan yapay suçların sayısı gelecekte ne getirir bilinmez ama bize göre “kanunilik ilkesi”nin geçerli olduğu bir ceza hukuku sisteminde, suçun varlığı ya da yokluğunun tespitinde maddi hukuka aykırılıktan çok şekli hukuka aykırılığa üstünlük tanınmalıdır.

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin katı şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlar doğuracağından kuralı bilmemenin ve kural üzerinde hatanın mazeret olarak kabul edilebileceği ancak bununda sıkı koşullara bağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Konumuz bağlamında irdelenmesi gerekir; “cinsel ilişkiye girme yönünden izin verilen yaş sınırını bilmiyordum” şeklinde bir savunma bizce mazeret olarak kabul edilmemelidir. Zira uluslararası sözleşmelerde on sekiz yaşın altındaki kişilere çocuk denmektedir. İletişim çağında olduğumuz bir dönemde çocuktan ne anlaşılması gerektiği konusunda bizce tereddüt bulunmamaktadır. Şüphesiz belli koşullarda ve sınırlı olarak on sekiz yaşın altındaki bir çocuğun cinsel davranışa karşı rıza göstermeye ehliyeti vardır. Ancak bu durum ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Yabancı bir ülkeye geçici ya da sürekli ikamet için gelip on sekiz yaşın altındaki bir çocukla cinsel

münasebet kurma amacıyla olan bir kişi yönünden bize göre o ülkenin kanunlarını öğrenme yükümlüğü ve gerekliliği oluşmuştur. Bu yükümlülük ve gerekliliğe riayet etmeden, herhangi bir araştırma yapmadan on sekiz yaşın altında bir çocuğa karşı cinsel davranışta bulunan kişinin “kuralı bilmiyordum” savunması mazeret olarak kabul edilemez. Bulunduğu ülkenin dilini bilmemek mutlak bir imkansızlık değildir ve tereddüt ile şüphe hallerinde kişi kuralı araştırıp öğrenmekle yükümlüdür. Hatta yabancı ülkede evlenenler için bu öğrenme yükümlülüğü daha ileri seviyededir. Zira evlenmek isteyenler, o ülkenin kanunlarına göre hangi şartlarda bunu gerçekleştirileceğini öğrenmek durumundadırlar. Çok küçük yaşta evlenip cinsel ilişkiye giren kişilerin, “bizim geleneğimizde ve kültürümüzde böyle” şeklindeki savunmalarına itibar edilmemelidir. Kaldı ki bizim gibi Müslümanların çoğunlukta yaşadığı ülkelerde ve diğer ülkelerde cinsel davranışa geçerli bir şekilde rıza gösterme yaşı 14 ile 16 arasında değişmektedir. Bu yüzden küçük yaştaki evlilikleri bir kültüre dayandırmak ya da dinin gereği gibi yansıtmak sadece o kültürü ve dini kötü tanıtmaktan başka bir işlev görmez. Cinsel suçlarda kural üzerinde hatanın çok istisnai durumlarda uygulanması mümkün olmalıdır. Yine kırsal kesimde on beş yaşın altındaki gayri resmi evliliklere sıklıkla karşılaşılmaması, on beş yaş altı rıza ile cinsel ilişkiye girme fiilinin haksızlık içermediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Ceza hukukunun düzenini sağlamadaki işlevinin yanı sıra diğer bir önemli işlevi de toplumu dönüştürmektedir. Kanun koyucunun iradesine göre bu dönüştürme iyi ya da kötü yönde yani göreceli olabilecek ise de; dünyadaki hemen hemen herkesin kabulünde olduğu üzere ergenliğe girmemiş, belli yaşın altındaki çocukların cinsel davranışa maruz kalmasını mazur görmek doğru değildir. Aksini savunmak insanın doğasına aykırıdır.

KAYNAKÇA

Alacakaptan U, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975)

Apaydın C, Ceza Hukukunda Kusurluluk (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)

Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Bengü CH, Ceza Hukukunda Hata (1. Baskı, Sakarya Basımevi 1948)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7. Bası, Beta Yayınevi 2011)

Değirmenci O, ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’ (2014) 26 (110) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 130-188

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012)

- Demirel H, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1955) 12 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 100-110.
- Develioğlu F, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (26. Baskı, Aydın Kitabevi 2010)
- Doğan R, ‘Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’ (2017) 75 (1) Ankara Barosu Dergisi, 123-149
- Donay S, Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007)
- Dönmezer S, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (5. Bası, Filiz Kitabevi 1983)
- Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I (14. Bası, Der Yayınları 2016)
- Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Bası, Der Yayınları 2019)
- Erbaş R, ‘Haksızlık Hatasının Kaçınabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği’ (2019) 12 (40) Ceza Hukuku Dergisi, 379-401
- Erem E, ‘Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki ve Fiili Hata’ (1947) 38 (1) Adalet Dergisi, 9-28
- Erem E, Danışman A ve Artuk ME, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997)
- Erman RB, ‘Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2006)
- Erman S, ‘Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma’ (1946) 12 (2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 509-536.
- Ersoy Y, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı’ (1967) 22 (4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 249-259.
- Gündüz N, ‘Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata’ (2015) II Nevzat Toroslu’ya Armağan, 489-543.
- Güngör D, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2007)
- Güngör D, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (2007) 19 (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 135-160
- Hafizoğulları Z, ‘Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları’ (1977) I Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 193-211.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, US-A Yayıncılık 2017)
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016)
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı,

- Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmöz Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta Yayınevi 2016)
- Jescheck H-H, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007)
- Jescheck H-H, 'Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi' (1991-1994) LIV (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 15-31.
- Katoğlu T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Keedy E R, 'Ignorance and Mistake in the Criminal Law' (1908) 22 (2) Harvard Law Review, 75-96.
- Kocaoğlu SS, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016)
- Kunter N, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1949)
- Memiş Kartal P, Çocukların Cinsel İstismarı (1. Baskı, Der Yayınları 2014)
- Memiş Kartal P, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK. m. 104)' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2083-2100
- Meraklı S, Ceza Hukukunda Kusur (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020)
- Ozansü MC, 'Yeni Türk Ceza Çerçevesinde Hata Kavramı' (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin'e Armağan, 385-402.
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Bası, Beta Yayınevi 1992)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Özer VÖ, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018)
- Özek Ç, 'Ceza Normunun Varlığında Hata' (2003) III Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, 817-830.
- Özen M, 'Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata' (2008) I Uğur Alacakaptan'a Armağan, 589-598.
- Öztürk B ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013)

- Pisapia G D, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Çeviren: Atıf Akgüç (1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971)
- Roxin C, ‘Yasağa İlişkin Yanılma’ Çeviren: Osman İsfen (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin’e Armağan, 243-276.
- Sezgin S, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1951) 42 (5) Adalet Dergisi, 725-738
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016)
- Soyer Güleç S, ‘Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)’ (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59-91
- Sözüer A, ‘Hukuki Hata’ (1995) 21 (1-2) Yargıtay Dergisi, 466-490
- Şare E, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 977-1023.
- Taner FG, Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017)
- Taner T, Ceza Hukuku Umumi Kısım (3. Basım, İsmail Akgün Matbaası 1953)
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, Uluslararası Ceza Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015)
- Tongür AR ve Çetintürk E, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012)
- Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)
- Toroslu N, Nasıl Bir Ceza Kanunu (1. Baskı, V Yayınları 1987)
- Ünver Y, ‘Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi’ Editör: Yener Ünver (1. Baskı) Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Seçkin Yayınevi, 2013)
- Williams G, Criminal Law The General Part (2nd ed, GAUNT INC 1998)
- Yenisey F ve Plagemann G, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009)
- Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Yüce TT, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985)
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Bası, Beta Yayınevi 2015)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

SENEDİN YAĞMASI SUÇU

*Araş. Gör. Burak TAŞ**

ÖZET

Senedin yağması suçu, yağma suçunun özel bir şekli olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 148. maddesinin ikinci fıkrasında malvarlığına karşı bir suç olarak düzenlenmiştir. Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde yağma suçu için öngörülen altı yıldan on yıla kadar hapis cezası bu suç bakımından da öngörülmüştür. Bu çalışmada senedin yağması suçu, tahlilci yöntemle suç genel teorisi bağlamında incelemeye tabi tutulmuştur. Yağma suçu ile benzer hukuki değeri koruyan senedin yağması suçunun yağma suçundan farklı tarafları odak alınarak incelenmiştir. Bileşik bir suç niteliğinde olan bu suçla ilgili özellik arz eden hususlar ile genel olarak söz konusu suçla ilgili doktrin ve Yargıtay uygulamaları değerlendirilerek sonuca ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler Malvarlığına Karşı Suçlar, Senedin Yağması Suçu, Cebir ve Tehdit, Senet, Bileşik Suç

THE CRIME OF PLUNDER OF BILL

*Res. Asst. Burak TAŞ***

ABSTRACT

The crime of Plunder of Bill is regulated as a crime against property in second paragraph of article 148 of the Turkish Penal Code numbered 5237. The same penalty with plunder that is imprisonment for a term of six to ten years is to be imposed if a victim is compelled, by the use of force or threats, to give a bond which will place him, or another, under an obligation to issue a document declaring the invalidity of a bond, to acquiesce in the taking of a bond, to sign a document which has the capacity of being transformed into a bond in the future, to destroy an existing bond or to acquiesce during the destruction of a bond. In this study, the crime of plunder of bill has been examined in the context of the general theory of crime with the diagnostic method. It has been examined by focusing on the different sides of the crime of plunder of bill, which preserves the same legal value as the crime of plunder, from the crime of plunder. The facts about this crime, which is a compound crime, and the doctrine and the applications of the Supreme Court in general, were evaluated and the result was reached.

Keywords Crimes Against Property, The Crime of Plunder of Bill, Coercion and Threat, Bill, Combined Crime

* Araş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, burak.tas@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6481-1580

** Res. Asst., Ankara Social Sciences University, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, burak.tas@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6481-1580

Extended Summary

In this study, in which the crime of plunder of bill was examined, the diagnostic method was generally followed. First of all, general information about this crime was given and then the issue of protected legal value was clarified. Then, in the context of the general theory of crime, the crime of plunder of bill was examined in terms of its elements. Elements of the crime are evaluated on the basis of typicality and illegality. The material element of the typicality is, respectively, perpetrator, victim, material issue, action and result; The spiritual element of typicality is examined directly in the context of intent and eventual intent. As one of the issues other than the elements of the crime, after mentioning the defect in the crime of plunder of bill, the reasons affecting the crime or the punishment are mentioned under the title of qualitative cases of the crime, personal impunity and personal reasons for which the penalty should be reduced, and lastly, effective repentance. Under the title of special appearance forms of the crime, the feature of the attempt, privity and session in terms of the crime of plunder of bill is examined. At the end of the study, a conclusion was reached by referring to the issue of sanction, prescription and cognisance of the crime. While making the crime of plunder of bill the subject of investigation, its application in the context of the relevant Supreme Court decisions and the discussions in the Turkish doctrine were included. Then, our opinion on the controversial issues was put forward in the context of the law that should be.

Because the crime of plunder of bill is regulated in the Turkish Criminal Code as a special type of plunder, explanations regarding the crime of looting of property will generally be valid in terms of looting of the deed. In this context, in the crime of looting the deed, an investigation was carried out on the basis of differences in its relationship with the crime of looting the property.

In this study, the wrongness of the regulation in the Law in terms of the victim of this crime has been discussed. That is to say, the victim of this crime is not the owner of the property, but the person whose possession of the property is terminated by force or threat, and whose freedom of will is compelled, since the persons who are subjected to force or threat may be different persons. From this point of view, since the force or threat, which constitutes the vehicle movements of this crime, affects the freedom of will, only those who have the ability to perceive can be the victim of the crime. In the crime of plundering the bill committed against a person who does not have the ability to perceive, the act of threat will be the crime of theft as the aim cannot function as a behaviour. Because of that, qualified case regulation of the subparagraph e of article 149 is incompatible with the nature of the crime.

In the doctrine, there are opinions that in addition to the general intent of the perpetrator, there should be an 'intent to benefit' in plundering. However, when the legal definition of the crime is examined, the intention of benefiting, as it is in the crime of theft, is not sought directly or indirectly in the crime of plunder of bill. In this context, searching for a beneficiary intent of the perpetrator would not be in line with typicality. Ultimately, it was concluded that this view, which is also contrary to the philosophy of the general theory of crime, cannot be accepted.

One of the reasons affecting the fault in the plunder of bill is unjust provocation. As a rule, while it is possible to apply unjust provocation in terms of all crimes, it is not considered

possible in the application of the Supreme Court for plundering. While unjust provocation provisions may be applied in terms of the act of killing against the right to life of persons, we are of the opinion that there is no legal basis for the unjust provocation provisions not to be applied in acts of deed pillage against persons' bodily immunity and assets.

Article 169 of the Turkish Penal Code, which is regulated as a common provision in crimes against property, states that "security measures will be imposed on legal entities who have gained unfair advantage by committing crimes of theft, abuse of trust and fraud." It creates a contradiction that the crime of looting of the deed is not counted in the provision of the relevant article. Looking at the crime of theft, abuse of trust and fraud, if an unfair advantage can be obtained for the benefit of legal entities, it should be seen that it is possible to commit the crime of looting the deed as a crime against the assets of the legal person.

GİRİŞ

Senedin yağması suçunun incelendiği bu çalışmada öncelikle bu suç ile ilgili genel bilgiler verilmiş ardından korunan hukuki değer hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Ardından suç genel teorisi bağlamında senedin yağması suçu, unsurları özelinde incelenmiştir. Suç unsurları itibariyle incelenirken finalist hareket teorisi esas alınmıştır. Temel olarak tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru bağlamında inceleme gerçekleştirilmiştir. Tipikliğin maddi unsuru sırasıyla fail, mağdur, maddi konu, fiil ve netice olmak üzere; tipikliğin manevi unsuru ise doğrudan kast ve olası kast bağlamında incelenmiştir. Korunan hukuki değer ise klasik teoride olduğu üzere bir unsur olarak değerlendirilmemiştir. Suçun unsurları dışında kalan hususlardan biri olarak senedin yağması suçunda kusurluluk hususuna değinildikten sonra suçu veya cezayı etkileyen sebepler başlığı altında suçun nitelikli halleri, şahsi cezasızlık sebepleri ile cezada indirim yapılması gereken şahsi sebepler ve son olarak etkin pişmanlık hususuna yer verilmiştir. Suçun özel görünüş biçimleri başlığında teşebbüs iştirak ve içtima hususunun senedin yağması suçu bakımından gösterdiği özellik irdelenmiştir. Çalışmanın sonunda suçun yaptırımı, zamanaşımı ve muhakemesi hususuna değinilerek sonuca varılmıştır.

Çalışma genel olarak tahlilci yöntem ile inşa edilmiştir. Senedin yağması suçu inceleme konusu yapılırken ilgili Yargıtay kararları bağlamında uygulamasına ve Türk doktrinindeki tartışmalara yer verilmiştir. Ardından tartışmalı hususlarla ilgili kanaatimiz, olması gereken hukuk bağlamında ortaya konmuştur. Bu kapsamda Türk doktrinindeki kaynaklardan azami ölçüde yararlanmaya çalışılmıştır.

Senedin yağması suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)¹ yağma suçunun özel bir türü olarak düzenlenmiştir². Bu amaçla yağma suçu ile ilgili açıklamalar genel olarak senedin yağması bakımından da geçerli olacaktır. Bu bağlamda senedin yağması suçu, malın yağması suçu ile olan ilişkisinde farklılıklar temel alınarak incelenmiştir.

A. SENEDİN YAĞMASI SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Senedin yağması suçu 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçların düzenlendiği ikinci kısmın malvarlığına karşı suçları düzenleyen onuncu bölümünde, 148. maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmektedir: *“Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin*

¹ RG. 12.10.2004, S. 25611

² Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt II, (Adalet Yayınevi, 2008) 274; Hakan Cerrahoğlu, Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu (YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2013) 43; Mustafa Arslantürk, İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu: Uygulama Örneği - Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu - Gerekeçeli (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018) 50; Esra Şule-Korkmaz, Yağma Suçu (Seçkin Yayıncılık, 2021) 75; Abdülhalim Arslanbaş, Yağma Suçları (YL Tezi, Marmara Üniversitesi, 2009) 196

hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir.”

Senedin yağması suçu, 765 sayılı mülga TCK m. 496’da malvarlığına karşı cürümler arasında şu şekilde düzenlenmekteydi: *“Her kim, bir kimseyi cebir ve şiddet kullanarak veya şahsan veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o kimsenin yahut başkasının zararına hukukça hükmü haiz bir senedi vermeye veya imza etmeye yahut koparıp mahvetmeye mecbur bırakılırsa on seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.”*

5237 sayılı TCK m. 148/2’de düzenlenen senedin yağması suçu 765 sayılı TCK m. 496’da bağımsız bir suç tipi olarak ihdas edilmiştir. Her iki kanun döneminde bu suç unsurlar yönünden büyük ölçüde benzerlik teşkil etmekle birlikte 5237 sayılı TCK’da senedin yağması suçu bağımsız bir suç olarak değil, malın yağmasının özel bir türü olarak düzenlenmiştir³.

765 sayılı TCK’da döneminde suçun maddi konusu “hukuken geçerli bir senet” şeklinde düzenlenmişken 5237 sayılı TCK’da ise “mağdurun kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senet, var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesika veya ileride böyle bir senet haline getirilebilecek bir kâğıt” şeklinde düzenlenmiştir⁴. Bu açıdan iki kanun döneminde maddi konusu, “anlam” açısından bir farklılık arz etmemektedir⁵.

765 sayılı TCK’da suçun fiil unsuru “cebir ve şiddet ya da şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanıyla tehdit” olarak belirlenmişken 5237 sayılı TCK’da bu suçun fiil unsuru, “cebir veya tehdit” olarak karşımıza çıkmaktadır. “Cebir veya tehdit” bağlamda 5237 sayılı TCK fiil unsurunun kapsamını 765 sayılı TCK’ya nispeten genişletmiştir.⁶ “Cebir ve şiddet”⁷ kavramları da aynı anlamı ifade ettiği için iki kanun arasında bu açıdan bir farklılık yaratılmamıştır.

765 sayılı TCK’da senedin yağması suçunda cebir veya tehdit fiilinin kapsamı “hukukça hükmü haiz bir senedi vermeye veya imza etmeye yahut koparıp mahvetmeye mecbur bırakma” olarak belirlenmişken 5237 sayılı TCK’da bu kapsam; “borç altına sokabilecek bir

³ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 3. Cilt, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010) 2775, 2776; Bakıcı (n 2) 273

⁴ Bakıcı (n 2) 273; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I (4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017) 412; Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (12. Baskı, Filiz Kitabevi, 1997) 373-374

⁵ Arslantürk (n 2) 50; Bakıcı (n 2) 273

⁶ Arslantürk (n 2) 50

⁷ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 412

senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi” olarak belirlenmiştir⁸. Bu açıdan 5237 sayılı TCK’da cebir veya tehdit fiilinin kapsamı daha geniş biçimde belirlenmiştir.

Hukukça sonuç doğurmaya elverişli olan bir senet, taşınır mal kavramının içerisinde değerlendirilebilir. Bu sebeple bu suçu düzenlemek gereksiz gibi görünse de, maddede borç doğurucu bir senedi imzalatmak yanında onu imha ettirmek, açığa imza attırmak eylemleri de cezalandırıldığı için açık bir şekilde yasal düzenleme yapmak yerinde olmuştur⁹.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Senedin yağması suçu, tehdit (TCK m. 106), cebir (TCK m. 108) ve hırsızlık (TCK m. 141) suçlarının kanun tarafından bir araya getirildiği bileşik suç niteliğindedir¹⁰. Bu sebeple kanunun cebir, tehdit ve hırsızlık suçlarıyla koruduğu hukuki değerler senedin yağması suçu bakımından da geçerli olacaktır¹¹. Hırsızlık suçuyla korunan zilyetlik¹² ve mülkiyet hakkı; cebir veya tehdit suçuyla korunan kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı; senedin yağması suçunda korunan hukuki değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda malvarlığına karşı bir suç olarak düzenlenen senedin yağması suçunda kişi özgürlüğüne veya vücut dokunulmazlığına karşı ihlaller, yine bu suça ilişkin birer araç hareket niteliğindedir¹³.

⁸ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 412

⁹ Mahmut Koca, ‘5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar’ (2005) (5) Kazancı Dergisi, 81

¹⁰ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018) 747.

¹¹ Ezgi Cankurt, ‘Yağma Suçu ve Cebir Kavramı’ (2015) 1 (2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 102; Mahmut Koca, ‘5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu’ (2005) 3 (32) Legal Hukuk Dergisi, 2801; Büşra Şenerdoğan, ‘Yağma Suçu, (m. 148-150)’ Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), (Adalet Yayınevi, 2018) 72; “765 Sayılı TCK’da ‘gasp’ olarak tanımlanan yağma, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Yani cebri hırsızlıktır. Şu hale göre yağma; bir kimsenin menkul malını cebir, tehdit kullanarak almaktır. Hırsızlık ile yağma suçları aynı ortak unsurlara malik olup ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle yağmanın, hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur, malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır. Failin malı almak için mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması yağma suçunu hırsızlıktan ayırır” Yar. CGK, E. 2017/14-550, K. 2019/574, 1.10.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) Erişim Tarihi: 10.4.2021); Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2776

¹² Zilyetlik, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu RG. 8.12.2001, S. 24606 m. 973’e göre bir şey üzerinde fiili hakimiyetin bulunmasıdır. Mülkiyet kavramından farklılık arz eden zilyetlik kavramı bir hakkı temsil etmez. Zilyetlik fiili bir durumdur. (Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2003) 611-612). Asli zilyet ferî zilyet bakımından da bir değerlendirme yapmak gerekirse en genel manada eşya üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişiler zilyet kabul edilmelidir (Ersan Şen ve Erkan Malbeği, ‘Malvarlığına Karşı Suçlarda İrade ve Fiili Hakimiyet Kriterleri’ (2018) 13 (141) Terazi Hukuk Dergisi, 106). İster failin iradesi ile zilyet olsun (ferî zilyet) isterse de zilyetlik kişinin aslından kaynaklansın ceza hukuku bağlamında doğrudan zilyedin bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak zilyet yardımcısının zilyet olarak kabul edilmediğini de belirtmek gerekir.

¹³ “Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suç olduğundan birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuki değerler olan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal

C. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURU

1. FAİL

Senedin yağması suçunda TCK, fail bakımından herhangi bir özellik aramamıştır¹⁴. Bu bağlamda herkes bu suçun faili olabilir¹⁵. Bu suç fail bakımından özellik aramadığından özgü bir suç olarak değil, herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Senedin yağması suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi nitelikli bir hal olarak düzenlendiği için failler hakkında verilecek olan ceza ağırlaşacaktır (TCK m. 149/1-c).

2. MAĞDUR

Senedin yağması suçunun mağduru bakımından bir özellik aranmadığı için bu suçun mağduru herkes olabilir¹⁶. Ancak cebir veya tehditle yalnızca gerçek kişilerin iradeleri sakatlanabileceği için tüzel kişiler bu suçun mağduru olarak değerlendirilemezler. Tüzel kişiler bu suçta suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilirler¹⁷.

Bu suçun mağduru, “*cebir veya tehdit altında kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilen kişi*” (TCK m. 148/2) olmakla birlikte cebir veya tehdide maruz kalan kişiler ile alınan malın maliki farklı kişiler olabileceği için bu suçun mağduru malın maliki değil, cebir veya tehdit ile mal üzerindeki zilyetliği sonlandırılan, “*irade özgürlüğü zorlanan kişi*”dir¹⁹. Buradan hareketle bu suçun araç hareketlerini teşkil eden cebir veya tehdit, irade özgürlüğünü etkilediği için sadece algılama yeteneği bulunan kişiler suçun mağduru olabilecektir. Algılama yeteneği

değerlerdir... Yağma suçu amaç ve araç hareketlerden oluşan bir suçtur. İlk önce almayı gerçekleştirmek için araç hareketler olan cebir veya tehdit kullanılır, sonrasında bu cebir ve tehdidin etkisiyle malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır. Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suç olduğundan birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuki değerler olan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal değerlerdir.” YCGK, E. 2015/709, K. 2016/33, 26.1.2016; Ali Boyracı, 5237 Sayılı Kanunda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu, (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 36

¹⁴ Cerrahoğlu (n 2) 43

¹⁵ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2885; A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt IV, (5. Baskı, İstanbul Kazancı Hukuk Yayınları, 1989) 665

¹⁶ Cerrahoğlu (n 2) 43; Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2885

¹⁷ Örnek vermek gerekirse banka görevlisine karşı müşterilere ait senedin yağması suçu işlenmesi durumunda mağdur banka görevlisi iken bankanın tüzel kişiliği suçtan zarar gören olarak değerlendirilir. Boyracı (n 13) 40.

¹⁸ En genel anlamda bir suçta mağdur, işlenen suçla hukuki yararı korunan kişilerdir. Suçtan zarar gören ile mağdur farklı kavramları ifade ederler. Mağdur, “*suç fiilinden zarar gören herkesi değil, sadece bu fiil ile ihlal olunan ve ceza korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahiplerini*” ifade eder. Suç nedeniyle maddi veya manevi olarak zarara maruz kalan gerçek ya da tüzel kişiler ise suçtan zarar görendir. Bu açıdan suçtan zarar gören kavramı, mağduru da içine alan geniş bir kavramı ifade etmektedir. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler) (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 141

¹⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 651

bulunmayan kişiye karşı işlenen senedin yağması suçunda tehdit fiili, amaç davranış işlevi göremeyeceği için hırsızlık suçu söz konusu olacaktır²⁰. Bu bakımdan TCK m. 149/1-e’de öngörülen ”*ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenen senedin yağması suçunda öngörülen nitelikli hal uygulama imkânı bulamayacaktır. TCK’nın söz konusu nitelikli hal düzenlemesi, “*ruh bakımından kendisini savunamayacak olma*” bakımından suçun yapısı ile bağdaşmamaktadır. Nitekim ruh bakımından kendisini savunamayacak kimseler genel olarak akıl hastaları yahut akıl sağlığı kısmen yerinde olmayanlardır²¹. Kaldı ki bu kişilerin hukuki işlem ehliyeti de bulunmamaktadır. Burada kanun koyucunun senedin yağması suçu ve genel olarak yağma suçu özelinde “ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma” nitelikli halinin uygulanamayacağını öngörmesi yerinde olurdu. Nitekim doktrinde de akıl hastalarına karşı gerçekleştirilen tehdit fiilinde akıl hastalarının algılama yeteneği kural olarak mevcut olmadığından bu kişilere karşı senedin yağması suçu oluşmayacağı, hırsızlık suçunun oluşacağı savunulmaktadır²².

Mağdur başlığı altında değerlendirilmesi gereken son husus ise icra hareketlerine başlandığı anda mağdurun hayatta olup olmadığı hususudur. Hayatta olmayan kimseye cebir veya tehdit uygulanmayacak ve senedin yağması suçu gündeme gelmeyecektir. Ancak amaç hareketlerin gerçekleştirilmesi için mağdurun öldürülmesi durumunda hem senedin yağması hem de kasten öldürme suçu gündeme gelecektir²³. Mağdur öldükten sonra hamili olduğu bir senedin alınması veya imha edilmesi durumunda ise senedin yağması suçu gündeme gelmeyecektir. Şartları mevcutsa hırsızlık, resmi veya özel belgeyi bozma, yok etme ya da gizleme suçlarının gündeme gelmesi mümkün olacaktır²⁴.

3. MADDİ KONU

Senedin yağması suçu, yağma suçundan maddi konu itibariyle farklıdır²⁵. Yağma suçunun maddi konusu taşınır mal iken senedin yağması suçunun maddi konusu *senet veya belgedir*²⁶. Bu bağlamda senedin yağması suçunun maddi konusu daha sınırlı bir alanı temsil etmektedir.

²⁰ Koca ve Üzülmöz (n 19) 651,653.

²¹ Handan Yokuş-Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Adalet Yayınevi, 2018) 64; Erkan Öztürk, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunabilme Kavramı” (2008) 3 (21) Terazi Hukuk Dergisi, 96.

²² Boyracı (n 13) 95; Koca ve Üzülmöz (n 19) 626,627.

²³ Boyracı (n 13) 40.

²⁴ Yar. CGK, E. 1994/1-283, K. 1994/320, 5.12.1994; Boyracı (n 13) 40; Koca ve Üzülmöz (n 19) 654.

²⁵ Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5. Baskı, Savaş Yayınları, 1987) 670; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 411; Arslanbaş (n 2) 8.

²⁶ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 411; Doktrinde *Bakıcı*, senedin yağması suçunda, yağma suçunun basit şeklinin aksine taşınmaz malların da dolaylı olarak suçun maddi konusunu teşkil edebileceğini savunmaktadır (Bkz. Bakıcı (n 2) 274; Aynı yönde Cerrahoğlu (n 2) 56, Sami Selçuk, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve

Senedin yağması suçunda maddi konu, senet yahut senetle ilgili belgedir. Senet, borçlusunun malvarlığında bir eksilmeye; yani malvarlığının pasifinde bir artışa sebep olan, borç doğurucu nitelikte olan bir belgedir²⁷. Bu senet veya belge, suçun failine bir fayda sağlama, mağdurunu zarara uğratma kapasitesine sahip olmalıdır²⁸. Bu ise senet niteliğindeki bu belgenin mala ilişkin olmasını gerektirmektedir.²⁹ İlaveten senedin yazılı bir belge mahiyetinde olması gerekmektedir. Bu belgenin onu düzenleyeni aleyhine delil teşkil edeceği için “*imzası, mührü veya el ile yapılmış bir işareti*” gerekmektedir³⁰. Bu unsuru taşımayan senet, senet niteliğini haiz bulundurmaz³¹. İlaveten bu yazılı belgenin belgelendirdiği hukuki işlem ile ilgili eksiksiz bir bilgiyi ihtiva etmesi gerekecektir. Bunun için senedin yırtılmamış, üstü karalanmamış, okunamayacak şekilde tahrip edilmemiş olması şarttır³². Nitekim senet niteliğini

Çeklerle İlgili Suçlar, (Yazarın Kendi Yayını, 1986) 26). Burada kanun koyucu doğrudan veya dolaylı olarak maddi konu ayırımına gitmemiş olup, bu suçun maddi konusunu oldukça sınırlı bir alana indirgemıştır. Ayrıca senedin yağması suçunda kanun koyucu senedin içerdiği alacak hakkını ya da taşınmaza yönelik aynı hakkı korumayı değil senedin zilyetliğini korumayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda taşınmaz malların bu suçun konusunu oluşturamayacağı; ancak senet konusu borcun doğumuna sebep olan hukuki ilişkinin taşınmazla ilgili olabileceği kanaatindeyiz (Aynı yönde Arslanbaş (n 2), 37-38). Örneğin zorla imzalatırılan senedin konusu taşınmaz satış vaadi olabilir. Bu durumda da senedin yağması suçunun maddi konusu her durumda taşınır mal kapsamında değerlendirilebilen senettir.

²⁷ Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 312

²⁸ Bakıcı (n 2) 274-275; Erem ve Toroslu (n 25) 671; Artuç (n 27) 312-313; Gözübüyük (n 15) 666

²⁹ Arslantürk (n 2) 51

³⁰ Şaban Kayıhan ve Mustafa Yasan, Türk Ticaret Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukuku, (3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016) 21; Mustafa Aygün, ‘Senet (Belgit)’ (1977) III (3-4) Yargıtay Dergisi, 247; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (Legal Yayınevi, 2016) 348-349; Senetler her zaman için düzenleyeni aleyhine delil teşkil etme amacıyla oluşturulmazlar. Düzenleyeni aleyhine delil teşkil etmesini tasavvur etmediği durumlarda da yazılı belge senet sayılabilecektir. Aksi halin kabulü, tesadüfi senetlerin (iradi senedin zıttı) yazılı belge olarak senet değerini ortadan kaldırırdı. Bu nedenle aleyhe delil teşkil etme amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın da senedin tüm unsurlarını taşıyan yazılı belge senet olarak itibar görebilecektir. Seyit Deliduman ‘Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki’ (2000) IV (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 415-416; Kuru (n 30) 346; Parmak izi ya da mühür kullanılan bir senet noterde düzenlenmemişse, bu senedin cebir veya tehdit kullanılarak alınması halinde senedin yağmasından bahsedilemeyecektir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 206/1’de “*İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır.*” hükmü bunu gerektirmektedir. Nihayetinde senet niteliğine sahip olmadığı müddetçe sürece, belgenin cebir veya tehditle alınmasına yönelik fiiller senedin yağması suçu teşkil etmeyecektir. Şule-Korkmaz (n 2) 51.

³¹ “*Üzerinde imza taşımayan hiçbir vesika senet addolunamaz. Kısaca, imzasız vesikalar gibi bir vakıanın ileriki delilini teşkil etmek üzere yazılmamış olan vesikalar da senet değildir. Bu bakımdan, muayyen fikirleri, kanaatleri müşekkel bir tarzda veya adiyen tespit eden yazılar senet sayılamazlar. Meselâ, altında imzasını taşısa bile, bir mimar tarafından çizilmiş olan kroki ve plânlar; bir doktor tarafından hastasına hastalığı sebebiyle mezuniyet verilmek için yazılmış raporlar, reçeteler: müşkül bir hukukî meseleyi aydınlatmak üzere bir veya müteaddit profesör yahut ta bilirkişilerle yapılan hukukî - ilmi konsültasyonlara dair kaleme alınmış olan yazılı taallânameler hukukî mânasında senet değildir. Şu var ki, misal kabilinden saydığımız bütün bu vesikaların da taallük ettikleri olaylar hakkında birer delil olmadıkları söylenemez.*” Necmettin Berkin, ‘İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil’ (1946) 12 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1178

³² Sinan Altunç, Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 242; Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, ‘İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri’ (2008) XXIV (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 501

veya ileride senet oluşturma kapasitesini haiz bulundurmayan belge bu suçun maddi konusunu oluşturmayacaktır.

Senetler genel olarak olarak kâğıt üzerine yazılmaktadır. Ancak senetlerin kâğıt dışında içeriğini belli edecek herhangi bir materyal üzerine yazılmaları mümkündür³³. Belirli bir süre boyunca muhafaza edilebilmesi koşuluyla yazının silinebilir nitelikte olması ile yabancı dilde yazılmaları da senedin niteliğini etkilemeyecektir³⁴. İlâveten senedin yazılmasında kullanılan malzemenin de içeriğini açıkça belli etmesi şartıyla herhangi bir önemi bulunmamaktadır³⁵. İlâveten yazılı bir belgenin senet niteliğini haiz olması için senedin içeriğini oluşturan bilgilerin gerçeği yansıtması aranmamaktadır³⁶.

765 sayılı TCK döneminde senedin mala ilişkin olmasının şart olmadığını savunan görüşler söz konusu idi. Bir görüşe göre senedin yağması suçu ile mağdurun zilyetliği korunduğu için senedin içeriğinin bir önemi bulunmamaktadır³⁷. Bu itibarla senedin zilyetliğinin cebir veya tehditle ihlali, senedin yağma edilmiş sayılması için yeterli olacaktır. Diğer bir görüşe göre ise bu suç malvarlığına karşı işlenen suçlardan sayılması gerekçesiyle senedin mala ilişkin olması, olmazsa olmaz bir şarttır³⁸. Mala ilişkin olmayan bir hususun gerçekleştirilmesi için alınan senet, senedin yağması suçunu oluşturmayacaktır³⁹. 5237 sayılı TCK bakımından ise genel olarak senedin yağması suçunda senedin borç doğurucu bir niteliğe, içeriğe ve bir malvarlığı değerine sahip olması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰.

İleride senet niteliğini haiz bulundurabilecek bir kâğıt da bu suçun maddi konusunu oluşturabileceği için açığa imza atmaya zorlama durumunda da senedin yağması suçu söz

³³ Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrakın Esasları, (7. Baskı, Adalet Kitabevi, 2019) 5

³⁴ Aygün (n 30) 251

³⁵ Bozkurt-Yüksel (n 32) 502

³⁶ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 487

³⁷ Erem ve Toroslu (n 25) 670-671

³⁸ Örneğin bir boşanma davasında kullanılmak üzere ahlaka aykırı bir edim içeren senedin cebir veya tehditle elde edilmiş olması durumunda senedin yağması suçundan bahsedilemeyecektir. Bu tartışmada *Erem ve Toroslu*, senedin herhangi bir hukuki sonucu doğurmaya elverişli olmasını yeterli görmemekle birlikte örneğin siyasi amaçlarla kullanılacak olan bir senedin alınması ya da imha edilmesi durumunda senedin yağmasından söz edilemeyeceğini savunmaktadırlar. Böylesi bir durumda ortada cebir veya yaralama suçunun mevcut olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Erem ve Toroslu (n 25) 670-671; Dönmezer (n 4) 374

³⁹ Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, (Filiz Kitabevi, 1994) 353.

⁴⁰ Arslantürk (n 2) 51; Artuç (n 27) 313; Bakıcı (n 2) 274-275; Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2885; “*Senedin bunu imzalayan için “borç doğurucu” olması gerekir. Bu borç para borcu olabileceği gibi, bir işi yapmaya veya yapmamaya, bir taşınmazını hibe etmeye, kira ile oturma binayı boşaltmaya, var olan bir borca kefil olmaya da ilişkin olabilir. Bir alacağı tahsil etmemeye, herhangi bir davayı açmamaya, vasiyetnamesini değiştirmemeye yönelik bir vaadi içeren yazılı beyanlar da “borç doğurucu” senet sayılırlar. Şu hâlde mağduru iktisaden değerlendirmeye elverişli olan bir hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belge, borç doğurucu senet tanımına girer*” (TCK m. 148/2 gerekçesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr ET: 7.3.2021)

konusu olacaktır⁴¹. Ancak belirtmek gerekir ki burada suçun oluşabilmesi için kağıdın senet haline getirilmesi zorunlu değildir⁴².

Maddi konu özelinde senedin yağması ile açığa atılan imzanın kötüye kullanılması (TCK m.209/1) suçunun arasındaki farklara değinmekte yarar vardır. Senedin yağması suçu ile açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu ile arasındaki fark, failin senedi ele geçiriliş şekline dayanmaktadır⁴³. Senedin yağması suçunda fail senedin, cebir veya tehditle kendisine verilmesini sağlamaktadır⁴⁴. Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçunda ise failin cebir veya tehdidi bulunmaksızın mağdur senedi kendi rızasıyla faile teslim etmektedir⁴⁵. Ayrıca açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçunda senet veya en azından belge niteliği taşımayan bir kâğıt, bu suçun maddi konusunu oluşturma kapasitesine sahipken senedin yağması suçunun maddi konusunu, tamamlanmış ve her yönüyle belge oluşturabilme kapasitesine sahip kâğıt oluşturmaktadır⁴⁶. Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda kısmen veya tamamen boş kâğıt, faile teslim edilmeden önce imzalı olmalıdır⁴⁷. Bu sebepler failin doldurduğu kağıdı sonradan mağdura imzalatması halinde bu suçtan söz edilemeyecektir⁴⁸.

Cebir veya tehdit yoluyla alınan senedin sonradan geçersizliğine karar verilmesi halinde senedin yağması suçu ortadan kalkmayacaktır⁴⁹. Nitekim suç işlenirken senet, senet niteliğini haiz olduğu oranda bu suçun maddi konusunu teşkil etmektedir. Ancak suçun işlendiği anda suçun maddi konusunu oluşturan kâğıt senet niteliğini haiz değil, hükümsüz; ileride senet haline getirilebilecek bir kâğıt da belge niteliğini de haiz değilse senedin yağması suçundan bahsedilemeyecektir⁵⁰. Hukuken geçerli olan senet cebir veya tehdit amacıyla kullanılmasından sonra senedin hükümsüzlüğüne karar verilmiş olsa dahi suçun niteliği değişmeyecektir⁵¹.

⁴¹ Boş kağıda imza atılmasıyla beraber her ne kadar senet hukuki bir sonuç doğurmaya başlangıçta elverişli olmasa da bu imza ile kişi hukuki bir yükümlülük altına girmektedir (Erem ve Toroslu (n 25) 671). Bu sebeple burada açığa imza atılan belgenin ileride senet haline getirilebilecek belge sayılma potansiyeli mevcuttur.

⁴² Bakıcı (n 2) 275

⁴³ Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları (Adalet Yayınevi, 2017) 459

⁴⁴ Balcı ve Öztürk (n 43) 459

⁴⁵ Artuç (n 27) 314; Müslüm Kuzudişli, Yağma Suçu, (YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2012) 59

⁴⁶ Arslanbaş (n 2), 104-105

⁴⁷ Mustafa Ruhan Erdem, Durmuş Tezcan ve Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (18. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020) 1073

⁴⁸ İlavenen imzanın suçun bizatihi faili tarafından atılmış olması hali de bu suça değil belgede sahtecilik suçlarına vücut verecektir. Erdem, Tezcan ve Önok, (n 47) 1073

⁴⁹ Bakıcı (n 2) 275

⁵⁰ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2885

⁵¹ Şule-Korkmaz, (n 2) 51,52; Önder (n 39) 353; Cerrahoğlu (n 2) 45; Sinan Esen, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, (Adalet Yayınevi, 2007) 171

4. FİİL (HAREKET)

“Bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur kılmaya yönelik tehdit edilmesi veya mağdura cebir uygulanması” (TCK m. 148/2) senedin yağması suçunun fiil unsurunu teşkil etmektedir⁵². Yağma suçu, ihmal hareketleriyle işlenemez. Nitekim kanun koyucu bu suçla failin hareketsizliğini değil belirli bir yönde davranmasını cezalandırmaktadır. Bu sebeple senedin yağması suçu icrai hareketle işlenebilen bir suçtur.

Kanuni tanımında birden çok hareketin öngörülmesi ve suçun tamamlanması için hepsinin işlenmesi arandığı için bu suç çok hareketli bir suçtur⁵³. Bu suçu oluşturan hareketler ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız olarak düzenlendiği için bu suç seçimlik hareketli bir suçtur⁵⁴. Ayrıca bu suçun mutlaka cebir veya tehdide başvurarak işlenebileceği gerektiğinden senedin yağması suçu bağıli hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁵.

“Borç altına sokma” fiili ile mağdurun zarara uğratılması anlaşılmakta; ancak zarar meydana getirmeye elverişli bir fiil aransa da zararın fiilen doğmuş olması gerekmemektedir⁵⁶. Nitekim kanun koyucu öngördüğü hareketler bakımından suçun tamamlanmış sayılabilmesi için bu suçun maddi konusu olan senet üzerindeki zilyetliğin sona erdirilmesini ve mağdurun zilyetlikten kaynaklanan tasarrufta bulunmaya yönelik haklarının kullanılmasının imkânsız duruma getirilmesini yeterli görmüştür. Senet veya belgenin imha edilmesi için veya imha edilmesine karşı koymama açısından cebir veya tehdit uygulanması bu suçun fiil unsurunun bir parçası iken “*bu tür kağıdın alınmasına karşı koymamaya mecbur etme amacı*” ilgili madde hükmünde açıkça belirtilmemiştir⁵⁷.

Senedin yağması suçundaki seçimlik hareketler, senet üzerinde borçlunun zilyetliğinin sona erdirilmesi, zilyetlikten doğan tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması ifade etmektedir. Burada zilyetliği mağdurdan alma fiili, malın zilyetliğinin fiili olarak el değiştirdiği anda gerçekleşmektedir. Yağma suçunda hırsızlık suçundan farklı olarak almanın söz konusu

⁵² Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 413-414

⁵³ Akbulut (n 10) 265

⁵⁴ Artuç (n 27) 314; Arslanbaş (n 2) 57; Önder (n 39) 352; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 413, Şule-Korkmaz (n 2) 80

⁵⁵ Boyracı (n 13) 53; Akbulut (n 10) 267; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 122

⁵⁶ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2886; Önder (n 39) 353; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 414; Arslanbaş (n 2) 57

⁵⁷ 765 sayılı TCK döneminde de bu türden fiiller suçun kapsamı dahilinde düzenlenmemiştir. Erem ve Toroslu (n 25) 671; Önder (n 39) 352; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 414

olabilmesi için malın failin egemenlik sahasına dahil etmesi gerekmektedir⁵⁸. Mal, zilyedin tasarruf imkanı ortadan kaldırıldığında alınmış sayılacaktır⁵⁹. Ayrıca mal alındıktan sonra yani mağdurun zilyetliği sona erdirildikten sonra zilyetliğini geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdit uygulanması durumunda artık yağmadan söz edilemeyecektir; çünkü artık tamamlanmış bir hırsızlık suçu söz konusu olacaktır.⁶⁰ Kaldı ki bu suçta kanun koyucu bir neticenin gerçekleşmesini de aramadığı için⁶¹ zilyetliğin faile geçmesi olmazsa olmaz bir şart olarak değerlendirilemez.

Yağma suçunun basit şeklinde araç fiil niteliğindeki cebir veya tehdidin kapsamı ve ihlal ettiği hukuki değerler açıkça belirtilmişken senedin yağması suçunda bu belirleme söz konusu değildir⁶². Yağma suçunda cebir veya tehdidin kapsamı “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle” tehdit edilmesi ve cebir uygulanması şeklinde belirtilmiştir (TCK m. 148/1). Senedin yağması suçunda ise cebir veya tehdit kullanılarak “mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi” söz konusudur. Bu açıdan senedin yağması suçunda cebir veya tehdidin kapsamı farklılaştırılmış hem de cebir veya tehdidin ihlal ettiği hukuki değerler açık bir şekilde gösterilmemiştir. Ancak her iki suçta da amaç fiil niteliğindeki cebir veya tehditle asıl fiil arasında neden-sonuç ilişkisi kurulmuştur. Burada kanun koyucunun senedin yağması suçu bakımından cebir veya tehdidin ihlal ettiği hukuki değerlerin açıkça göstermemiş olması bir eksiklik değildir. Kanun sistematigi içerisinde kanun koyucu gereksiz yere tekrar yapmaktan kaçınmıştır. Kanaatimizce madde bütünlüğü çerçevesinde yağma suçunun özel bir görünüş

⁵⁸ Ersan Şen, ‘Yağma ve Hırsızlık Suçlarında Fiili Hakimiyet’ Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013) 8 (109-110) 123; “Sırf hareket suçu olan yağma suçu, failin cebir veya tehdit kullanarak malı aldığı anda tamamlanır. Malın alınması ile anlaşılması gereken özel hukuk anlamında zilyetlik olmayıp; ceza hukuku zilyetliğidir. Yağma suçunun tamamlanması için, mağdurun mal üzerinde sahip olduğu zilyetliğe son verilerek yağma suçuna konu olan malın failin eline geçmesi yeterlidir. Bu sebeple yağma suçunda, suçun tamamlanabilmesi için failin malı olay yerinden uzaklaştırmasına, kullanmasına, maldan yararlanmasına veya medeni hukuk zilyetliği için aranan zilyetlik iradesinin bulunması koşuluna ya da malın failin hâkimiyet alanına sokulmasına dahi gerek yoktur. Hırsızlık suçunun tamamlanmasında mağdurun mal üzerindeki hâkimiyetine son verilerek, malın failin hâkimiyet alanına geçirilmesi koşulu aranırken; yağma suçunda malın alınması ile birlikte suç tamamlanır.” Sevim Sahillioğlu-Baklacı, Yağma Suçu, (YL Tezi, Yaşar Üniversitesi, 2020) 19.

⁵⁹ Necati Meran, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayınları) 203.

⁶⁰ Meran (n 59) 203.

⁶¹ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 415.

⁶² Boyracı (n 13) 16.

şekli olan senedin yağması suçunda da cebir veya tehdidin ihlal ettiği hukuki değerler TCK m. 148/1 ile aynı değerlendirilmelidir.⁶³

Suçun tamamlanmış sayılması için senedin kullanılması zorunlu bir unsur değildir⁶⁴. Senet yağmalanmasının yanı sıra kullanılırsa, özel belgede sahtecilik (TCK m. 207/2) suçu gündeme gelebilecektir⁶⁵. Ayrıca cebir veya tehditle imzalatılan senedin mağdurda bırakılması, failin zilyetliğinde olmaması da zorunlu bir unsur değildir.⁶⁶ Nitekim TCK m. 148/2’de imzalatılan senedin failde kalması gerektiği belirtilmiş değildir.

5. NETİCE

Senedin yağması suçu, cebir veya tehditle senedin veya belgenin alınması, imha edilmesi; ileride senet haline getirilebilecek bir kağıdın imzalanması yahut imha edilmesi ile tamamlanır⁶⁷. Suçun kanuni tanımında failin söz konusu fiili ile yararlanma koşulu da aranmadığından sırf hareket suçu niteliğinde olan bu suç, neticesiz bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁸.

Senedin yağması suçunun bir zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu teşkil ettiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu suçun tehlike suçu teşkil ettiğini savunan görüş, amaç hareketlerin gerçekleştirilmesiyle suçun oluşacağı, ayrıca senedin teslim alınması ya da kağıdın imzalanmış olmasının şart olmadığı yönündedir⁶⁹. Bu suçun zarar suçu teşkil ettiğini savunan diğer görüş ise amaç hareketlerin gerçekleştiği; yani senedin teslim alındığı ya da imha edildiği anda suçun oluşacağı yönündedir⁷⁰. Savunduğumuz bu görüşe göre zararın fiilen gerçekleşmesi şart olmamakla birlikte mağdurun mukavemeti araç hareketlerle kırıldığında alma gerçekleşip suç da tamamlanmış olacağından suç tamamlanmış ve tam o anda da mağdurun malvarlığı zarara uğramıştır⁷¹.

D. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Senedin yağması suçu kasten işlenebilen bir suçtur⁷². Failin kastı hem “cebir veya tehdid”e hem de “alma”ya ilişkin olmalıdır. Bu suçun oluşması için failin herhangi bir saikte

⁶³ Aynı yönde bkz. Artuç (n 27) 314; Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2776

⁶⁴ Bakıcı (n 2) 275; Cerrahoğlu (n 2) 46; Kuzudişli (n 45) 58,72; Artuç (n 27) 314

⁶⁵ Senedin cebir veya tehdit ile imzalanması halinde, bu senet resmi senetlerden biri ise bu sahte resmi belgenin kullanılması TCK m. 204’ü gündeme getirecektir. Bu durumda iki ayrı fiil bakımından gerçek içtima kuralı uygulanmalıdır.

⁶⁶ Kuzudişli (n 45) 58

⁶⁷ Koca (n 19) 2803; Bakıcı (n 2) 275

⁶⁸ Sahillioğlu-Baklacı (n 58) 38

⁶⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 677

⁷⁰ Koca ve Üzülmöz (n 19) 630

⁷¹ Boyracı (n 13) 77; Koca ve Üzülmöz, (n 55) 118

⁷² Arslanbaş (n 2) 127

bulunmasını aranmamıştır. Bu suçun meydana gelebilmesi için genel kast yeterli sayılacaktır⁷³. Kastın bilme unsuru bakımından değerlendirme yapmak gerekirse failin “*senedin borç doğurucu niteliğini bilmesi*” gerekmektedir⁷⁴. İsteme unsuru bakımından ise failin gerçekleştirdiği hareketin iradî olması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre failin genel kastının yanı sıra ‘*yararlanma kastı*’nın da bulunması gerekmektedir⁷⁵. Bu görüşteki yazarlara göre her ne kadar ilgili madde hükmünde yararlanma kastından söz edilmemişse de yağma suçunun cebir veya tehditle işlenebilen bir hırsızlık niteliğinde bir suç teşkil etmesi sebebiyle, hırsızlık suçu bakımından aranan yararlanma kastı bu suç bakımından da aranmalıdır⁷⁶. Yararlanma kastı ile değil de zarar verme kastıyla işlenen fiil, senedin yağmasını değil mala zarar verme ve tehdit ya da yaralama suçuna vücut verecektir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde yağma suçunu düzenleyen ilgili maddede yararlanma kastı açıkça düzenlenmese de doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında yararlanma kastı, bu suç özelinde aranan bir unsur niteliğindedir. Bu kapsamda uzun yıllar devam eden bir uygulama kapsamında 5237 sayılı TCK bakımından da yağma suçu bakımından yararlanma kastı aranmalıdır. Ancak suçun kanuni tanımı incelendiğinde hırsızlık suçunda olduğu şekliyle senedin yağması suçunda bir yararlanma kastı, doğrudan veya dolaylı olarak aranmamaktadır. Bu kapsamda failin yararlanmaya yönelik bir kastının aranması tipikliğe uygun olmayacaktır. Suç genel teorisinin felsefesine de aykırı olan bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Ceza hukukunda hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi adına ceza hükümlerinin dar yorumlanması esastır.⁷⁷ Nitekim bu suç özelinde yararlanma kastı aranması, kişilerin cezalandırılabilme alanlarında negatif bir etki yaratmasa da pozitif bir etki yaratır. Kanunilik ilkesi ise böylesi bir yoruma cevaz vermemektedir. Kişilerin cezalandırılabilme alanında hükümler ihdas etmek mahkemelerin değil kanun koyucunun yetkisindedir. Tipikliğin amacı da kanun koyucunun öngördüğü fiillerin suç sayılmasıdır. Bu bağlamda kanun koyucunun yetkisinde olan bir durumda kişilerin cezalandırılabilme alanına pozitif bir etki olsa da böylesi bir yorum hukuki değildir. Ancak günümüz doktrininin çoğunluğuna ve Yargıtay uygulamasına göre ise kanunun amacından (*ratio legis*) hareketle yağma suçunda yararlanma kastı aranmaktadır.⁷⁸

⁷³ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2287

⁷⁴ Şule-Korkmaz (n 2) 80,81; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 415

⁷⁵ Artuç (n 27) 315-316; Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2287; Esen (n 51) 173; Gözübüyük (n 15) 666

⁷⁶ Koca (n 19) 2811

⁷⁷ Fatih Birtek, ‘Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı’ (2020) 15 (44) Ceza Hukuku Dergisi, 679

⁷⁸ Birtek (n. 77) 697

Bu suç ayrıca olası kastla da işlenebilir⁷⁹. Bu durumda verilecek ceza TCK m. 21/2 uyarınca indirilir. Örnek vermek gerekirse mağdurun elinde imzalı bir kağıdın bulunduğunu görüp bunun senet olabileceğini düşünen failin cebir veya tehditle senedi alması durumunda olası kastla hareket ettiği söylenebilecektir. Nitekim fail söz konusu kağıdın senet niteliğinde olabileceğini öngörmesine rağmen hareketinin suç teşkil edebileceğini kabullenmesi söz konusudur.

Senet borç doğurucu nitelikte değil ancak failin tasavvurunda borç doğurucu nitelikteyse ve fail de cebir veya tehdit kullanarak senedi alırsa, suçun maddi unsurlarında hataya düştüğünden bahisle TCK m. 30/1 gündeme gelebilir⁸⁰. Ancak borç doğurucu nitelikte olmayan senet mal niteliğindeyse malın yağması suçundan, mal niteliğinde değilse cebir veya tehdit suçundan söz edilebilir⁸¹.

E. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Senedin yağması suçu bakımından özel olarak hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir. Genel hükümler dairesinde hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanması mümkündür. Örnek vermek gerekirse kanunun emrini icra hukuka uygunluk sebebine dayalı olarak icra müdürünün borçlunun hamili olduğu senetlerine zorla el koyması (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁸² m. 80/4) durumunda icra müdürünün fiili hukuka uygundur (TCK m. 24/1). Ancak bunun dışında borçluya “*bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi*” mesleğin gerekleri bakımından hukuka uygun sayılamayacaktır.

Senedin yağması suçu bakımından meşru savunma (TCK m. 25/1) hukuka uygunluk sebebinin uygulanması ihtimali oldukça güçtür. Ancak gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir malvarlığı hakkına yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak senedin yağması suçuna yönelik haksız saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller meşru savunma kapsamında değerlendirilebilecektir. Kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen haksız bir saldırıyı defetme zorunluluğu ile senedin yağması fiilinde bulunması durumu ise hukuka uygunluk sebebi olarak

⁷⁹ Arslanbaş (n 2) 127; Koca (n 19) 2811

⁸⁰ Bakıcı (n 2) 275; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 415; Erem ve Toroslu (n 25) 671

⁸¹ Örneğin senet niteliğine sahip olduğu tasavvur edilen kâğıt, ekonomik değeri yüksek olan bir materyale sahip olabilir.

⁸² RG. 19.06.1932, S. 2128

değerlendirilemeyecektir; nitekim meşru savunmanın söz konusu olabilmesi için saldırıya karşı gerçekleştirilen fiilin zorunlu ve saldırı ile orantılı olması gerekmektedir⁸³.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi bu suç için uygulama imkânına sahip değildir. Nitekim hukuk düzeni kişilere hukuki bir ilişkiye dayanan alacaklarını hukuki yollar dışında elde edebilmesine imkân tanıyan, doğrudan üzerinde tasarruf edebileceği subjektif bir hak tanımadığından cebir veya tehditle senedin yağmalanması fiili hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecektir⁸⁴.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin de bu suç bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz⁸⁵. Nitekim senedin yağması suçunda cebir veya tehdit ile mağdurun iradesi baskı altına alınmaktadır. Baskı altına alınan kişinin iradesi sakatlandığı için senedin alınmasına, hükümsüz kaldığı vesikasını vermeye ya da diğer seçimlik hareketlere rıza göstermesi hukuken geçerli değildir⁸⁶. Nitekim bu suçun oluşabilmesi için araç hareketler vasıtasıyla mağdurun iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki söz konusu olmalıdır. Yağma suçunda mağdurun rızasının bulunmaması da suçun bir unsurunu teşkil ettiğinden rıza hukuka uygunluk sebebi bu suçta uygulanamayacaktır⁸⁷.

F. KUSURLULUK

Senedin yağması suçunda kusurluluğu etkileyen sebeplerden biri haksız tahriktir. Kural olarak tüm suçlar bakımından haksız tahrik uygulaması mümkünken yağma suçunda Yargıtay uygulamasında mümkün görülmemektedir⁸⁸. Kişilerin yaşam hakkına karşı gerçekleştirilen öldürme fiili bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanabilirken kişilerin vücut dokunulmazlığına ve malvarlığı değerlerine karşı gerçekleştirilen senet yağması fiillerinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasının hukuki bir dayanağının olmadığı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu TCK m. 147’de hırsızlık suçu için öngördüğü “*hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*” şeklindeki özel zorunluluk

⁸³ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (7. Baskı, Beta Yayınları, 2019) 379, 382

⁸⁴ Boyracı (n 13) 121,122

⁸⁵ Aksi yönde bkz. Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2288

⁸⁶ Aynı yönde bkz. Boyracı (n 13) 122

⁸⁷ Artuç (n 27) 318

⁸⁸ Artuç (n 27) 316; “*Suç tarihinden önce mağdur veya ailesinden kaynaklanan bir haksız hareketin varlığı halinde bile yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetildiğinde bu yönde yapılacak bir araştırma sanıkların hukuki durumunu etkilemeyecektir. Aksinin kabulü halinde aralarında husumet bulunan şahısların birbirlerine karşı yağma suçunu işleyemeyecekleri gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki mevcut ceza mevzuatı kapsamında böyle bir durumdan bahsedilemeyeceği her türlü izahtan varestedir.*” Yar. CGK, E. 2017/162, K. 2017/346, 20.6.2017; Boyracı (n 13) 125

haline senedin yağması bakımından yer vermemiştir. Suç siyasetinin bir gereği olarak kişi özgürlüğünü de ilgilendiren bir boyut taşıyan cebri hırsızlık niteliğinde olan bu suçta özel bir zorunluluk halinin öngörülmemiş olması doğaldır. Ancak genel hükümler bağlamından zorunluluk hali kapsamında (TCK m. 25/2) senedin yağması suçunun işlenmesi mümkündür.

G. SUÇU VEYA CEZAYI ETKİLEYEN SEBEPLER

1. NİTELİKLİ HAL

Senedin yağması ve malın yağması suçları bakımından ortak olan nitelikli haller, TCK m. 149'da şu şekilde sıralanmıştır: “a) silahla⁸⁹, b) kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, c) birden fazla kişi tarafından birlikte, d) yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde, e) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak⁹⁰, g) suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, h) gece vaktinde, işlenmesi halinde, fail hakkında on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Erem ve Toroslu'ya göre gece vaktinde malın yağma edilmesi durumunda cezanın artırılması makul gerekçelere dayansa da gece vakti senedin yağması suçu işlenmiş olmasının cezanın artmasına sebep olacak nitelikli bir hal olarak kabul edilmesinin nedeni anlaşılammaktadır. Ancak gece vakti kişilerin gündüz vaktine nazaran daha savunmasız oldukları bir zaman dilimidir. Bu suçun araç hareketleri niteliğinde olan cebir veya tehdidin içerdiği korkutuculuk dikkate alındığında bu suçun gece vaktinde işlenmesi, duyulan korku düzeyini daha da artırır. İlaveten kişilerin huzur ve güvenliklerinin zarara uğrama potansiyeli daha da artmakla birlikte suç failinin suçu işlemesi ve olay yerinden kaçması daha da kolaylaşmış olmaktadır. Bu nedenle gece vakti senedin yağması suçunun işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekli bir uygulamayı temsil etmektedir.

Hırsızlık suçunda cezayı hafifletici nitelikli bir hal olan ve kullanma hırsızlığı bakımından “malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi hali” (TCK m. 146) senedin yağması suçunda öngörülen bir hal değildir. Zira senedin yağması bağlamında senet kullanıldıktan sonra zilyedi bulunan kişiye iade etmeye elverişli değildir. Senedin yağması suçunda failin zorla imzalatırdığı senedi mağdura geri vermesi cezada indirim gerektiren nitelikli bir hal değil etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmesi gereken bir

⁸⁹ Yar. 6 CD, E. 2011/21386, K. 2014/14108, 8.7.2014; Arslantürk (n 2) 55

⁹⁰ Yar. 6 CD, E. 2012/9556, K. 2012/23354, 12.12.2012; Arslantürk (n 2) 55

husustur. Nitekim etki pişmanlıkta suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık göstererek hukuka aykırı fiilinin sonuçlarını gidermeye çalışması söz konusudur.⁹¹

Senedin yağması suçunun maddi konusunu teşkil eden senet bedelinin değerinin azlığı, TCK m. 150/2’de cezayı hafifleten bir neden olarak düzenlenmiştir. Ancak 765 sayılı TCK döneminde ise malını değerinin azlığı cezada indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir. Yağma suçu, 5237 sayılı TCK’da zilyetlik olgusuna karşı işlenen suçlardan biri olarak diğer malvarlığına karşı ilenen suçlarda olduğu gibi bu suçta da malın değerinin azlığı indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Doktrinde savunduğumuz bir görüşe göre yağma suçu ile korunan hukuki değer sadece malvarlığı olmadığı; kişinin beden bütünlüğü, vücut ve ruh sağlığı da korunduğu için bu suçta değer azlığının cezada indirim yapılmasını gerektirmesi yerinde görülmemektedir⁹². Bu hükmün sakıncasını ise ilgili maddenin “indirilebilir” ifadesiyle hâkime tanınan takdir hakkı kısmen giderebilir. Kullanılan cebir veya tehdidin boyutuna bağlı olarak hâkim değer azlığı sebebi ile cezada indirim yoluna gitmeyebilir ve ilgili düzenlemenin yarattığı bu olumsuz sonuç kısmen dengelenebilir.

Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (TCK m. 150/1). Cezada indirim nedeni olarak değerlendirilebilecek bu halin uygulanabilmesi için faille mağdur arası bir hukuki ilişki bulunmalı, bu ilişkiden failin lehine bir alacak doğmalı ve senet borç doğrucu nitelikte olmalıdır⁹³. Doktrinde bir görüş, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi borç ilişkisi temelinde dar yorumlamakta, borç ilişkisinin doğduğu anda ilişkinin tarafı olan alacaklının TCK m. 150/1 hükmünden yararlanabileceği⁹⁴, borcun nakli veya sözleşmenin devri

⁹¹ Özcan Özbey, ‘Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulanması’ (2010) 5 (44) Terazi Hukuk Dergisi, 133-134.

⁹² Koca (n 19) 2817; Bu hükmün Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi (AYM), devletin takip ettiği suç ve ceza politikası, suça verilen önem ve cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek suça konu eşyanın değerine bağlı olarak yağma suçu için verilecek cezada indirim yapılmasını öngören kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu esastan reddetmiştir (Bkz. AYM, E. 2009/120, K. 2009/40, 5.3.2009); Boyracı (n 13) 109, 110

⁹³ Bu indirim sebebinin temelinde kişilerin kendiliğinden hak alma yolu ile hakkını elde etmeye çalışması hukuk düzeni tarafından yasaklandığı ihkak-ı hak ilkesi yatmaktadır.

⁹⁴ Doktrinde bir görüş, TCK m. 150 düzenlemesini yağma suçu bakımından isabetsiz görmektedir. (Bkz. Koca ve Üzülmöz (n 19) 664). Bu görüşe göre yağma suçunun kendisini oluşturan suçlara ayrılması hem bileşik suçların bölünmezliği ilkesine aykırıdır hem de hırsızlık suçunda hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsili düzenleyen TCK m. 144/1-b ile çelişmektedir (Koca ve Üzülmöz (n 19) 664). Bu sebeple yağma suçunu parçlamak yerine yağma suçunda indirim sebebi olarak madde metnini yeniden düzenlemek gerekmektedir (Gani Kamışlı ve Gökhan Taneri, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Seçkin Yayınları, 2018) 901). Kanımızca kanun koyucu alacağın zorla alınması fiilinin yağma oluşturmayaacağı kabulü ile böyle bir düzenleme yoluna gitmiştir. Alacağın zorla alınmasının haksızlık içeriğinin yağma olarak değerlendirilmeyişi, devletin suç siyasetinin bir tezahürüdür. Bu kapsamda kanun koyucunun daha az ceza vermek yerine fiilin yağma teşkil etmediği kabulü yerindedir.

gibi vasıtalarla taraf olan kişilerin bu sebepten yararlanamayacağı kanaatindedir⁹⁵. Ancak “bir hukuki ilişkiye dayanan alacak” denilmek suretiyle hukuki ilişkinin kapsamını sıradanlaştırmış ve özelleştirmemiştir. Bu sebeple ilgili madde hükmü böyle bir sınırlama öngörmediği için kanun koyucu gibi hareket ederek böyle bir sınırlama öngörmek, mümkün görülmemelidir. Doktrinde bir görüş eksik borçların hukuken meşru görünmemesi gerekçesiyle bu halde TCK m. 150/1 uygulanamayacağını savunmaktadır⁹⁶. İsbetli bulduğumuz diğer bir görüşe göre ise eksik borca dayanan alacaklar geçersiz değil ancak talep edilemeyen alacaklar olduğu için eksik borç içeren senetler bakımından TCK m. 150/1 uygulanabilir⁹⁷. Nitekim kanun koyucu “bir hukuki ilişkiye dayanan alacak” demek suretiyle eksik borçları kapsam dışında tutmamış ve bu anlama gelen herhangi bir ifade kullanmamıştır.

2. TCK m. 167 ÖZELİNDE ŞAHSİ CEZASIZLIK VE CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER

Senedin yağması suçunda TCK m. 167/1 hükmünde “yağma ve nitelikli yağma hariç” denilmek suretiyle, ilgili maddenin devamında gösterilen akrabalar arasında bu suçun işlenmesi halinde, malvarlığına karşı diğer suçların aksine şahsi cezasızlık ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler uygulanma kabiliyetini haiz bulunmayacaktır.

3. ETKİN PİŞMANLIK

Senedin yağması suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce; yani şüpheli hakkında iddianame kabul edilinceye değin failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek ceza yarısına kadar indirilir (TCK m. 168/1,3).

Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın üçte birine kadarı indirilir (TCK m. 168/2,3). Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır (TCK m. 168/4)⁹⁸.

⁹⁵ Bu görüşe göre bu sınırlama öngörülmezse kötüye kullanımlara sebebiyet veren uygulamalar söz konusu olabilir. Bkz. Koca (n 19) 2817

⁹⁶ Koca ve Üzülmez (n 19) 677

⁹⁷ Ancak cezada indirim öngören bu sebebin uygulanabilmesi için ahlaka aykırı olan veya konusu suç teşkil eden durumlardan doğan eksik borçlar nitelikli hal olarak uygulanmamalıdır. Şule-Korkmaz (n 2) 116

⁹⁸ Özbey (n 91) 133

H. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. TEŞEBBÜS

Senedin yağması suçu teşebbüse elverişli bir suçtur⁹⁹. Failin cebir veya tehdide başvurarak, suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başladıktan sonra elinde olmayan nedenle senedi fiilen ele geçiremediği, senet imzalattıramadığı veya diğer seçimlik hareketleri tamamlayamadığı durumda teşebbüsün varlığından söz edilebilir¹⁰⁰.

Bu suç teşebbüs ile ilgili önem arz eden hususlardan birisi, failin farklı zamanlarda birden fazla kez cebir veya tehditle senedin yağmasına teşebbüs etmesi ancak en sonunda fiili tamamlaması durumunda cezai sorumluluğun kapsamıdır. Yargıtay birçok kararında böylesi durumlarda failin her bir yağmaya teşebbüsten ve nihayetinde tamamlanmış yağma suçundan dolayı cezalandırılmaması gerektiği, sadece tamamlanmış yahut teşebbüs aşamasında kalmış tek bir yağma suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği kanaatinde¹⁰¹. Her somut olayın özelliği kendi içinde bir bütün teşkil etse de genel olarak Yargıtay uygulamasına paralel olarak her bir teşebbüs fiilinin nihai fiili gerçekleştirmede bir basamak teşkil etmesi nedeniyle sadece tek bir senedin yağması suçundan sorumluluğun söz konusu olması gerektiği kanaatindeyiz.

Fail, cebir veya tehdit fiilini tamamladıktan sonra suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer yani senedi egemenlik alanına sokmaktan vazgeçerse senedin yağması suçuna teşebbüsten cezalandırılmaz; ancak tamam olan kısım suç oluşturduğundan cebir veya tehdit suçundan sorumlu olacaktır (TCK m. 36). Örneğin failin silahla tehdit ederek kişiye senet

⁹⁹ Şule-Korkmaz (n 2) 124

¹⁰⁰ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2288

¹⁰¹ Bkz. "Sanıklar H. Ö..ve E.K.. 'nın, 13.08.2007 günü mağdurun iş yerine gelerek tanıdıkları bir bayana laf attığından bahisle "kafana kurşun sıkırsın, 10.000 TL para vereceksin, paran yoksa senet de olur" diyerek tehditle para istedikleri, mağdurun kabul etmemesi üzerine başkaca herhangi bir eylemde bulunmaksızın kendiliklerinden işyerini terk ederek gittikleri, ertesi gün tekrar gelerek aynı eylemlerini tekrarlamak suretiyle yine 10.000 TL para istedikleri, mağdurun bu kez de istenen parayı ve senedi vermemesi üzerine, işyerinden ayrıldıkları, yaklaşık 10 gün sonra mağduru cep telefonundan arayarak tehditle yine aynı miktardaki parayı istedikleri, 28.08.2007 tarihinde ise devam eden tehdidin etkisiyle mağdur ile 1.000 TL ödenmesi konusunda anlaşmaları, iş yerine gelip seri numaraları daha önceden saptanan 1.000 TL'yi mağdurdan aldıktan sonra olay yerinde önlem alan kolluk görevlilerince yakalanmaları şeklinde gerçekleşen olayda, sanıkların iradeleri baştan beri mağdurdan belirli bir miktar para almaya özgülenmiş olup, gerçekleştirilen tehdit fiilleri amaçlanan yağma suçuna yönelik olduğundan sanıkların eylemleri gerçekleştirdikleri tehdit adedince değil yalnızca amaçlanan tek yağma suçunu oluşturmaktadır. Bu itibarla olayın gelişimi ve sanıkların kasıtlarını nazara almaksızın, asıl suç içinde eriyen fiillerin birden fazla işlendiğinden hareketle, her eylemi ayrı yağma suçu şeklinde değerlendiren yerel mahkeme direnme hükmü isabetsizdir. Amaçlanan eylemin, tamamlanmış tek yağma suçunu mu, yoksa yağmaya teşebbüs suçunu mu oluşturduğuna gelince; yağma suçu, zilyedin tasarruf olanağının ortadan kaldırılmasıyla, başka bir anlatımla malın alınmasıyla tamamlanır. Somut olayda, kolluğa yapılan başvuru üzerine, seri numaraları tespit edilen paraları teslim alan sanığın işyerinden çıktıktan sonra, daha önceden önlem alan ve dışarıda bekleyen görevlilerce yakalanması şeklinde gerçekleşen eylemde, zilyedin tasarruf olanağı kaldırılmamış olup, başka bir anlatımla "alma" gerçekleştirilmemiş bulunduğundan, suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Bu itibarla yerel mahkeme direnme kararı isabetsiz olup, sanıkların eylemi, tek bir nitelikli yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğundan, bozulmasına karar verilmelidir." Yar. CGK, E. 2010/6-63, K. 2010/102, 4.5.2010 (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=33461>); Boyracı (n 13) 130, 131

imzalatmaya çalışması ancak mağdurun yalvarması durumunda bu fiilinden vazgeçen kişi senedin yağması suçuna teşebbüsten değil, silahla tehdit suçundan (TCK m. 106/2-a) sorumlu tutulacaktır¹⁰².

2. İŞTİRAK

Senedin yağması suçu bakımından iştirak hükümlerinin uygulaması herhangi bir özellik arz etmemektedir. TCK m. 149/1-c’de düzenlenen “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli hali uyarınca senedin yağması suçunda müşterek faillik durumunda her fail, bu nitelikli halden sorumlu olacaktır. Birden çok kişi tarafından işlenen senedin yağması suçundan faillerden biri cebir veya tehdit fiilini diğer failler ise “*senedin alınmasını veya imha edilmesi*” fiilini gerçekleştirmesi durumunda fiil üzerinde ortak hâkimiyet söz konusu olduğu durumda da müşterek faillik hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 37)¹⁰³. İştirak hükümleri kapsamında müşterek faillerin senedin yağması suçunu işlemeleri durumunda TCK m. 149/1-c’de düzenlenen nitelikli hal gündeme gelecektir.¹⁰⁴

Senedin yağması suçunun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi TCK m. 37/2 gereği fail olarak sorumlu olacaktır. Başkasını bu suçun işlenmesine azmettiren kişi ise TCK m. 38 hükümleri uyarınca işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Bu suçun işlenmesine yardım eden kişi bakımından ise TCK m. 39 gereği senedin yağması suçundan verilecek ceza gösterilen oranda indirilecektir.

3. İÇTİMA

“Senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur kılma hali” haricinde senedin yağması suçu esasında, “*cebir veya tehdit kullanılarak hırsızlık yapmaktır.*”¹⁰⁵. Bu bağlamda uygulamada yağma suçu genel manada *cebri hırsızlık* olarak da adlandırılmaktadır¹⁰⁶. Hırsızlık (TCK m. 141) ve cebir veya tehdit suçlarının kanun koyucu tarafından bir arada

¹⁰² Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, (14. Baskı, Der Yayınları, 2019) 151.

¹⁰³ “Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen “asli fail” bazen “fer’i fail” olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman “asli fail” olarak mı yoksa “fer’i fail” olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir” (TCK m. 37 gerekçesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr Erişim Tarihi 31 Mart 2021). Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 419

¹⁰⁴ Cankurt (n 11) 129

¹⁰⁵ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 418

¹⁰⁶ Yar. 6 CD, E. 1975/3158, K. 1975/3688, 14.8.1975, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021); Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 418

düzenlenmesi yoluyla bağımsız bir suç tipi teşkil eden yağma suçu, bir bileşik suç niteliğindedir. Ancak bu durum bu suçun hırsızlık suçunun nitelikli hali olduğu anlamına gelmemektedir¹⁰⁷. Senedin yağması suç, kendisini oluşturan suçlardan bağımsız bir suç tipi teşkil etmektedir¹⁰⁸.

TCK m. 43/3'te yağma suçu hakkında açıkça zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtildiğinden senedin yağması suçunu işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

Failin, cebir veya tehdit ile hem senet imzalatması hem de belirli bir miktar para alması durumunda ortada tek bir fiil bulunmaktadır. Failin tek bir fiille birden fazla farklı suç işlenmesi halinde bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmasını gerektiren fikri içtima kuralı (TCK m. 44) gereği fail sadece yağma suçundan cezalandırılmalıdır¹⁰⁹.

Bileşik suç kapsamında mütalaa edilmesi sebebiyle senedin yağması suçunun işlenmesi kapsamında gerçekleştirilen basit yaralama niteliğinde uygulanan cebir, senedin yağması suçunun unsuru dahilindedir; çünkü bu fiil bileşik suç içinde erimektedir¹¹⁰. Fakat suçun araç hareketlerinden olan cebir, yaralama fiilinin basit şeklini aşarak yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini teşkil edecek olursa fail, ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulacaktır (TCK m. 149/2)¹¹¹. Ayrıca uygulanan cebir sonucunda kişi ölmüşse senedin yağması suçunun yanında kasten öldürme suçu da gündeme gelecektir.

TCK m. 42'de bileşik suçlarda içtima hükümlerinin uygulanamayacağı öngörülmüştür¹¹². Ancak bu hüküm, senedin yağması bakımından içtima hususunun mümkün olmadığı anlamında genellenemez. Nitekim bu hükümle, araç suç ve amaç suç bakımından bir araya getirilmiş ve bağımsız bir suç teşkil eden bileşik suçlarda, araç ve amaç suçlarda ayrı ayrı içtima kurallarının uygulanamayacağı öngörülmüştür¹¹³. Bu nedenle senedin yağması suçunda araç ve amaç suçlar dışında gerçekleşebilecek içtima durumlarını araştırmak mümkün olacaktır.

¹⁰⁷ Boyracı (n 13) 52

¹⁰⁸ Koca (n 19) 2801

¹⁰⁹ Kuzudişli (n 45) 59

¹¹⁰ Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 418

¹¹¹ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2887

¹¹² "Gerçek içtima kuralının istisnalarından birisi olan ve uyumsuzluk konusuyla yakından ilgisi bulunan bileşik suç, Yasanın 42. maddesinde; "Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir" şeklinde tanımlanmış ve bununla da yetinilmeyerek; "bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz" hükmü getirilmiştir." Yar. CGK, E. 2009/9-153, K. 2009/285, 8.12.2009; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 1. Cilt, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010) 749

¹¹³ Parlar ve Hatipoğlu (n 112) 747

Konuta girmek suretiyle senedin yağması suçunun işlenmesi durumunda konut dokunulmazlığının ihlali suçu (TCK m. 116), senedin yağması suçunun ağırlaştırıcı sebebinin oluşturması sebebiyle bileşik suç hükümleri gündeme gelecektir (TCK m. 149/1-d)¹¹⁴. Bu kapsamda içtima hükümleri uygulanmayacak; fail ayrıca TCK m. 116'dan sorumlu tutulmayıp sadece nitelikli senedin yağması suçundan cezalandırılacaktır (TCK m. 42)¹¹⁵. Konuta girilmek amacıyla cam ya da kapı kırılması gibi mala zarar verme (TCK m. 151) eylemleri söz konusu olduğunda ise mala zarar verme bileşik suç kapsamında olmadığından bu suç ayrıca gündeme gelecektir.

Senedin yağması suçunun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 109) teşkil eden fiille¹¹⁶ birlikte işlenmesi durumunda hem senedin yağması hem de TCK m. 109 hükmünden dolayı failin cezalandırılması gerekecek; yani gerçek içtima kuralları uygulanacaktır¹¹⁷. Yol kesmek suretiyle senedin yağmalanması hali, TCK m. 149/1-d kapsamında bir nitelikli haldir. Yol kesmek kişilerin hareket özgürlüğünü geçici bir süreliğine ortadan kaldırdığı için bu nitelikli hal kapsamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile senedin yağması suçu arasında bileşik suç ilişkisinin olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır¹¹⁸. Yargıtay'ın bizim de savunduğumuz üzere bu husustaki tutumu, kanunilik ilkesinin gereği olarak Kanunda düzenlenmeyen bu halin bileşik suç kapsamında değerlendirilemeyeceğidir¹¹⁹. Bu kapsamda failin yol kesmek suretiyle senedi yağmalaması durumunda hakkında sadece TCK m. 149/1-d hükmü uygulanmalıdır.

¹¹⁴ Yasemin Maraşlı Dinç ve Muhammet Emin Ruhi, 'Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu' (2018) XI (II) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE) 94

¹¹⁵ Aynı sonuç işyeri dokunulmazlığının ihlal edilerek senedin yağması suçunun işlenmesinde de geçerli olacaktır. Bkz. TCK m. 116/2

¹¹⁶ Örneğin mağdurun ıssız bir yere götürülüp ya da bir yere kapatılarak hürriyetini kısıtlamak suretiyle senet vermeye, var olan senedin hükümsüz kaldığını açıklayan vesika vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ileride senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya zorlanması hali söz konusu olabilir. Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2887

¹¹⁷ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2886; "...yakınan E. D.'in sanık S. S.' dan 2000 TL parayı faiz karşılığı borç alıp, karşılığında açık senet imzalayarak sanığa verdiği, yakınanın bir süre sonra borcunu ödemesine rağmen senedinin iade edilmediği, 5-6 ay kadar sonra sanığın borcunu geç ödemediğini ileri sürerek yakınan E.' ye 1000 TL daha ödemesini söylediği, yakınanın açık senedini geri almak için sanığa 1000 TL ödemeyi kabul edip bu kez 1000 TL tutarlı senet imzaladığı, bir süre sonra 500 TL ödediği; yakınanın kalan borcunu geç ödemesi nedeniyle, sanığın yakınan E.'in kullandığı cep telefonuna, E. yine elime düşeceksin, yalvarmak neymiş göreceksin, sen nereye kadar kaçacaksın bugün senin evini sabaha kadar da olsa arayacağım bulacağım, seni de elbet yakalayacağım şeklinde açıkça tehdit içeren mesajlar çeken ve yakınan E. D.' ı zorla çalıştığı işyerinden alıp kendi işyerine götürerek sanığın; yakınan E. D.'ye 3 adet 750 TL tutarlı senedi zorla imzalatıktan sonra, yakınan E.' i telefonla arayarak, E.' in elinde olduğunu söyleyip işyerine çağırıp E.'in imzaladığı senetleri yakınan E.' e de kefil sıfatıyla imzalattığının anlaşılması karşısında; sanığın yağma ve hürriyetinden yoksun bırakmayı işlediğinin..." Yar. 6 CD, E. 2011/13385, K. 2014/918, 23.01.2014; (Şule-Korkmaz (n 2) 50); Yar. 6 CD, E. 2006/6025, 2006/9993, 18.10.2006; Yar. 6 CD, 2006/11784E, 2006/1694K, 23.2.2006; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 419

¹¹⁸ Boyracı (n 13) 143

¹¹⁹ "Gerçek içtima kuralının istisnalarından birisi olan bileşik suç, 5237 sayılı TCK'nun 42. maddesinde; "Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir" şeklinde tanımlanmış ve bununla da yetinilmeyerek; "bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz" hükmü

Failin şantaj niteliği teşkil eden açıklamalarının tehdit unsuru kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu da içtima bakımından önem arz etmektedir¹²⁰. Bakıldığında mağdur üzerinde zorlayıcı etki meydana getirmesi bakımından senedin yağması suçuyla şantaj suçu benzeşmektedir. Bu iki suç tipini birbirinden ayırma noktasında ise korudukları hukuki değer, hareket unsuru ve zorlamanın kapsamı yardımcı olmaktadır. Senedin yağmasından farklı olarak şantaj suçunda failin mağduru kanuna aykırı yahut yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya zorlaması durumunda irade özgürlüğü; haksız bir menfaat elde edilmeye zorlaması halinde irade özgürlüğüyle birlikte malvarlığı değerleri de korunmaktadır¹²¹. Tehdidin özel bir şekli olan şantaj suçunda manevi zorlama olan tehdit söz konusu, maddi zorlama olan cebir söz konusu değildir. Başvurulan tehdidin konusunda da iki suç ayrılmaktadır. Şantaj suçunda tehdidin konusu mağdurun şeref ve saygınlığını zarara uğratabilecek hususların açıklanmasıdır.

Yargıtay'a göre zaman birliği içinde gerçekleştirilmesi şartıyla failin şantaj niteliğindeki açıklamaları tehdit unsuru içinde değerlendirilmeli, faile ayrıca şantaj suçundan dolayı sorumlu tutulmamalıdır¹²². Failin şantaj olarak değerlendirilebilecek ifadelerle mağduru tehdit ederek senet yağmalaması durumunda fail ayrıca şantaj suçundan dolayı sorumlu tutulmamalıdır; failin sadece senedin yağması suçundan sorumlu tutulması gerekecektir¹²³.

getirilmiştir. Ceza Genel Kurulunun 13.02.1984 gün ve 322-64 sayılı kararında; "eriyen ve eriten başka ifade ile kaynaşan suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebinin teşkil ettiğinin yasa da açıkça gösterilmesi şarttır ve bu şart suç ve cezaların kanuniliğinin gereğidir" denilerek bileşik suçta unsur ya da ağırlaştırıcı nedeni oluşturan suçun, bileşik suç olarak düzenlenen bağımsız suçun içinde mutlaka ve ayrıca gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile yağma suçuna ilişkin maddeler birlikte değerlendirildiğinde, suçlardan birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması gibi bir durum söz konusu olmadığından, bu iki suç yönüyle bileşik suçtan söz etmek mümkün değildir." Yar. CGK, E. 2012/6-1523, K. 2013/66, 19.2.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 15.4.2021)

¹²⁰ Bakıldığında mağdur üzerinde zorlayıcı etki meydana getirmesi bakımından senedin yağması suçuyla şantaj suçu benzeşmektedir. Bu iki suç tipini birbirinden ayırma noktasında ise korudukları hukuki değer, hareket unsuru ve zorlamanın kapsamı yardımcı olmaktadır. Senedin yağmasından farklı olarak şantaj suçunda failin mağduru kanuna aykırı yahut yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya zorlaması durumunda irade özgürlüğü; haksız bir menfaat elde edilmeye zorlaması halinde irade özgürlüğüyle birlikte malvarlığı değerleri de korunmaktadır (Boyracı (n 13) 32; Esen (n 51) 175). Tehdidin özel bir şekli olan şantaj suçunda manevi zorlama olan tehdit söz konusu, maddi zorlama olan cebir söz konusu değildir. Başvurulan tehdidin konusunda da iki suç ayrılmaktadır. Şantaj suçunda tehdidin konusu mağdurun şeref ve saygınlığını zarara uğratabilecek hususların açıklanmasıdır.

¹²¹ Boyracı (n 13) 32; Esen (n 51) 175

¹²² Boyracı (n 13) 32-33

¹²³ "TCY'nın 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçuyla, 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçu arasında özel norm - genel norm ilişkisi bulunduğu düşünülebilir ise de, 107. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suçun tehdidin özel bir türü olduğu, bu nedenle bir olayda 106. maddedeki genel tehdit suçunun mu, yoksa 107. maddenin 2. fıkrasındaki şantaj suçunun mu gerçekleştiği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, olayın durumuna göre mağdurun şeref ve saygınlığına zarar verebilecek bir hususu açıklamakla veya isnat etmekle tehdit edilip bir yarar sağlamaya zorlama var ise 107. maddenin 2. fıkrasındaki şantaj suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Buna göre TCY'nın 107/2. fıkrasında düzenlenen şantaj suçu, tehdit suçunun özel bir görünümü olup, koşulları var ise öncelikle TCY'nın 107/2. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanıkların yağma suçunu işlemek için bir plan dahilinde olay yerine getirdikleri katlanı, olay günü saat 18.00'den

Dolandırıcılık suçu ile senedin yağması suçu bakımından içtima ilişkisinin de ortaya konması gerekmektedir. Her iki suç bakımından mağdurun iradesi sakatlanmaktadır. Ancak bu kapsamda senedin yağması suçunda kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı korunan değerlerden birisi iken dolandırıcılıkta irade özgürlüğü korunmaktadır. İradeyi ortadan kaldıran nedenlerin belirlenmesi bakımından iki suç birbirinden kesin çizgilerle ayrılmakta ve içtimanın kapsamı daha kolay belirlenebilmektedir. Dolandırıcılık suçunda senedin yağmasında olduğu gibi haksız bir şekilde başkasının malını elde etme ya da alma söz konusudur¹²⁴. Senedin yağmasında failin iradesi cebir veya tehditle baskılanırken dolandırıcılık suçunda failin iradesi hileyle baskılanmaktadır¹²⁵. Senet, dolandırıcılık fiilinde yağmada olduğu gibi rıza ile teslim edilmektedir. Fakat ayrımı oluşturan nokta bu rızanın hile ile elde edilmesidir. Her iki suç tipinde de yapay bir nitelik teşkil eden rıza geçersizdir. Neticede fail senedin yağmasında mağdurun rızasını cebir veya tehditle, dolandırıcılıkta ise hileli hareketlerle elde etmektedir. Suç teşkili eden fiil tamamlandıktan sonra senedin geri verilmesini engellemeye yönelik cebir veya tehdit söz konusu olursa artık senedin yağmasından söz edilemeyecektir.

Dolandırıcılık ile içtima hususunda benzer sonuç, açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu (TCK m. 209) bakımından da geçerli olmaktadır. Bu suçta mağdur, aralarındaki anlaşmaya uygun olarak doldurulup kullanılması amacıyla imzaladığı kısmen veya tamamen boş kağıdı kendi rızası ile faile teslim etmektedir. Bu bağlamda TCK m. 209 bakımından cebir veya tehdit söz konusu olmadan imzalı kâğıt rızaya istinaden faile verilip bu kâğıt fail tarafından mağdur ile aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulmaktadır. Hareket unsuru bakımından ve iradenin baskılanıp baskılanmaması açısından iki suç birbirinden kesin çizgilerle ayrılmaktadır. Ancak mağdurun özgür iradesine dayalı olarak imzaladığı kağıdı mağdurdan cebren veya tehditle alan ve senet haline getiren fail hakkında hem senedin yağması hem de TCK m. 209/2 atfı ile belgede sahtecilik suçu gündeme gelecek¹²⁶ ve failin gerçek

ertesi gün 06.00'ya kadar cebir ve tehdit kullanarak hürriyetinden yoksun bırakıp, hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladıkları, katılanın üzerinde bulunan 600 Lira parası ile banka ve kredi kartlarını aldıkları, tehditle şifresini öğrendikleri kartları kullanarak iki bankaya ait ATM cihazından toplam 1.800 Lira para çektikleri ve katılana toplam 5 adet yüksek miktarda senet imzalattıkları, anılan eylemler cereyan ederken cep telefonu ile katılanın çıplak görüntü ve fotoğraflarını kaydedip, katılanı olayı polise bildirmesi ve 50.000 USD getirmemesi durumunda görüntüleri internete verecekleri ve ailesine gönderecekleri şeklinde tehdit ettikleri olayda, sanıkların amaçlarının baştan beri yağma suçunu işlemek olduğu, katılanın görüntü ve fotoğraflarını kaydetmelerinin yağma suçunun devamı şeklinde olup, olayda tehdit suçunun özel bir görünüm şekli olan şantaj suçunun ayrıca oluşmadığı, şantaj içerikli ifadelerin yağma suçunun tehdit unsuru içinde kaldığı ve sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde yağma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” Yar. CGK, E. 2011/6-166, K. 2011/213, 18.10.2011; Boyracı (n 13) 33

¹²⁴ Arslanbaş (n 2) 38

¹²⁵ Selçuk (n 26) 26

¹²⁶ Erdem, Tezcan ve Önok, (n 47) 1073

içtima kuralları gereği cezalandırılması gerekecektir¹²⁷. Eğer fail bu kağıdı senet haline getirmez ise de “ileride senet haline getirilebilecek bir kâğıt” söz konusu olduğu için sadece senedin yağması bakımından cezai sorumluluk söz konusu olacaktır.

Dolandırıcılık ve senedin yağması suçlarında içtima hususunda örnek vermek gerekirse failin mağdura hileli davranışlarla aldatıp borç içeren bir senet imzalatması ve alması; ancak mağdurun sonradan aldatıldığını idrak edip senedi geri vermesini istediği failin ise tehdit veya cebirle geri vermeyi engellemesi durumunda gerçek içtima kuralları gereği dolandırıcılık suçunun ve cebir ya da somut olaya göre tehdit suçunun söz konusu olduğu görülür. Nitekim fail, kişinin iradesini sakatlayıp senedi almakla dolandırıcılık suçunu işlemiştir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) ile senedin yağması arasındaki içtima ilişkisi de önem arz etmektedir. TCK m. 149/1-g çerçevesinde “suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla” senedin yağmalanması hali, cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli haldir. Ancak TCK m. 220/4, özel bir içtima hükmü öngörmüştür. İlgili hükme göre: “*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.*” Bu sebeple suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla senedin yağması halinde hem suç işlemek amacıyla örgüt kurma hem de senedin yağması suçundan ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır.

İçtima konusunda değerlendirilmesi gereken son husus icbar suretiyle irtikap suçu ile senedin yağması suçu ilişkisidir. İcbar suretiyle irtikap suçunda da senedin yağmasında olduğu üzere irade üzerinde zorlayıcı bir etki söz konusudur. İcbar suretiyle irtikap suçunun düzenlendiği TCK m. 250'nin gerekçesine göre “...icbarın yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir. Aksi taktirde gerçekleşen suç, icbar suretiyle irtikap değil, gasp suçu olur.”¹²⁸. Cebir veya tehdit boyutuna ulaşmayan icbar yoluyla işlenen irtikap suçu söz konusu olacaktır. Doktrinde ve Yargıtay uygulamasında¹²⁹ cebir boyutuna ulaşmayan ancak tehdit niteliğindeki icbarın da icbar suretiyle irtikap suçunu gündeme getireceğini savunmaktadır¹³⁰. Ancak kanun koyucu bu suçta tehdidi suçun araç

¹²⁷ Boyracı (n 13) 145

¹²⁸ Boyracı (n 13) 26

¹²⁹ “İrtikap suçu bir memurun görevine giren bir hususta görevini veya sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi kendisi ya da başkasına çıkar sağlamaya icbar veya ikna etmesi ile oluşur. Buna göre memurun görev ve yetki alanına giren bir işi yaparken veya yapabilecek durumda iken çıkar sağlaması, icbarın ciddi olması, sanığın isteklerinin kanunsuz olduğunu bilen mağdurun etkisinden kurtulamadığı baskı sonucu sanığa çıkar sağlaması gerekir... İcbar sözcüğünün sözlük anlamı, “zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak” şeklindedir. (Türk Dil Kurumu Sözlüğü) Ceza Genel Kurulunun 30.03.2004 gün ve 37-75 sayılı kararı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır. Maddi cebir kullanılması halinde, eylem yağma suçunu oluşturur.” Yar. CGK, E. 2009/5-167, K. 2010/70, 30.3.2010; Yokuş-Sevük, (n 21) 483

¹³⁰ Bkz. Selami Turabi, İrtikap Suçu (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017) 82

hareketi olarak öngörmek isteseydi bunu doğrudan gerçekleştirir ve tehdit yerine icbar kavramını kullanmazdı. Bu kapsamda icbar kavramının, gerekçede öngörüldüğü üzere cebir veya tehdidin daha hafif bir kullanımı olarak algılanması gerektiği kanaatindeyiz¹³¹.

I. YAPTIRIM, ZAMANAŞIMI VE MUHAKEMESİ

1. YAPTIRIM

Senedin yağması suçunun düzenlendiği maddede suçun yaptırımına ayrıca yer verilememiştir. İlgili maddede malın yağması suçu için öngörülen cezaya “*aynı ceza verilir*” denilerek atıf yapılmıştır. Bu bakımdan bu suçun yaptırımı altı yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır (TCK m. 148/2). Bu suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda ise bu suçun cezası on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir (TCK m. 149).

Bu suçun maddi konusunu teşkil eden senedin bedelinin azlığı, cezanın üçte birinden yarısına kadar indirilmesi sonucunu doğurma kapasitesine sahiptir. Nitekim TCK m. 150/2 hükmünde “*indirilebilir*” ifadesiyle indirim uygulayıp uygulamama hususunda gerekçesi olmak şartıyla hâkime takdir yetkisi verilmiştir.

Malvarlığına karşı suçlarda ortak bir hüküm olarak düzenlenen TCK m. 169’da “*Hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı*” düzenlenmişken, bu suçlar arasında senedin yağması suçu sayılmamıştır¹³². Doktrinde *Centel, Zafer ve Çakmut*, yerinde olarak, ilgili madde hükmünde senedin yağması suçunun sayılmamasının bir çelişki yarattığını ve bu çelişkinin de açıklanmasının mümkün olmadığını savunmuştur¹³³. Bakıldığında hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçunda tüzel kişilerin yararına haksız menfaat sağlanabiliyorsa malvarlığına karşı bir suç olarak senedin yağması suçunun da tüzel kişi yararına işlenebilmesi mümkün görülmelidir. Ancak yine de kanunilik ilkesi gereği bunun için kanuni bir düzenlemenin varlığı şarttır.

Senedin yağması suçu işlenerek elde edilen senet, vesika veya imzalı boş kâğıt bakımından müsadere kararı verilemeyecektir. Nitekim TCK m. 54’e göre “*İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun*

¹³¹ Aynı yönde bkz. Çağrı Aşına Kaya-Seven, Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu, (YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2020) 89-90

¹³² Bu madde özelinde tüzel kişinin güvenlik tedbirinin muhatabı olabilmesi için TCK m. 60’da öngörüldüğü üzere kasıtlı bir suçun tüzel kişi lehine, adına veya onun için işlenmiş olması aranmamış sadece tüzel kişi lehine işlenmesi yeterli sayılmıştır. Ayrıca bu yararın da ekonomik bir yarar niteliğinde olması aranmamıştır. Manevi nitelikteki yarar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2760

¹³³ Bkz. *Centel, Zafer ve Çakmut* (n 4) 420; İlgili kanun hükmünün gerekçesinde de neden malvarlığına karşı suçların belirli kısmında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunabileceği, diğer suçlar bakımından uygulanamayacağı hususu açıklanmamıştır. Bkz. TCK m. 169 gerekçesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr Erişim Tarihi 8 Mart 2021

işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolunur.”

Senet, vesika veya imzalı boş kâğıt mağdura ait olduğundan müsadere gündeme gelmeyecektir.

2. ZAMANAŞIMI

Bu suçun cezası beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektirdiği için bu suçta dava zamanaşımı süresi on beş yıldır (TCK m. 66/1-d)¹³⁴. Dava zamanaşımı süresini kesen sebeplerin söz konusu olması durumunda zamanaşımı süresi, ilgili suça ilişkin olarak kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzayacağı için bu suçta dava zamanaşımı süresi en fazla yirmi iki yıl altı ay olabilecektir (TCK m. 67/4). Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolacak ve kamu davası düşecektir (TCK m. 66/2).

3. MUHAKEMESİ

Senedin yağması suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun takibi bakımından herhangi bir *muhakeme şartı* öngörülmemiştir¹³⁵. “TCK m.150/1 hükmü, “daha az cezayı gerektirmesi” hususunda TCK m.144/1-b hükmü ile nitelik ve amaç aynıdır; ancak TCK m. 144/1-b kapsamında kalan hırsızlık fiillerinin takibini ve TCK m. 159’da dolandırıcılığın bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesini şikâyete bağlı tutulmuşken, böyle bir dava şartı TCK m. 150/1 çerçevesinde işlenen fiiller bakımından kabul edilmemiştir.”¹³⁶. Ayrıca bu suç, tıpkı yağma suçunda olduğu gibi şikayete tabi olmadığı ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)¹³⁷ m. 253/1-b kapsamında sayılan suçlardan biri olmadığı için uzlaştırmaya tabii değildir.

Senedin yağması suçunda, yağma suçunun basit şekli ile aynı ceza öngörülmüştür. Bu suçun basit şekli (TCK m. 148) bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu¹³⁸ m. 12’ye göre ağır ceza mahkemeleri madde itibariyle yetkilidir (*görevlidir*). Nitelikli haller bakımından da öngörülen ceza on yıldan fazla olduğu için yine ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

Senedin yağması suçu ile nitelikli hallerinin terör amacı ile suç işlemek için kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, terör suçu (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu¹³⁹ m. 4/1-a) gündeme gelecek ve bu halde görevli mahkeme

¹³⁴ Kuzudişli (n 45) 128

¹³⁵ Parlar ve Hatipoğlu (n 3) 2294; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 420

¹³⁶ Arslanbaş (n 2) 139

¹³⁷ RG. 17.12.2004, S. 25673

¹³⁸ RG. 07.10.2004, S. 25606

¹³⁹ RG. 12.04.1991, S. 20843

Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na terör suçlarına bakmakla yetkilendirilmiş ağır ceza mahkemesi olacaktır; ancak suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalar bakımından çocuk mahkemeleri görevli ve yetkili olacaktır (5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu¹⁴⁰ m. 26/1)¹⁴¹.

Senedin yağması suçunun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait her türlü malvarlığı değerine elkonulabilecek ve bunların şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilecektir (CMK m. 128/1).

SONUÇ

Senedin yağması suçu TCK sistematüğinde malvarlığına karşı bir suç olarak ihdas edilmiştir. 5237 sayılı TCK m. 148/2'de düzenlenen senedin yağması suçu 765 sayılı TCK m. 496'da bağımsız bir suç tipi olarak ihdas edilmiştir. Her iki kanun döneminde bu suç unsurlar yönünden büyük ölçüde benzerlik teşkil etmekle birlikte 5237 sayılı TCK'da senedin yağması suçu bağımsız bir suç olarak değil, malın yağmasının özel bir türü olarak düzenlenmiştir

Senedin yağması suçunda cebir veya tehdidin kapsamı farklılaştırılmış hem de cebir veya tehdidin ihlal ettiği hukuki değerler açık bir şekilde gösterilmemiştir. Ancak her iki suçta da araç fiil niteliğindeki cebir veya tehditle asıl fiil arasında neden-sonuç ilişkisi kurulmuştur. Burada kanun koyucunun senedin yağması suçu bakımından cebir veya tehdidin ihlal ettiği hukuki değerlerin açıkça göstermemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Kanun sistematüğü içerisinde kanun koyucu gereksiz yere tekrar yapmaktan kaçınmıştır. Bu kapsamda madde bütünlüğü çerçevesinde yağma suçunun özel bir görünüş şekli olan senedin yağması suçunda da cebir veya tehdidin ihlal ettiği hukuki değerler TCK m. 148/1 ile aynı değerlendirilmelidir.¹⁴²

Senedin yağması suçunda mağdurun niteliği önem arz etmektedir. Cebir veya tehdide maruz kalan kişiler ile alınan malın maliki farklı kişiler olabileceği için bu suçun mağduru malın maliki değil, cebir veya tehdit ile mal üzerindeki zilyetliği sonlandırılan, "*irade özgürlüğü zorlanan kişi*"dir. Buradan hareketle bu suçun araç hareketlerini teşkil eden cebir veya tehdit, irade özgürlüğünü etkilediği için sadece algılama yeteneği bulunan kişiler suçun mağduru olabilecektir. Algılama yeteneği bulunmayan kişiye karşı işlenen senedin yağması suçunda tehdit fiili, amaç davranış işlevi göremeyeceği için hırsızlık suçu söz konusu olacaktır. Bu bakımdan TCK m. 149/1-e'de öngörülen ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda

¹⁴⁰ RG. 15.072005, S. 25876

¹⁴¹ Koca ve Üzülmöz (n 19) 669, 670; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 420-421

¹⁴² Aynı yönde bkz. Kamışlı ve Taneri (n 94) 898

bulunan kişiye karşı” işlenen senedin yağması suçunda öngörülen nitelikli hal uygulama imkanı bulamayacaktır. TCK’nın söz konusu nitelikli hal düzenlemesi, suçun yapısı ile bağdaşmamaktadır. Burada kanun koyucunun senedin yağması ve genel olarak yağma suçu özelinde “ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma” nitelikli halinin uygulanamayacağını öngörmesi yerinde olurdu.

Doktrinde yağma suçunda failin genel kastının yanı sıra ‘*yararlanma kastı*’nın da bulunması gerektiğine yönelik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre her ne kadar ilgili madde hükmünde yararlanma kastından söz edilmemişse de yağma suçunun cebir veya tehditle işlenebilen bir hırsızlık niteliğinde bir suç teşkil etmesi sebebiyle, hırsızlık suçu bakımından aranan yararlanma kastı bu suç bakımından da aranmalıdır. Yararlanma kastı ile değil de zarar verme kastıyla işlenen işlenen fiil, senedin yağmasını değil mala zarar verme ve tehdit ya da yaralama suçuna vücut verecektir. Ancak suçun kanuni tanımı incelendiğinde hırsızlık suçunda olduğu şekliyle senedin yağması suçunda bir yararlanma kastı, doğrudan veya dolaylı olarak aranmaktadır. Bu kapsamda failin yararlanmaya yönelik bir kastının aranması tipikliğe uygun olmayacaktır. Suç genel teorisinin felsefesine de aykırı olan bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim bu suç özelinde yararlanma kastı aranması, kişilerin cezalandırılabilme alanlarında negatif bir etki yaratmasa da pozitif bir etki yaratır. Bu ise mahkemelerin değil kanun koyucunun yetkisindedir. Tipikliğin amacı da kanun koyucunun öngördüğü fiillerin suç sayılmasıdır. Bu bağlamda kanun koyucunun yetkisinde olan bir durumda kişilerin cezalandırılabilme alanına pozitif bir etki olsa da böylesi bir yorumun hukuki olmadığı kanaatindeyiz.

Senedin yağması suçunda kusurluluğu etkileyen sebeplerden biri haksız tahriktir. Kural olarak tüm suçlar bakımından haksız tahrik uygulaması mümkünken yağma suçunda Yargıtay uygulamasında mümkün görülmemektedir. Kişilerin yaşam hakkına karşı gerçekleştirilen öldürme fiili bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanabilirken kişilerin vücut dokunulmazlığına ve malvarlığı değerlerine karşı gerçekleştirilen senet yağması fiillerinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamamasının hukuki bir dayanağının olmadığı kanaatindeyiz.

Malvarlığına karşı suçlarda ortak bir hüküm olarak düzenlenen TCK m. 169’da “*Hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı*” düzenlenmişken, bu suçlar arasında senedin yağması suçu sayılmamıştır. İlgili madde hükmünde senedin yağması suçunun sayılmaması bir çelişki yaratmaktadır.

Bakıldığında hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçunda tüzel kişilerin yararına haksız menfaat sağlanabiliyorsa malvarlığına karşı bir suç olarak senedin yağması suçunun da tüzel kişi yararına işlenebilmesi mümkün görülmelidir. Ancak yine de kanunilik ilkesi gereği bunun için kanuni bir düzenlemenin varlığı şarttır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018)
- Arslanbaş A, Yağma Suçları (YL Tezi, Marmara Üniversitesi, 2009)
- Arslantürk M, İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu: Uygulama Örneği - Açıklamalı - İctihatlı - Notlu - Gerekçeli (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018)
- Artuç M, Malvarlığına Karşı Suçlar, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020)
- Aygün MY, “Senet (Belgit)” (1977) III (3-4) Yargıtay Dergisi, 247-253.
- Bakıcı S, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt II, (Adalet Yayınevi, 2008)
- Balcı F ve Öztürk S, Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları (Adalet Yayınevi, 2017)
- Bayraktar K, Yıldız K, Aksoy-Retornaz E, Akyürek G, Sonay-Evik V, Ali Hakan E, Kangal ZT, Memiş Kartal P, Sınar H, Altunç S, Aytakin-İnceoğlu A, Bostancı-Bozbayındır G ve Erman B, Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, (On İki Levha Yayıncılık, 2018)
- Berkin N, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil” (1946) 12 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1175-1192
- Birtek F, “Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı” (2020) 15 (44) Ceza Hukuku Dergisi, 673-709
- Boyracı A, 5237 Sayılı Kanunda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu, (On İki Levha Yayıncılık, 2020)
- Bozkurt-Yüksel AE, “İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri” (2008) XXIV (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 501-535
- Cankurt E, “Yağma Suçu ve Cebir Kavramı” (2015) 1 (2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-135
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I (4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017)

- Cerrahoğlu H, Türk Ceza Hukuku'nda Yağma Suçu, (YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2013)
- Deliduman S, "Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki" (2000) IV (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 413-435
- Dönmezer S ve Erman S, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt 2, (14. Baskı, Der Yayınları, 2019)
- Dönmezer S, Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (12. Baskı, Filiz Kitabevi, 1997)
- Erdem M, Tezcan D ve Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (18. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020)
- Faruk E ve Toroslu N, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5. Baskı, Savaş Yayınları, 1987)
- Gözübüyük AP, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt IV, (5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989)
- Kamışlı G ve Taneri G, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Seçkin Yayınları, 2018)
- Kaya-Seven ÇA, Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu, (YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2020)
- Kayıhan Ş ve Yasan M, Türk Ticaret Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukuku, (3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016)
- Koca M ve Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020)
- Koca M ve Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020)
- Koca M, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar" (2005) (5) Kazancı Dergisi
- Koca M, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu" (2005) 3 (32) Legal Hukuk Dergisi, 2799-2817
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (Legal Yayınevi, 2016)
- Kuzudişli, M, Yağma Suçu, (YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2012)
- Meran N, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayınları)
- Maraşlı-Dinç Y ve Ruhi ME, "Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu" (2018) XI (II) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), 86-100.
- Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, (Filiz Kitabevi, 1994)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020)

- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler) (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık,2020)
- Özbey Ö, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulanması” (2010) 5 (44) Terazî Hukuk Dergisi, 129-139
- Öztan B, Medeni Hukukun Temel Kavramları (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2003)
- Öztürk E, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunabilme Kavramı” (2008) 3 (21) Terazî Hukuk Dergisi, 93-99
- Parlar A ve Hatipoğlu M, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 1. Cilt, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010)
- Parlar A ve Hatipoğlu M, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 3. Cilt, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010)
- Pulaşlı H, Kıymetli Evrakın Esasları, (7. Baskı, Adalet Kitabevi, 2019)
- Sahillioğlu-Baklacı S, Yağma Suçu, (YL Tezi, Yaşar Üniversitesi, 2020)
- Selçuk S, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, (Yazarın Kendi Yayını, 1986)
- Şen E ve Malbeği E, “Malvarlığına Karşı Suçlarda İrade ve Fiili Hakimiyet Kriterleri” (2018) 13 (141) Terazî Hukuk Dergisi, 115-118
- Şen E, “Yağma ve Hırsızlık Suçlarında Fiili Hakimiyet” (2013) 8 (109-110) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 123-129
- Şule-Korkmaz E, Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu (Seçkin Yayıncılık, 2021)
- Turabi S, İrtikap Suçu (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017)
- Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Adalet Yayınevi, 2018)
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (7. Baskı, Beta Yayınları, 2019)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

KAMU DAVASININ AÇILMASINDA GEÇERLİ OLAN İLKELER [KAMU DAVASININ (KOVUŞTURMANIN) KAMUSALLIĞI, DAVASIZ MUHAKEME OLMAZ, KAMU DAVASINDA MECBURİLİK (KOVUŞTURMA MECBURİYETİ), TAKDİRİLİK (MASLAHATA UYGUNLUK) İLKELERİ]

*Yakup DURANOĞLU**

ÖZET

Ceza muhakemesindeki temel amaçlardan birisi de maddi gerçeğe ulaşırken, toplumsal barış ile kişilerin gözetilmesi gereken temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurulması ve ceza muhakemesindeki statüsü ne olursa olsun kişilerin ceza adalet sistemine olan güvenlerinin sarsılmamasını temin etmektir. Bu maksadın gerçekleştirilebilmesi için kamu davasının açılması ve sürdürülmesinde gözönünde bulundurulması gereken belirleyici ve yönlendirici fonksiyon üstlenen birtakım ilkeler bulunmaktadır. Çalışmamızda kamu davasının açılmasında geçerli olan bu ilkeler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler Kamu Davası, İlkeler, Takdirilik, Kamu Davasında Mecburilik, Nemo Iudex Sine Actore.

APPLICABLE PRINCIPLES IN CLAIMING THE PUBLIC CASE (THE PRINCIPLES OF; PUBLICITY OF THE PUBLIC PROSECUTION, NO TRIAL WITHOUT PUBLIC PROSECUTION, OBLIGATION OF PUBLIC PROSECUTION, PROSECUTORIAL DISCRETION)

*Yakup DURANOĞLU***

ABSTRACT

One of the main purpose in criminal procedure is to establish a balance between social peace and fundamental rights and freedoms of individuals, and to ensure that people's confidence in the criminal justice system is not undermined, regardless of their status in criminal procedure, while achieving the real truth. In order to achieve this goal, there are a number of principles that undertake a decisive and guiding function that must be taken into account in filling and maintaining a public lawsuit. In our study, these principles, which are applicable in claiming the public prosecution, have been examined.

Keywords Public Prosecution, Principles, Discretion, Obligation In A Public Procecution, Nemo Iudex Sine Actore

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yduranoğlu@kkk.tsk.tr, ORCID 0000-0003-0950-4574

** Marmara University Institute of Social Sciences, Department of Public Law, yduranoğlu@kkk.tsk.tr, ORCID 0000-0003-0950-4574

Extended Summary

One of the core duties of the state is to ensure the public order. In order to perform this duty, public prosecutor and law enforcement is the most important tools of the state. These tools are responsible for preventing crimes in order to ensure the public order. The public prosecutor is the legal expert and executive of the investigation phase, while the judicial law enforcement is the deputy public prosecutor, like the hand of the public prosecutor in the field, and many processes in the application is performed by the judicial law enforcement within the supervision of the public prosecutor. If a crime could not be prevented and it is committed, this time it is required to clarify the crime committed, to gather the evidence, to find the perpetrators of the crime, and to deliver them to the judicial authorities. Yet this case is necessary in terms of ensuring the public order and to secure the justice.

Criminal Procedural Law No. 5271 (CPL) put the centre of the prosecution phase starting from the doubt for a crime the public prosecutor who is the only lawyer involved in such phase. For this reason, the public prosecutor is described as the emperor, super force, coordinator or the owner of the prosecution phase. The public prosecutor has the duty, for searching material facts and for fair trial, to gather evidence for both against and for and to protect the rights of the suspect through judicial law enforcement officers. The public prosecutor should immediately make an evaluation to reach a conclusion at the end of the prosecution phase as a duty. At the end of such phase, the public prosecutor decides whether or not to initiate a public case against the suspect. The public prosecutor prepares an indictment at the end the prosecution phase when the evidence gathered demonstrates a sufficient doubt for the crime. Otherwise, when there is no sufficient material evidence or legal grounds for indictment, the public prosecutor shall not initiate an indictment due to the principle of necessity and decide that there is no need for indictment. Article 171 of the CPL provides an extraordinary privilege of discretion given to the public prosecutor and such privilege is novelty. Initially, the public prosecutor may decide that there is no need for indictment if there are conditions for effective compunction lifting as a personal reason the punishment or reasons for impunity. Then, the second paragraph of article 171 deals with the postponement of the public case. For the postponement, it is required that the suspect compensate the damages regarding the crime of the public or the private person. With such regulation, the public prosecutor is given a wide discretion as an exception to the principle for necessity of public prosecution and in line with the principle of discretion. The public prosecutor may decide that there is no need for indictment if the prosecutor, at the end of the prosecution phase, could not gather sufficient evidence for indictment or if there is no capability of initiating a public case, the prosecutor shall not prepare indictment. Where there are no legal or factual grounds for indictment, it is necessary, in accordance with the principle of necessity for public prosecution, for the public prosecutor to decide that there is no need for prosecution. The decision of the prosecutor is not of a final judgment as it is of an administrative/judicial nature.

There are both administrative and judicial remedies available against the decision for no need for indictment of the prosecutor if the conditions for the principle of the necessity for the public prosecution and if the public prosecutor does not prepare the indictment. However, there is no judicial recourse against the decision on no need for indictment of the public prosecutor given in accordance with the discretion provided in article 171(1) of the CPL. There could be

administrative supervision, that is to say supervision by the chief prosecutor. This article, dealing with the decision of the public prosecutor for no need of indictment, explains the place of the prosecutor in Criminal Procedural Law, circumstances where the prosecutor can give a decision for no need for indictment and the remedies available against such decision.

The article is structured in part II to analyse the impact of publicity upon criminal activities and criminal law enforcement proceedings. In part III, this article looks at the due process rights and natural justice which requires public prosecutor exercising statutory (or potentially royal prerogative) power to give some form of notice of a pending decision to a person owed the fairness; an opportunity for that person to comment; and the requirement that the official making the decision be sufficiently unbiased. In part IV, the article examines the mandatory nature of criminal proceedings by determining that the public prosecutor who is authorised to perform criminal proceedings has an obligation within his or her competence to initiate criminal proceedings and to lead such proceedings to the fair regulation of criminal legal relations provided for in CPL in each case where the reason and grounds for initiating criminal proceedings have become known.

In part V, this article examines the events in which the public prosecutor is given the discretionary power for not opening a public prosecution. In Part VI, this article makes comparative analyses for the reasons for the implementation of the discretionary power of the public prosecutor for initiation a public prosecution, postponement of initiation a public prosecution in the different jurisdiction. In Part VII, this article examines the problems arising from the authority of the Public Prosecutor to open a public prosecution and from its implementation within the framework of the principle of compliance with purpose in the Turkish Law and searching for ways to solve these problems.

In conclusion, this paper evaluates key principles regarding the initiation of a public prosecution, the principle of obligation to prosecute and the principle of compliance with the CPL and discretionary powers' of public prosecutor. In the end, it summarizes the key conclusions.

GİRİŞ

Ceza yargılaması; niteliği itibarıyla kişi özgürlüğünü doğrudan etkilediğinden, biçimsel gerçekle yetinmemektedir. Ceza yargılamasının amacına ulaşması, toplumda ve kişilerde hiçbir şüphe bırakmayacak şekilde gerçeğin kendisine ulaşılmasıyla mümkündür. Ceza muhakemesinin konusu suçtur. Suç, suçun mağduru olan bireyin haklarını zedelediği kadar toplum düzenine de zarar vermektedir. Suç ortaya çıktığında, suçu işlediği iddia olunan kişi, suçun yöneldiği birey ve toplum ile karşı karşıya kalmaktadır. Sadece suçlunun cezalandırılması, toplum düzeninin korunması ve hukuk güvenliği açısından yeterli görülmemelidir. Temel hak ve özgürlükler kapsamında, suçun mağduru olan kişi kadar suç işlediği iddia olunan hatta suçluluğu kesinleşen kişiye karşı da devletin birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.

Ceza muhakemesi, amacına; muhakemenin, hukuk normlarıyla birlikte belirlenmiş olan ilkelere uygun gerçekleştirilmesiyle, sıfatı her ne olursa olsun her bir bireyin neticede ulaşılan sonuca herhangi bir şüphe duymaksızın güvenebilmesiyle ulaşabilecektir. Ceza muhakemesinin başlangıcından neticelenmesine kadar, muhakemeye ışık tutan, belirleyici ve yönlendirici birtakım ilkeler bulunmaktadır. Muhakemenin her evresinde uyulması zorunlu bu ilkeler, tek başlarına muhakemenin evrelerinde belirleyici ve yönlendirici fonksiyon taşıyıcılar da esasen birbirinin tamamlayıcısı niteliğindedirler.

I. GENEL OLARAK

Dünyada çeşitli hukuk sistemleri bulunmakta olup bu sistemler soruşturmanın başlatılması ve yürütülmesi açısından değişik usuller öngörmüşlerdir. Türkiye'nin de dâhil bulunduğu sistem, soruşturmayı yürüten makamın kamu davasını açmak üzere harekete geçmesini kabul etmektedir¹.

Hukukumuzda; kural olarak, kovuşturmaya yer olmadığı (CMK'nin 171/1 ve 172. maddeleri), takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK'nin

¹ Teoman Gökçe, Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık (Adalet Dergisi, 2002 S. 13 s. 70-84) 71. Almanya'daki durum için bkz. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 170. maddesi (Feridun Yenisey ve Salih Oktar ve Ayla Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, StrafprozeBordnung (StPO-RiStBV) (3. Baskı, Beta Yayınları 2020) 318.) Amerika için bkz. Çiçek Zoroğlu Emed, Umut Kolcuoğlu, Elif Köymen, Pelin Kuranel, Selin Özbek ve Kayra Üçer, 'Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi' Şükrü Alparslan, Ümit Hergüner, Hülya Kızıler Kaledelen ve Işıl Ökten (eds) (2020) https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/federal_yargi.pdf. Fransa ve Belçika için bkz. "Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu" (2020) <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020 Fransa'da da Savcılar Cumhuriyet Savcısı olarak adlandırılır. Bkz. Bildiri; Durmuş Tezcan, 'Bir Adli Organ Olarak Savcılık' (2006) Türkiye Barolar Birliği Yayınları 110 TBB İHAUM Dizisi 6, 36

171/2. maddesi), soruşturmaya yer olmadığı (SYOK) (CMK'nin 158/6. maddesi) kararları ile istisnai olarak yetkisizlik (CMK'nin 161/7. maddesi) kararları dışında Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek zorundadır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)² döneminde kamu davasının mecburiliği ilkesine iki istisna (CMUK m. 149/1 ve 344)³ getirilmesine rağmen, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK)⁴ istisnalar kaldırılmıştır. Bu istisnaların yerine Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verme yetkisi tanınmıştır⁵.

Hukuk sistemlerinde kovuşturma evresinin başlatılmasında farklı esaslar benimsenmişse de soruşturma evresini de kapsayacak şekilde kovuşturma evresi başlatılırken ve bu evre yürütülürken çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinde ortak birtakım ilkeler benimsenmiştir. Bu ilkeler; kamu davasının kamusalılığı, davasız muhakeme olmaz, kamu davasının mecburiliği ve kamu davasının açılmasında takdirilik ilkeleridir.

II. KAMU DAVASININ (KOVUŞTURMANIN) KAMUSALLIĞI İLKESİ

Kamusallık ilkesi, “*soruşturma evresinin başlamasından kovuşturmanın tamamlanmasına kadar iddia ve yargılamaya ilişkin faaliyetlerin tamamının devlet tarafından yerine getirilmesi*”⁶ anlamını taşımaktadır.

Ceza muhakemesi sürecinde gerektiğinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olabileceğinden⁷ bu sürecin devlet kontrolünde yürütülmesi önem arz etmektedir. İşte bu nedenle devletin sahip olduğu meşruiyet ve otorite sayesinde suçun kovuşturulmasında toplumun çıkarının da olduğu düşüncesiyle kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi gelişmiştir⁸. Bu ilke çerçevesinde Kıta Avrupası'nda ceza davasını açmak

²Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 1412, Kabul Tarihi: 04.04.1929, RG. 20.04.1929, S. 1172

³ CMUK'un 149. maddesi gereğince sanığa verilecek ceza kesinleşmiş diğer bir suç nedeniyle verilen cezaya ya da başka bir suç nedeniyle alacağı cezaya etkisi yoksa kamu davasının açılmasından vazgeçilebileceğine ilişkindir. CMUK'un 344. maddesi ise şahsi dava açmaya imkân veren suçları saymaktadır.

⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG. 17.12.2004, S. 25673.

⁵ Muharrem Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 694, 695

⁶ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku. (17. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 71; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (19. Baskı, Beta Yayınları 2020) 125, 126, 552

⁷ Hakan Karakehya, ‘Ceza Muhakemesinin Amacı’ (2007) 65 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 121, 552

⁸ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku (16. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 107; Ünver ve Hakeri (n 6) 68; Centel ve Zafer (n 6) 121, 552

görevini devlet adına savcı yerine getirir ve kovuşturma sonuçlanıncaya kadar iddia makamı devlet adına savcı tarafından temsil edilir⁹.

Şahsi öç almak uygulamasının önlenmesi kapsamında, mağdur/suçtan zarar gören istemese bile¹⁰ bir suç işlendiğinde soruşturma/kovuşturma yapma yetkisi sadece devlete tanınmış, bu yetki de hak olarak değil görev/ödev olarak kabul edilmiştir¹¹. Devletin cezalandırma yetkisinin kullanılması gerekip gerekmediğinin araştırılması görevi ise devlet adına savcılara verilmiştir¹².

Roma hukukunda suçun, kişiyi ve onun içinde yaşadığı topluluğu ilgilendirdiğinin kabul edilmesi¹³ nedeniyle, halk davası (quavis ex populo) usulü uygulanmıştır. Roma hukukunda erkek yurttaşlar, kendi haklarını koruyabilmek için özel dava (actiones privatae) açabildikleri gibi kamunun menfaatlerinin korunması için halk davası (actiones populares) da açabilmekteydiler. Bu davalar, Roma halkının temsilcisi sıfatıyla açılabilirdiği gibi, herhangi bir kişi tarafından (bütün vatandaşların ortak bir hakkını korumak için) kendi adına da açılabilirdi¹⁴. Germen hukukunda ise dava açma hakkının suçun mağduruna ve onun hısımlarına tanındığı şahsi dava yolu uygulanmıştır¹⁵.

Osmanlı Devleti'nde geçerli olan İslam hukukunda her Müslümanın haberdar olduğu bir suçu mahkemeye bildirmek yükümlülüğü bulunduğuna inanıldığından savcılık kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır¹⁶. Kişi hukukunu ilgilendiren suçlarda suçtan zarar gören/mağdur bizzat ya da bunlar ölmüşse varisleri (varis yoksa devlet) davaları takip hakkı kazanır. İslam hukukunda savcılık teşkili bulunmamakla beraber İslam hukukçularınca, savcılık görevini yapacak bir memurun atanması gerekliliği kabul edilmekteydi¹⁷.

Osmanlı Devleti'nde "Kanun-u Cedit" adlı 1851 tarihli Ceza Kanunu ile birlikte kişi haklarını ilgilendiren suçlarda devletin kovuşturma yapması kabul edilmişti. Böylelikle

⁹ Centel ve Zafer (n 6) 127

¹⁰ Centel ve Zafer (n 6) 122; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020) 84

¹¹ Karakehya (n 7) 123

¹² Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 178, 179

¹³ Yurtcan (n 8) 105

¹⁴ Bryan Garner (ed.) (2004). Black's Law Dictionary, "Actio Popularis", St. Paul, Thomson West: 929; Peter P. Mercer, 'Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited' (1983) 21 (1) University of Western Ontario Law Review 89, 89 vd.; Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları (1. Baskı, Beta Yayınları 1999) 264, 265; Yurtcan (n 8) 105

¹⁵ Yurtcan (n 8) 105

¹⁶ Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Mimoza Yayınevi 2010) 29

¹⁷ Fahrettin Atar, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi) (1. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1999) 138

kamusallık esasını ilk defa ortaya çıkmakla birlikte henüz savcılık müessesesi kurulmamıştı. Savcılık kurumuna yönelik ilk düzenleme ise 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesinde yer almıştı. 1876 Anayasasının 91. maddesi ile savcılık teşekküllerinin kurulacağı ve bunların görevlerinin kanun ile belirleneceği¹⁸ hükmü getirilmiştir. 1879 yılında müddeiumumilik adıyla savcılık teşkilatı kurularak Osmanlı Devleti'nde bütün mahkemelerde savcılığa yer verilmiştir¹⁹.

Almanya'da kamusal ilkesi 1532'de imzalanıp yürürlüğe giren "Constitutio Criminalis Carolina" ile uygulanmaya başlanmıştır. Şahsi dava usulü muhafaza edilmekle beraber bu kanunla suçlar devlet tarafından takip edilmeye başlanmıştır. İngiltere ve Galler'de 1985 Kanununa kadar ceza tatbikatı kamusal olarak devlet tarafından değil, özel olarak ve bireyler tarafından gerçekleştirilmiştir. Geleneksel İngiliz hukukunda, ceza tatbikatına kamusal ilkesinin hâkim olmayışının altında esas itibarıyla suçların devlete karşı değil, belirli bir kişi veya aileye karşı işlenmiş sayılması ve Kraliyette barış ve sükûnetin sağlanmasının ve suçluların adalet önüne çıkarılmasının bireyler açısından hak olmaktan öte görev sayılmış olması yatmaktadır²⁰.

Kamusallık ilkesi esasen suçun soruşturulmasındaki kişi yararından çok kamu yararını dikkate almaktadır²¹. Bu nedenle kural olarak bireylerin, suç mağdurunun ya da suçtan zarar görenin talepte bulunmasına gerek olmaksızın ceza soruşturması kendiliğinden sürmekte ve kamu davası açılabilir²². Hatta kimi hallerde mağdurun yararına olmadığı durumda ya da mağdurun iradesi hilafına ceza soruşturması yürümekte ve kamu davası açılabilir. İstisna olarak kişilerin suç soruşturması veya kovuşturması yapılması yönündeki talepleri etkili olabilmektedir.

Kamusallık ilkesi, adil bir ceza adalet sisteminin işleyişi için insan haklarına saygılı hukuk devleti anlayışı açısından önemli bir vasıta. Ancak ne kadar özgürlükçü düzenlemeler içerirse içersin, esasen arzu edilen amaca ulaşılabilmesi için bu sistemin etkin ve adil işletilebilmesi esastır²³.

¹⁸ Ahmet Akgündüz, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku 1. Cilt (1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları 2011) 444; Burcu Ertem, 'Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007) 28

¹⁹ Selahattin Keyman, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık (Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 63

²⁰ Ertem (n 18) 24; Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşurma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17 1991) 16

²¹ Centel ve Zafer (n 6) 552

²² Yurtcan (n 8) 107

²³ Soyaslan (n 12) 178, 179

III. DAVASIZ MUHAKEME OLMAZ İLKESİ

Failin, işlediği fiilden dolayı yargılanabilmesi için kural olarak o fiilin suç teşkil ettiğinin ve bu eylemin failinin cezalandırılması gerektiğinin bir mercii tarafından talep edilmesini ifade eden ilkeye davasız yargılama olmaz (Nemo Iudex Sine Actore) ilkesi denmektedir²⁴. Bu ilke, yargılama makamının uyuşmazlığa re'sen el koyamayacağını; uyuşmazlığın, mutlaka taraf süjelerden biri vasıtası ile mahkeme önüne sürülmesi gerektiğini ifade etmesi²⁵, hakların güvencelenmesine katkı sağlaması²⁶ nedeniyle önemlidir.

Suç işlendiği şüphesini haber alan Cumhuriyet savcısının bu olayın gerçekliğini araştırma mecburiyeti söz konusu olur. “Soruşturma” adı verilen bu araştırma sonucu elde edilen maddi ve hukuki veriler değerlendirilerek iddianın somutlaştırılması suretiyle yargılama makamına iletilmesi sonucunda soruşturma evresi açısından iddia görevi yerine getirilmiş olur²⁷.

İddia makamı, soruşturma yapma ve soruşturmadan sonuç çıkarma görevlerini yerine getirirken birtakım ilkeler çerçevesinde hareket etmektedir. Bu ilkelerin kaynağı,iki ana sistem olan itham ile tahkik, bu iki sisteme ait farklı unsurların bir araya getirilmesinden oluşan, günümüz Kıta Avrupası ülkelerinin çoğunun ceza muhakemeleri usul hukukunda uygulama alanı bulan “işbirliği” (diğer adıyla “karma”) sistemine dayanmaktadır²⁸.

Davasız yargılama olmaz ilkesi, tahkik sistemine²⁹ bir tepki olarak 1789 Fransız İhtilali'nin neden olduğu ferdiyetçi ve demokratik etkinin neticesinde doğmuştur³⁰. Davasız muhakeme olmaz ilkesi; itham sisteminin, işbirliği (karma) sistemini benimseyen günümüz ceza muhakemesi hukukuna yansımasıdır. Bu ilke de hukuk devleti ilkesinin tabii bir uzantısı olan adil yargılanma hakkının sağlanmasına hizmet etmektedir³¹.Ceza muhakemesinde

²⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Seçkin Yayınları 2020) 149; Özen (n 5) 137-139, 696; Ünver ve Hakeri (n 6) 77 vd. (Yazarlar, “davasız muhakeme yapılmaması ilkesi” demektedir); Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, (4. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 124

²⁵ Yurtcan (n 8) 112; Centel ve Zafer (n 6) 553

²⁶ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku (Asil Yayinevi 2006); Öztürk vd. (n 24) 149; Ertem (n 18) 10

²⁷ Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü (4. Baskı, I. Kitap, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957) s. 3

²⁸ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayii 1981) 46; Soyaslan (n 12) 63-66; Öztürk vd. (n 24) 149; Faruk Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku (6. Baskı, Işın Yayıncılık 1986) 61; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (20. Baskı, Savaş Yayinevi 2020) 51

²⁹ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht (25. Baskı, 1998) 83; Werner Beulke, Strafprozessrecht (9. baskı, 2006) 18. Aktaran; Ertem (n 18) 7

³⁰ Gökçen vd. (n 24) 125

³¹ Keyman (n 19) 34; Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1. Baskı, Beta Basım Yayım 1987) 263

süjelerin, bir tarafta iddia görevi kapsamında davayı açan ve takip eden savcılık makamı, diğer tarafta ise bu iddia çerçevesinde yargılama yaparak hükmü veren yargılama makamı olarak birbirinden bağımsız iki ayrı makama ayrılması, modern ceza muhakemesinin en büyük kazanımı olarak değerlendirilmektedir³².

İşbirliği sisteminin ortaya çıkmasıyla birlikte davasız yargılama olmaz ilkesi yeniden gün yüzüne çıkmış ve hukuk sistemlerinde bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu kabulün bir gereği olarak hâkim re'sen harekete geçemeyecek ve ancak açılmış bir dava olması halinde muhakeme süreci yürüyecektir³³.

Bu ilke sadece asıl ceza davası açısından değil, aynı zamanda tali ceza davası ve kanun yolu davası da dâhil olmak üzere tüm aşamalarda etkisini göstermektedir. “Davacı yoksa mahkeme de yok” şeklinde de ifade edilebilecek³⁴ olan davasız muhakeme olmaz ilkesi, usulüne uygun olarak açılmış bir dava olmadıkça hiçbir mahkemenin bir suç fiili hakkında kendiliğinden hüküm tesis edemeyeceğini ve mahkemenin yalnızca iddia makamı tarafından dava konusu yapılan olayla sınırlı olarak bir karar verebileceğini vurgulamaktadır³⁵.

Kanun yolu açısından ilkenin geçerliliğinin istisnasını otomatik temyiz ve istinafin oluşturduğu³⁶ söylenebilir de neticede kendiliğinden temyize konu olan karar da bir dava sonucu ortaya konmuştur ve onun incelemesi yapılmaktadır³⁷. Davasız yargılama olmaz ilkesinin bir diğer istisnası ise CMK'nin 306. maddesi nedeniyle temyizde bozma nedeniyle lehe neticenin temyize gitmeyen sanıklara sirayetidir³⁸.

İlkenin iki koruma sağladığı söylenebilir. Bunlardan ilki, yeterli şüphe bulunmaması halinde dava açılması zaruretinin ortadan kaldırılarak kişilerin gereksiz yere lekelenmelerinin önüne geçmesini temin etmek³⁹, ikincisi ise engizisyon sistemi ile modern yargılama sistemini ayıran, iddia görevini hâkimden alarak mahkemeleri kendi iddiasını ispata çalışan merciler durumundan kurtarmak suretiyle mahkemelerin iddia hakkında nesnel bir karar veren makam olmasını temin etmektir. Mahkemeler üzerinde sağladığı bu koruma sayesinde ise hâkimin tarafsızlığı ve mahkemelerin güvenilirliği temin edilmiş olacaktır⁴⁰.

³² Yurtcan (n 8) 113; Erem (n 28) 66

³³ Yurtcan (n 8) 112, 113; Ünver ve Hakeri (n 6) 77

³⁴ Centel ve Zafer (n 6) 553

³⁵ Yenisey '1987' (n 31) 263

³⁶ Yurtcan (n 8) 115; Centel ve Zafer (n 6) 553

³⁷ Yurtcan (n 8) 115

³⁸ Yurtcan (n 8) 115

³⁹ Ünver ve Hakeri (n 6) 77, 78

⁴⁰ Ünver ve Hakeri (n 6) 77

CMK'nin 175⁴¹ ve Alman Ceza Muhakemesi Usul Kanunu (StPO)'nun 151. maddesinde⁴², mahkemece kovuşturma işlemlerinin yürütülebilmesinin dava açılması şartına bağlandığı ve böylelikle, “davasız muhakeme olmaz” ilkesinin açıkça kabul edildiği görülmektedir.

Davasız muhakeme olmaz ilkesi; yersiz, tutarsız ve gerçekçi olmayan suç isnadından kaçınmayı sağlayacak bir soruşturmayı yapmayı zorunlu kılan ve kanun yolları da dâhil olmak üzere muhakemenin her evresinde göz önünde bulundurulması gereken, adeta bir ceza muhakemesi şartıdır⁴³.

Davasız muhakeme olmaz ilkesi, savunma hakkı başta olmak üzere hak ve özgürlüklerin temin edilmesine hizmet eden “iddia ile bağlılık” güvencesini de sağlamaktadır. Bu ilke uyarınca yargılama, sanık dışında bir başka kişiye ya da sanığın hakkında dava açılmamış diğer bir eylemine sirayet ettirilemeyecektir⁴⁴.

CMK'nin 162. Maddesinde yer verilen düzenleme, sulh ceza hâkiminin kararını gerektiren haller açısından da kural olarak sulh ceza hâkiminin re'sen harekete geçemeyeceği hususuna temas etmektedir. Bu durumda; CMK'nin 163/1. maddesinde yer alan sulh ceza hâkiminin re'sen harekete geçebileceği soruşturma işlemlerine ilişkin istisnaların, bu tespit ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Yani; CMK'nin 163/1. maddesindeki haller dışında sulh ceza hâkimi talep bulunmaksızın re'sen harekete geçemeyecektir⁴⁵.

Kovuşturma evresinde başka bir suçun işlendiği yönünde delil ortaya çıkarsa bu deliller kovuşturması devam eden iddianameye konu edilmeyen bir eylemin yargılanması maksadıyla kullanılamaz⁴⁶. Ortaya çıkan yeni suçun kovuşturmaya konu edilebilmesi için yeni bir iddianame tanzim edilmesi şarttır⁴⁷. Benzer şekilde duruşmada sanık ya da sanıklar dışında başka bir kişinin suç işlediği ortaya çıkmış ise yargılama makamının bu durumu Cumhuriyet başsavcılığına bildirmesi ya da duruşmayı takip eden Cumhuriyet savcısının kendiliğinden

⁴¹ CMUK md. 205'in 1936 değişikliği öncesine kadar, nezdinde müddeiumumi bulunmayan sulh mahkemelerinin, birçok halde dava açılmaksızın kendiliklerinden ceza işlerine el koyduklarına ilişkin bkz. Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1955) 242

⁴² “iddia/ itham esası” (Anklagegrundsatz) Alman STPO <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2020 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 267

⁴³ Ünver ve Hakeri (n 6) 78

⁴⁴ Ünver ve Hakeri (n 6) 78

⁴⁵ Centel ve Zafer (n 6) 170

⁴⁶ Centel ve Zafer (n 6) 553

⁴⁷ Ünver ve Hakeri (n 6) 77-79; Turhan (n 26) 19

harekete geçerek iddianame düzenlemesi gerekecektir. Gerekli şartlar oluşursa önceki dava ile yeni davanın birleştirilebilmesi mümkündür⁴⁸.

Alman hukukunda ise konu ile ilgili yasal düzenlemeye StPO'nun 266. maddesinde yer verilmiştir. CMUK'un 259. maddesindeki paralel bir düzenleme içeren StPO'nun 266. maddesi sanığın muvafakati ile ek iddianamenin sözlü olarak ileri sürülebileceğini öngörmüştür. Bu maddeye göre sözlü iddia yazılı iddianamedeki şekil şartlarını sağlamak zorundadır. Ayrıca bu durumda sanığa savunma yapabilmesi için yeterli süre de verilebilmektedir. Alman Ceza yargılamasındaki bu düzenleme davasız yargılama olmaz ilkesine değil, bir şekil şartı olan iddianamenin yazılı olarak sunulması esasına istisna teşkil etmektedir⁴⁹.

IV. KAMU DAVASINDA MECBURİLİK İLKESİ (KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİ)

Dava açma ve yürütme görevinin sadece devlete ait olduğunu ifade eden⁵⁰ bu ilke çeşitli adlarla anılmaktadır. Bunlardan en çok kabul görenleri ve kullanılanları; ceza davasının mecburiliği⁵¹, kamu davası açılmasında kanunilik⁵², kovuşturma mecburiyeti ilkesi⁵³ ve kamu davası açma konusunda mecburiyet⁵⁴ ilkesidir⁵⁵.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi; suç teşkil eden fiiller konusunda yetkili makamların derhâl soruşturmaya başlaması, soruşturma sonucunda ceza ve emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava engelinin bulunmaması durumunda iddianame düzenlemesini⁵⁶ (CMK'nin 170/1. maddesi),

⁴⁸ Ünver ve Hakeri (n 6) 163 vd.

⁴⁹ Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 382, 383; Yar. 3 CD, E. 2009/25492, K. 2011/5543, 21.04.2011; Yar. 3 CD, E. 2009/27, K. 2009/13450, 29.06.2009

⁵⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 83; Keyman (n 19) 101; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2008) 282

⁵¹ Toroslu ve Feyzioglu (n 28) 36; Özen (n 5) 131 (aynı zamanda kovuşturma mecburiyeti ilkesi olarak adlandırmıştır); Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 83; Ünver ve Hakeri (n 6) 73; Yurtcan (n 8) 116

⁵² Centel ve Zafer, “*ceza davasının mecburiliği*” ifadesini de kullanmaktadır. (Centel ve Zafer (n 6) 554.)

⁵³ Gökçen vd. (n 24) 131; Öztürk vd. (n 24) 154 (Yazarlar aynı zamanda “kovuşturma mecburiyeti ilkesi” tabirini de kullanmışlardır.)

⁵⁴ Öztürk (n 20) 49; Öztürk vd. (n 24) 154 (Yazarlar aynı zamanda “kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi” tabirini de kullanmışlardır.)

⁵⁵ Sidney Lezak ve Maureen Leonard, ‘The Prosecutor’s Discretion: Out of the Closet- Not Out of Control’ (1984) 63, Oregon Law Review, 253

⁵⁶ Yenisey ve Nuhoglu, ilkeyi araştırma mecburiyeti ilkesi olarak adlandırmaktadır, Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 83; Gökçen vd. (n 24) 131; Amerika’da ceza davası açılabilmesinin üç koşulu bulunması gerekir. Bir suçun işlenmiş olduğunun tespiti, suçun failinin kim olduğu, yeterli delilin varlığı. Bkz. Robert Bohm ve Keith Haley, Introduction to Criminal Justice (Glencoe/McGraw-Hill Education 2020) 270, 271

kamu davası açılırsa muhakeme sonuçlanıncaya kadar kamu davasını yürütmesini ve takip etmesini de ifade etmektedir⁵⁷.

İlke, modern eğilimlere aykırı olduğu, usul ekonomisine uygun olmadığı ve masraflı olduğu, gereken yumuşaklığa ve esnekliğe sahip olmadığı gerekçeleriyle de eleştirilmiştir⁵⁸.

A. ARAŞTIRMA MECBURİYETİ İLKESİ (SORUŞTURMAYA BAŞLAMA MECBURİYETİ İLKESİ)

Araştırma mecburiyeti ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin birinci alt ilkesidir. Suç işlendiği haberi üzerine suç takibine yetkili makamların derhâl soruşturmaya başlaması alt ilkesine araştırma mecburiyeti ilkesi denir⁵⁹.

Suç haberi, ihbar veya şikâyet şeklinde alınabileceği gibi soruşturma makamlarınca olaya doğrudan muttali olma şeklinde de olabilir⁶⁰. Suç haberi alındığı zaman başlangıç şüphesinin⁶¹ varlığı durumunda Cumhuriyet savcısı araştırma mecburiyeti ilkesi gereğince soruşturma evresine başlar ve şüphelinin aleyhine ve lehine olan delilleri toplar. CMK'nin 160. maddesinin gerekçesinde de⁶² “*savcının hedefi kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermektir*”⁶³ denilerek, savcının bir şekilde muttali olunan suç şüphesi hakkında soruşturma yapmasının mecburi olduğu ifade edilmektedir.

⁵⁷ Ünver ve Hakeri (n 6) 73, 74; Özen (n 5) 696; Centel ve Zafer (n 6) 555; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2006) 82; Öztürk vd. (n 24)154 vd.; Turhan (n 26) 28; Hüsamettin Uğur, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine (2007) 73, Barolar Birliği Dergisi 256, 257; Öztürk (n 20) 5; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 36; Doğan Gedik, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri (Adalet Yayınevi 2010) 84. vd.; Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008) 162 vd.; Alman Hukukunda ise Alman CMK'nin § 152'nin açık ifadesi dolayısıyla kanunilik terimi (Legalitätsgrundsatz) kullanılmaktadır. (Serkan Meraklı, Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi (Seçkin Yayınları 2014) 48.

⁵⁸ Keyman (n 19) 102

⁵⁹ Öztürk vd. (n 24)154; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınları 2020) 204; Öztürk (n 20) 49; Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Yenisey ve Nuhoğlu, ilkeyi kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir alt ilkesi olarak değil ana bir ilke olarak kabul etmektedir. Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 83; Centel ve Zafer (n 6) 123; Özen (n 5) 131

⁶⁰ Centel ve Zafer (n 6) 103 vd.

⁶¹ Şüphenin derecelendirilmesinde en alt kademeye sahip olan basit şüphe, “başlangıç şüphesi” kavramı ile zikredilmektedir. Bu kademe altında şüpheden söz edilemez. Basit şüphe ile soruşturmanın başlatılması, başlatılmış bir soruşturmada basit şüphenin bulunmaması halinde ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Hukukunda şüphe kavramı ve şüphe dereceleri için bkz. Özkan Gültekin, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi (Seçkin Yayıncılık 2011) 117; Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994) 66; Murat Balcı, ‘Yeterli Şüphe Sebebi’ (2012) 72 Terazi Hukuk Dergisi, 10-15; Yenisey ‘1987’ (n 31) 45; Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 319; Centel ve Zafer (n 6) 98-102

⁶² Madde gerekçesinde bu husus, “...Cumhuriyet savcısının temel görevi, suç işlendiği izlenimini veren bir hâli görüp öğrendiğinde gerçeği araştırarak işe girişmek olduğundan...” şeklinde ifadesini bulmuştur.

⁶³ Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2006) 303; Öztürk vd. (n 24) 184

B. KAMU DAVASI AÇMA MECBURİYETİ İLKESİ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ikinci alt ilkesidir⁶⁴. Suç işlendiği konusundan bir şekilde haberdar olan soruşturma makamının, gerek ve yeter şartların varlığını araştırmayı müteakip ceza davası açmayı gerektirecek hallerin varlığı halinde ceza davasını açmak, bir kere ceza davası açılınca da bu ceza davasını sürdürmek üzere gerekli işlemleri yapmak zorunluluğunu ifade etmektedir⁶⁵.

Suç şüphelisine suç isnat etmeye yeterli oranda delil bulunması halinde iddia makamı iddianame düzenlemek zorundadır⁶⁶. Araştırma mecburiyeti ilkesi gereğine yapılan araştırma esnasında, “yeterli şüphe”⁶⁷ varsa, dava engeli yoksa ve olayda kamu davasını açmada takdir yetkisinin kullanılması tercih edilmemişse, kamu davası açma mecburiyeti ilkesi gereğince (CMK’nin 170. maddesi) kamu davasını açmak üzere iddianame tanzim etmek ve açılmış olan kamu davası sonuçlanıncaya kadar iddia görevini yürütmek iddia makamının görevidir⁶⁸. Başka bir deyişle yeterli delil mevcut ise Cumhuriyet savcısı dava açmak zorundadır. Ancak bu zorunluluğun da istisnaları bulunmaktadır. Soruşturma veya kovuşturma engellerinin

HSK’nin (HSYK’nın) 18.10.2011 tarih ve 10 nolu genelgesi: Cumhuriyet savcısının en temel görevlerinden biri, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri eşit bir çaba göstererek toplamak ve muhafaza altına almaktır. Genelgeler, (2020, 20 Haziran), <<http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinleri/2nolu.pdf>> Adresinden alındı. Erişim Tarihi 25 Eylül 2020

⁶⁴ Öztürk vd. (n 24) 154; Özen (n 5) 131 (iddianame düzenleme mecburiyeti ilkesi olarak adlandırmıştır); Murat Aydın, ‘İddianamenin Unsurları ve İadesi’ (2006) 10(1,2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 367, 369 Kamu davasının açılması için gereken yasal koşulların bulunması ve kamu davasının açılmasına engel hallerin bulunmaması halinde, iddia makamının dava açmak mecburiyetinde olduğu, bu mecburiyetin yasadan kaynaklanması sebebiyle anılan ilkeye “kanunilik ilkesi” de denilebileceği belirtilmiştir. Töngür (n 57) 162; Keyman (n 19) 94

⁶⁵ Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 205; Keyman (n 19) 100 vd.; Gökçen vd. (n 24) 131; Centel ve Zafer (n 6) 554, 555

⁶⁶ Suheyil Donay, Ceza Yargılama Hukuku (2. Baskı, Beta Yayınları 2012) 134

⁶⁷ “CMK”nın 170/2. maddesinde, “iddianame düzenlemek için, yeterli şüphenin varlığı”nın yeterli olduğu ifade edilmektedir. Yeterli şüphe, bunu haklı gösterecek delil, emare ve olguların bulunmasını gerekli kılar. Ünver, Hakeri’ye göre (Ünver ve Hakeri (n 6) 512) “soyut tahminler, hipotezler, olasılıklar ve varsayımlar somut olgu ve delillerle desteklenmiyorsa şüphenin varlığından söz edilemez.” Yeterli şüpheden söz edebilmek için, yargılama dosyasındaki delillerle şüpheli/sanığın mahkûm olma ihtimalinin, beraat etme ihtimalinden daha yüksek olması gerekmektedir. (Centel ve Zafer (n 6) 103; Öztürk vd. (n 24) 155) Yeterli şüphenin %51 oranında mahkûmiyeti sonuçlandıracak şüphe anlamına geldiğini söyleyenler de bulunmaktadır. (Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 319.)

“Alman hukukunda yeterli şüphenin varlığından söz edebilmek için, yüzde doksan oranında mahkûmiyet olasılığının bulunması ve bu oranı doğrulayacak hukuka uygun şüphe sebebinin elde edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.” (Feridun Yenisey, ‘Adalet Ve Kolluk İlişkilerinin Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Değerlendirilmesi’ Burcu Ertem (ed) Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet Sempozyumu (Türkiye Aadalet Akademisi Yayınları 2006) 28

⁶⁸ Öztürk vd. (n 24) 154, 228

bulunması, dava açmada takdir yetkisinin kullanılması, iddianame düzenlemenin (kamu davasının açılmasının) ertelenmesi istisna teşkil eden hallerdir⁶⁹.

İddia makamı yeterli delil olmadığına inanıyorsa kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir. Bu kararın itiraza tabi olması, suç işleyen bir kimsenin kayırılması veya görevin savsaklanmasının disiplin ve ceza yaptırımına bağlanması hususları kovuşturma mecburiyeti ilkesinin güvenceleri olarak sayılabilecektir.

Bu sayılan koşullar oluştuğunda Cumhuriyet savcısı dava açmaktan imtina edemez. CMK'nin 170. maddesi gereği eldeki deliller yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyecektir. Şüphenin kuvvet dereceleri farklıdır. Failin suç işlemiş olma olasılığı ile mevcut olgulara göre bir değerlendirme yapmak gerekirse 0 ile 100 arasında bir skalada %50'den fazla bir değer bulunursa yeterli şüphe vardır, değerlendirme sonucu %50'nin altındaysa yeterli şüphe yoktur şeklinde bir görüş bulunmaktadır⁷⁰.

Araştırma mecburiyeti, kamu davası açma mecburiyetinin ön şartıdır. Dolayısıyla ve tabii olarak kamu davası açılmasının zorunlu olduğu bir sistemde söz konusu kamu davasının açılmasının gerekli olup olmadığının araştırılması da zorunlu olmalıdır⁷¹.

Bugün yürürlükte bulunan StPO'nun 152/2. maddesi soruşturmaya başlamak için makul bir şüphenin var olmasını esas almıştır. Alman ceza muhakemesinde kural bu olmakla birlikte bu kurala istisna da getirilmiştir (StPO m. 153 vd.)⁷². Bu düzenlemeye göre suçun ve sonuçlarının önemsiz olması, cezalandırmada kamu yararı bulunmaması gibi sebeplerle görevli mahkemenin onayıyla dava açılmayabileceği gibi açılmış bir dava bulunması halinde de tarafların onayıyla dava sonuçlandırılabilir⁷³.

C. KAMU DAVASINI YÜRÜTME MECBURİYETİ İLKESİ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin üçüncü alt ilkesidir. Açılmış bulunan bir kamu davasının kesin hüküm ile sonuçlanıncaya kadar geri çekilememesini ifade etmektedir⁷⁴. Kamu davası bir defa açıldığında (hukukumuz açısından iddianamenin kabul edilmesi veya kabul edilmiş sayılmasıyla) yargılama kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, iddia makamı ceza

⁶⁹ Centel ve Zafer (n 6) 555

⁷⁰ Alman doktrininde mahkûmiyet olasılığının %51'i geçerek %90'a varacak derecede olası görülmesi gerektiği belirtilmektedir.

⁷¹ Ertem (n 18) 49

⁷² Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 268

⁷³ Öztürk (n 20) 19

⁷⁴ Öztürk vd. (n 24)154; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 206; Öztürk (n 20) 182; Özen (n 5) 131

davasını yürütmek zorundadır⁷⁵. Cumhuriyet savcısı ceza davasını yürütmeye mecburdur ve kamu davası geri alınamaz⁷⁶.

Anlatılanlar yanında; muhakeme sonunda verilebilecek kararları sayan CMK'nin 223. maddesi, bu maddenin bulunduğu kısım, bölüm adları ile madde başlığı da dikkate alındığında, duruşmanın ancak bu maddede bulunan kararlardan biri ile sonuçlandırılabilceğini düzenlemiştir. Bu halde de açılan davanın geri alınamayacağı açıkça ortadadır. Dolayısıyla ceza muhakemesi sistemimizde bir defa kamu davası açıldıysa yargılamanın patronu artık mahkeme olmaktadır. Dava açılmış ise savcılık makamı artık bir karar vermek durumunda olmayıp sadece talepte bulunabilecektir. Eğer davanın geri çekilmesi gibi bir uygulama olsaydı; bu konuda karar verebilmek yetkisi sadece mahkemeye ait olacağından, bu müessesenin adı, örneğin yargılamanın iadesi gibi bir isimle anılabilecekti ki bahse konu 223. maddede böyle bir karar türü bulunmamaktadır. CMK'nin 223. maddesinde “davanın reddi” kararı bulunmakta ise de bu karar bahsedilen davanın geri çekilmesi müessesesi ile birlikte anılabilecek bir karar türü değildir.

Benzer şekilde 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda yer alan belli bir tarihe kadar asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet savcısının katılmaması istisnası kamu davasını yürütme ilkesi ile çelişki teşkil etmeyecektir. Nitekim ceza davalarını yürütme görevi mahkemelere aittir. İstisna maddesinin gerekçesinin ülkemizde yargının içinde bulunduğu ağır iş yükü sebebiyle oluşan yığılmaları engellemek ve yargıyı hızlandırmak olduğu izahtan varestedir.

StPO'nun 156. maddesinde “*ana davanın açılmasından sonra geri alınamayacağı*”⁷⁷ hükmüne açıkça yer verilmiştir.

D. HUKUKUMUZDA YENİ BİR KURUM: SORUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI

15 Ağustos 2017 tarih ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ceza muhakemesi sistemimize giren soruşturmaya yer olmadığı kararı, 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun ile CMK'nin 158/6. Maddesine eklenen bir fıkra ile yasa hükmü halini almıştır⁷⁸.

⁷⁵ Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Özen (n 5) 131; Öztürk vd. (n 24) 154

⁷⁶ Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 38; Aynı doğrultuda görüş için, bkz. Harun Çokal ve Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. 2 (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2007) 381

⁷⁷ Öztürk (n 20) 182; Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 287

⁷⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 194; Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 581

CMK'nin 2. maddesine göre “*soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan*” kişi şüpheli sıfatını almaktadır. Bir kişiye şüpheli sıfatının verilmesi, özellikle asılsız ihbar veya art niyetli hareketler nedeniyle kişilerin “lekelenmeme hakkını” ihlal edebilmektedir. Düzenlemenin gerekçesi dikkate alındığında soruşturmaya yer olmadığı kararının, lekelenmeme hakkının korunması yanında usul ekonomisinin sağlanmasına da katkı sağladığını söylemek mümkündür⁷⁹.

Lekelenmeme hakkının genişletilerek teyit edilmesi bakımından, soruşturmaya yer olmadığı kurumu yardımıyla, doktrinde “eşik teorisi” olarak tanımlanan ve CMK'nin 160. maddesinde yer alan “suç izlendiği izlenimi veren hal” kriterinin yarattığı hukuk devleti duvarının, bir adım daha öteye taşınması sağlanmıştır⁸⁰.

Cumhuriyet savcısı; bir şekilde haberdar olduğu ihbar veya şikâyet konusu eylemin, bir araştırma yapmaya gerek olmaksızın suç oluşturmadığını düşünüyorsa veya ihbar veya şikâyetin soyut ve genel nitelikte olduğu kanaatine varırsa soruşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.

Soruşturmaya yer olmadığı kararına itirazın düzenlenmiş olması, itiraz mekanizmasına kovuşturmayaya yer olmadığı kararı gibi değer atfedilmesi araştırma mecburiyeti ilkesinden vazgeçilmediğinin bir göstergesidir. Diğer taraftan CMK'nin 173. maddesi, kovuşturmayaya yer olmadığı karara karşı itiraz hakkı olanları suçtan zarar görenler olarak sınırlandırmış iken CMK'nin 158/6. maddesi, verilen soruşturmaya yer olmadığı kararlarının ihbar eden ve şikâyetçiye tebliğ edileceğini, ihbar edenin de soruşturmaya yer olmadığı karara karşı itiraz hakkı olduğunu (zımnen de olsa) belirtmiştir.

CMK'nin 158/6. maddesi ile getirilen düzenlemeden önce ihbar ve şikâyet konusu fiilin açıkça suç oluşturmadığı anlaşılmasına rağmen ya da soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikâyetler nedeniyle CMK'nin 160. maddesi hükmü gereği kişiler şüpheli sıfatına alınarak ceza soruşturması ile karşı karşıya kalmakta ve bu yönü ile ceza muhakemesi sistemimizde bir boşluk olduğu görülmektedir⁸¹.

Soruşturmaya yer olmadığı durumunun gerçekleştiği hallerde iki ihtimal bulunmaktadır. Birinci ihtimalde ihbar veya şikâyetle bulunulan eylemin, ilave bir soruşturmaya gerek duyulmaksızın, suç oluşturmadığı açıkça anlaşılmaktadır. İkinci ihtimalde ise ihbar veya

⁷⁹ Gökçen vd. (n 24) 555, 556

⁸⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 581, 582

⁸¹ Gökçen vd. (n 24) 556, 557

şikâyet soyuttur ya da genel niteliktedir. Kim, ne zaman, nerede, ne yapmış ya da ne zaman, nerede, ne olmuş gibi soruların cevaplarının tespiti kolayca mümkün değildir ya da imkânsızdır⁸².

Soruşturmaya yer olmadığı kararının doğal bir sonucu olarak da (belirli kişiye atfedilen bir eylem bulunması halinde) belirtilen türden ihbar ve şikâyetler nedeniyle hakkında ihbar ve şikâyette bulunulan kişi de şüpheli sıfatını almayacaktır.

CMK'nin 158/6. maddesinde düzenlenen soruşturmaya yer olmadığı kurumu;

1. Fiilin işlenip işlenmediğinin araştırılmaması nedeniyle maddi meseleden vazgeçilerek “ilk bakışta eylemin suç oluşturup oluşturmadığı” şeklindeki hukuki meseleyle ilgilenilmesi,

2. Kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılmasına yönelik bir usulün bulunması yanında, bir ifadeyle “kesin hal alan” soruşturmaya yer olmadığı kararının nasıl kaldırılabileceği yönünde düzenleme bulunmaması,

3. Soruşturmaya yer olmadığı kararına yapılan itiraz üzerine sulh ceza hâkimi tarafından Cumhuriyet savcısına bir araştırma yaptırılıp yaptırılamayacağı,

4. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları çerçevesinde etkin soruşturma konusunda yetersiz kalabileceği,

5. Muhtemel ve müstakbel zararları konusunda yeterince istişare edilmeden alelacele düzenlendiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁸³.

V. TAKDİRİLİK (MASLAHATA UYGUNLUK) İLKESİ

Maslahat, sözlük anlamı itibariyle; “iş, önemli iş, emir, buyruk, mesele, husus, madde, keyfiyet, barış, dirlik, düzenlik” anlamına gelmektedir⁸⁴. Hukuktaki teknik olarak karşılığı ise kamu yararadır⁸⁵.

Hukuki bir kavram olarak maslahat, zarar vermek anlamına gelen mazarratın karşıtıdır. Kamu hukuku açısından maslahata uygunluk ilkesi esasen idarî eylem ve işlemler bakımından geçerli olup idareye, eylem ve işlemlerini gerçekleştirmede kendi tespit edeceği kamu yararına

⁸² Yurtcan (n 8) 480

⁸³ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 582

⁸⁴ Develioğlu, s. 73; (2002, 16 Ekim) <http://tdkterim.gov.tr/bts>; Öztürk (n 20) 195

⁸⁵ Öztürk (n 20)195

uygunluk düşüncesine göre takdir hakkı tanınmasıdır⁸⁶. Ceza muhakemesinde ise maslahata uygunluk Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılması için gerekli lüzumun varlığını araştırarak sonucunda duruma göre takdir yetkisini kullanması hali olarak anlaşılacaktır. Bu da mecburi olmanın karşıt anlamı olarak ihtiyarlığı işaret etmektedir⁸⁷.

Soruşturma yapmak üzere kendiliğinden işe el koymak, sonrasında gerektiğinde kamu davasını tahrik etmek üzere iddianame düzenlemekle görevli bulunan organın, gerekli görmemesi veya açacağı davanın kamu menfaatine aykırı olması nedeniyle kamu davasını açmaktan imtina etmesine maslahata uygunluk ilkesi (ihtiyarilik/opportunité⁸⁸ /maksada uygunluk/ yerindelik⁸⁹) ilkesi⁹⁰ denilmektedir⁹¹. Hukukumuzda ilke için, maslahata (maksada) uygunluk⁹², takdirilik⁹³ ve uygunluk terimleri kullanılmaktadır⁹⁴.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna oluşturacak şekilde savcıya takdir yetkisi tanınması çoğunlukla “ceza hâkimi basit işlerle uğraşmaz ‘de minimus non curat praetor’” ya da “kanun önemsiz hususlar ile meşgul olmaz ‘de minimus non curat lex’” ilkesinden kaynaklandığı da vurgulanmıştır⁹⁵.

Eski Mısır, Roma ve İslam Hukuklarında, günümüzde doktrinde anlaşıldığı manada, bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi ya da maslahata uygunluk ilkesi bulunmamaktaydı⁹⁶.

Roma ceza muhakemesi hukukunun halk muhakemesi döneminde şekle bağlı olmayan bir aile içi muhakeme söz konusuydu ve davacı yoktu⁹⁷.

⁸⁶ Joseph Raz, ‘Legal Principles and the Limits of Law’ (1972) 83(5) Yale Law Journal, <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6114&context=ylj>> Erişim Tarihi 4 Nisan 2020

⁸⁷ Özen (n 5) 696; Kovuşturma mecburiyetinin zıddı takdirilik değil, ihtiyarilik olarak ifade edilebilir.

⁸⁸ Ünver ve Hakeri (n 6) 75

⁸⁹ Yurtcan (n 8) 116

⁹⁰ Ahmet Caner Yenidünya, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi’ (2004) (60) E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 7

⁹¹ Keyman (n 19) 96

⁹² Öztürk (n 20)195; Öztürk vd. (n 24) 155; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 70, 509; Ünver ve Hakeri (n 6)75; Centel ve Zafer (n 6) 597

⁹³ Öztekin Tosun, ‘Ceza Davasının Açılmasında Sistemler’ (1969) 34(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ayrı Baskı 42, 45; Keyman (n 19)96; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 36; Mustafa Tören Yücel, ‘Kamu Davası Açılmasında Japon Modeli’ (1992) 4 Yargıtay Dergisi 476, 476

⁹⁴ “Alman Hukuku’nda ise bu ilke İtalyanca *opportunitá* kelimesinden türetilen *opportunitát* terimi ile ifade edilmektedir. *Opportunitát* terimi [*opportun= maslahata (maksada) uygun*] *maslahata uygunluk* anlamını taşımaktadır.” Meraklı (n 57) 55; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 36; Aydın (n 64) 371; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 37

⁹⁵ Ünver ve Hakeri (n 6)76; Durmuş Tezcan, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2003) 64

⁹⁶ Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi (11. Baskı, Turhan Kitabevi 2006) 98; Öztürk (n 20) 15

⁹⁷ Öztürk (n 20) 15

İslam hukukunda, her ne kadar maslahata uygunluk ilkesini andıran bazı hukukî kurumlar (kefaret,af vb.) bulunsa da bugünkü manada bir maslahata uygunluk veya kovuşturma mecburiyeti ilkelerinden herhangi birinin bulunduğu söylenemez⁹⁸.

Bir suç işlendiği haberi alınması üzerine işin esasını soruşturmakla görevli ve yetkili makamların derhâl soruşturmaya başlamak, soruşturma sonunda ceza ve/veya güvenlik tedbiri gerektiren hallerin varlığı halinde gerekli takibatı başlatmak, eylem ve failin belli olması halinde ve yeterli şüpheye ulaşılmaması halinde de kamu davası açmak konusunda tercih ve takdir yetkisinin bulunması hali maslahata uygunluk ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁹⁹.

Kamu davasını açmada mecburiyet değil de kamu menfaatlerini ön planda tutan bu sisteme göre kamu davası açılabilmesi için yasa da yer alan şartların var olması yeterli değildir. Ayrıca açılacak her kamu davası açısından “maslahata uygunluk” olarak anılan “lüzum” şartının gerçekleşip gerçekleşmediği de araştırılmalıdır. Yani her olay açısından kamu faydası düşüncesi ile “lüzum” takdir edilmelidir. Tam da bu noktada ifade edilmelidir ki ilkeye öğretide “takdirilik ilkesi”¹⁰⁰ de denilmektedir.

İddia görevi ifa eden makamlara belirli bir düzlemde takdir yetkisi tanınması, kanunlar tarafından düzenlenmesi öngörülemediği neticeleri önlemek bakımından da önem arz etmektedir. Genel ve soyut olmaları nedeniyle ceza kanunlarının her zaman her durumu düzenlemiş olmalarını beklemek doğru olmayacaktır. Çoğu zaman da cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında suçun işleniş şartlarının içerdiği bazı özel durumlar ceza kanunlarında hakkaniyete uygun şekilde çözümlenmeyebilir. İşte bu aşamada, takdir hakkı, kanunun emrine sıkı sıkıya bağlı kalmak zorunluluğunu ortadan kaldırarak kanunun öngörmesinin beklenemeyeceği neticeleri bertaraf etmek sonucunu doğurmaya elverişlidir¹⁰¹.

Hukukumuzda; kamu davasının mecburiliği ilkesi genel kuraldır. Maslahata uygunluk ilkesi; Cumhuriyet savcısının, yeterli şüphe elde etse bile iddianame düzenlememeyi kamunun ve şüphelinin daha lehine görmesi halinde, kamu davasını tahrik maksadıyla iddianame düzenlememek şeklindeki takdir yetkisi şeklinde kendisini göstermektedir¹⁰². Hukukumuzda bu takdir yetkisi istisna olarak düzenlenmiş ve CMK’de sınırlı bir şekilde kabul edilmiştir¹⁰³.

⁹⁸ Öztürk (n 20) 15

⁹⁹ Öztürk vd. (n 24)156; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 70, 509, 206; Gökçen vd. (n 24) 120; Keyman (n 19) 96; Centel ve Zafer (n 6) 556; Yurtcan (n 8) 116

¹⁰⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 688

¹⁰¹ Keyman (n 19) 96

¹⁰² Öztürk (n 20) 14; Keyman (n 19) 95

¹⁰³ Yurtcan (n 8) 117; Öztürk vd. (n 24) 155; Keyman (n 19) 94; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 70, 71, 509; Öztürk (n 20) 14, 195; Töngür (n 57) 165

Savcıya takdir hakkının tanınması halinde bu durumun kanunlarda mutlaka yer almasının zorunlu olduğu, savcının bu yetkiyi mutlaka kanundan alması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴.

Mecburilik ilkesinden farklı olarak maslahata uygunluk ilkesinde, iddianame düzenlenebilmesi için yeterli şüphe bulunsa dahi duruma göre ya kamu davasının açılmasının ertelenmesine ya da kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilebilecektir. Buradaki temel husus, kanun koyucunun bazı suçların takibatından; etkinlik, emek ve zamandan tasarruf veya masraflı muhakemeden kaçınma düşünceleriyle sarf-ı nazar etmesine dayanmaktadır. Mahkemelerin iş yükündeki yoğunluk dikkate alındığında, daha önemli ve toplum düzenini daha vahim derecede sarsan suçlar açısından ve sınırlı kapasitenin korunması bakımından faydacı yaklaşım göstermek yerinde olacaktır¹⁰⁵.

Maslahata uygunluk ilkesinde kamu davasının açılması için mecburilik ilkesi açısından gerekli olan ve kanunda aranan şartların gerçekleşmesi yanında, kamu davasının açılması bakımından üstün kamu yararının bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ilke açısından kamu yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yetkisi tabii olarak soruşturma yapmaya ve bu soruşturmadan sonuç çıkararak kamu davası açmak sürecini tahrik etmek üzere iddianame düzenlemeye yetkili olan makamlardadır¹⁰⁶. Elbette bu yetkinin denetimi de mevcut olmakla birlikte denetim mekanizmasının varlığı kamu yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yetkisinin varlığını ve yetkinin sahibini değiştirmemektedir. Soruşturma makamına verilen bu değerlendirme yetkisi kendisini soruşturma makamının takdir yetkisi olarak göstermektedir. İşte bu takdir yetkisi, savcının bazı nedenlerle kamu davası açmaktan kaçınabilmesini mümkün kılacaktır. Zaten mecburilik ilkesinin adı da dikkate alındığında bir zorunluluk söz konusu olduğu açık olduğundan kamu davası açılmasında bağlı yetkinin mevcudiyeti söz konusudur. Aynı mantıktan hareketle maslahata uygunluk ilkesinin ismiyle müsemma olarak bu ilkenin uygulandığı hallerde de takdir yetkisinin mevcudiyetinden söz etmek yanlış olmayacaktır.

Dava açmakla görevli soruşturma makamı, yargılama ve cezalandırma sonucunda

¹⁰⁴ Yurtcan (n 8) 117

¹⁰⁵ Bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümet Tasarısının 174. Maddesi (CMKnun 171. maddesi) gerekçesi

¹⁰⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 512; Madde metninde kullanılan ifade dikkat çekicidir. Çünkü örneğin benzer bir düzenlemeye yer veren Alman CMK § 153a'da (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 269-272.) takibatın yapılmasındaki kamu yararını ortadan kaldırmaya elverişli ise bu hükmün ortadan kalkması ile kamu davası açılmasının ertelenmesinde kamu yararı bulunması hususlarının aynı düşüncüyü ifade ettikleri söylenmelidir. Soyaslan (n 12) s. 389; Öztürk vd. (n 24) 616; Ünver ve Hakeri (n 6) 518; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Baskı, Seçkin Yayınları, C. I., 2020) 125; Centel ve Zafer (n 6) 601

meydana gelecek kamu yararının, şüphelinin cezasız kalması nedeniyle oluşacak zarardan (kamu vicdanının ya da mağdur/suçtan zarar görenin tatmini vb. çerçevesinde) daha az bir zarara neden olabileceğine kanaat getirirse kamu davası açmak üzere iddianame düzenlemeyebilecektir¹⁰⁷. Her somut olayda ceza davası açıp açmama, kamu yararı düşüncelerine göre takdir edilecektir¹⁰⁸.

Savcının takdir hakkı kullanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı itiraza tabi bulunmadığından Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekten takdir hakkının kullanılması için oluşması gereken şartların meydana gelip gelmediği hassasiyetle araştırılmalıdır. Kamu davasını tahrik etmek üzere iddianame düzenlenmesini gerektiren seviyede yeterli delil yoksa ya da iddianame düzenleyebilmek için gereken diğer şartlar bulunmuyor ise iddianame düzenlenebilmesi zaten mümkün değildir. Bu durumda savcının delilleri değerlendirmek ve delilleri takdir yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur¹⁰⁹.

Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kamu davası açmak için gereken tüm şartların var olması sonrasındaki aşamada kullanılabilir¹¹⁰.

Maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması, bu yetkinin mutlaka ve her zaman kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Takdir yetkisinin kullanılabilmesi için kanunda belirtilen yükümlülüklerle uygun hareket edilmesi gerekmektedir¹¹¹. Ayrıca bu yetkinin hukuka ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak kullanıldığının denetiminin de mümkün olması gerekmektedir. Denetim mekanizması ile takdir yetkisinin hudutlarının yasa da tereddütsüz olarak belirtilmesi de bir zorunluluktur. Bahsedilen zorunluluk maslahata uygunluk ilkesinin amacını da ortaya koymaktadır. Maslahata uygunluk ilkesinin amacı, suçla mücadeleyi uygun bir şekilde yürütmektir. Bu maksadı aşan türden keyfilikler maslahata uygunluk ilkesinin yapısıyla bağdaşmayacaktır¹¹². Ancak ileride de

¹⁰⁷ Keyman (n 19) 96 vd.; Öztürk (n 20) 198. Yurtcan (n 8) 55

¹⁰⁸ Ünver ve Hakeri (n 6) 518

¹⁰⁹ Ertem (n 18) 63

¹¹⁰ Öztürk (n 20)200; Ünver ve Hakeri (n 6)76, 518. Nitekim doktrinde, iki tür kovuşturmayaya yer olmadığı kararı bulunduğu, bunlardan birinin takdir yetkisi sebebiyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK m. 171), diğerinin ise kamu davası açılabilmesi için yeterli delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması (CMK m. 172/1) sebebiyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Öztürk vd. (n 24) 614; Bu görüşe paralel ve ilave olarak; CMK'nin, 170. maddesinde "soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" 172. maddesinde ise "soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil" ifadelerinin yerinde olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Centel ve Zafer (n 6) 597; Aynı görüş için bkz. Soyaslan (n 12) s. 383; Şahin ve Göktürk (n 104) 120

¹¹¹ Friedrich Christian Schröder, Legalitäts-und Opportunitätsprinzip heute (1974) Festschrift für Karl Peters 411, 416; Aktaran, Meraklı (n 57) 60

¹¹² Meraklı (n 57) 60

değınileceği üzere, CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmayaya yer olmadığı kararının, aynı Kanunun 173/5. maddesi uyarınca itiraza tabi olmaması, burada belirttiğimiz özelliklere aykırı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza uyuşmazlığını esastan çözen mahkeme/hâkim kararlarına karşı kanun yolu denetiminin mümkün olmasına rağmen Cumhuriyet savcısının ceza uyuşmazlığını çözen böyle bir kararının denetim dışı bırakılması maslahata uygunluk ilkesinin varlık nedeniyle örtüşür bir uygulama değildir.

VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

Almanya (StPO 151,152/2¹¹³, 153), Avusturya (Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 1-17. maddeler; özellikle 1 ve 4. maddeler¹¹⁴), İtalya (İtalyan Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 50, 112, 326, 358, 405¹¹⁵), İsviçre (Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 7¹¹⁶) ve Danimarka'da kamu davasının açılmasında mecburiyet ilkesi geçerlidir¹¹⁷.

Amerika Birleşik Devletleri¹¹⁸, Fransa, İngiltere, Hollanda ve Japonya'da sınırsız bir şekilde maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır¹¹⁹.

Maslahata uygunluk ilkesinin tipik örneği Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerin ceza muhakemesi kanunlarında yer almaktadır. Bunun yanında gerek Kara Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu gerekse Uzak Doğu ülkelerinde maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir. Belirtilen sistemlerde maslahata uygunluk ilkesi temel kural olmakla birlikte, uygulamada ülkeden ülkeye değişiklikler olduğu gibi ceza takibatı sisteminin değişik kurumlar aracılığıyla yürütüldüğu de gözlenmektedir. "Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde maslahata uygunluk ilkesi, Kıta Avrupası hukuku ile Japon ve Güney Kore hukuklarındakinden farklı bir tarzda şekillendirilmiştir"¹²⁰.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ve Japonya'da kamu davası açılması hususunda kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir hak ve yetkisi savcıya bırakılmışken Anglo-Sakson hukuk

¹¹³ <<https://dejure.org/gesetze/StPO/152.html>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020; (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 267, 268.)

¹¹⁴ <<https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/1>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020

¹¹⁵ <<https://lexscripta.it/codici/codice-procedura-penale/articolo-50>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020

¹¹⁶ <https://www.admin.ch/ch/f/rs/c312_0.html> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020

¹¹⁷ Cumhur Şahin, 'Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi' (1994) 4(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı 61, 62

¹¹⁸ Amerika'da savcının ilk değerlendirmesi sonucunda suç vasfı ve şüphelinin sabıka geçmişi dikkate alınarak savcı soruşturmaya geçemeyebilmektedir. Angela J. Davis, *Arbitrary Justice, The Power of the American Prosecutor* (Oxford University Press 2007) 24; Maximo Langer, *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure* (2005-2006) 33 *American Journal of Criminal Law* 223, 229

¹¹⁹ Uğur (n 57) 261

¹²⁰ Meraklı (n 57) 98

sisteminin kabul edildiği Amerika, İngiltere, Kanada ve Avustralya'da kamu davası açmak hususunda kamu yararının bulunup bulunmadığını takdir ve tespit yetkisi çeşitli makamlara¹²¹ tanındığı gibi bu süreçte iddianame pazarlığı kurumuna da yer verilmektedir¹²².

Güney Kore, Japonya, Danimarka, Fransa, İsveç, Norveç, Hollanda'da suç işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşmuş olsa bile, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, kamu davası açıp açmamak konusunda savcının mutlak takdir yetkisi bulunmaktadır¹²³.

Amerika'da savcının takdir yetkisinin denetimi, sadece savcılarının siyasi sorumluluğuna dayanır. Avrupa'da, savcının takdir yetkisini sınırlamanın ve kontrol etmenin iki yolu bulunmaktadır. Bunlar, şahsi dava ve mahkeme denetimidir. Her ikisi de özellikle savcının kovuşturma sürecini başlatmak konusundaki takdir hakkı nedeniyle oluşan gücünü sınırlamaktadır. Şahsi dava, tarihsel olarak savcılığın oluşumunda önce var olan ve savcılık sisteminin var olmasını sağlayan bir role sahip olmuştur. Çoğu yasal sistemde, bir devlet görevlisi tarafından yapılan soruşturma, şahsi davanın aşamalı olarak yerini almıştır. Ancak gerçekten suçtan zarar gören/mağdurun (veya herhangi bir vatandaşın) cezai takibat başlatmak hakkı, savcının eylemsizliğini kontrol etmek fonksiyonu nedeniyle birçok modern hukuk sisteminde varlığını devam ettirmektedir¹²⁴.

İngiltere'de şahsi dava halen kovuşturma sisteminin teorik temelini oluşturmaktadır. Ancak uygulamada, toplamda sadece küçük bir kısım vatandaş tarafından dava konusu yapılmaktadır. Çünkü genellikle vatandaş, başarılı kovuşturma başlatmak için gereken maddi güç ve hukuk bilgisinden yoksundur. Kraliyet Savcılık Servisi'nin, kamu davasının açılması ve yürütülmesi inisiyatifini vatandaştan alarak süreci sonlandırabilmesi, şahsi dava yolundaki vatandaşın cesaretini kırmaktadır. Vatandaşın bu tedbir aleyhine yasal bir yolu da yoktur¹²⁵.

¹²¹ Bahsedilen bu yetki İngiltere'de polise de aittir. Polis, bir suç işlendiği bilgisini aldıktan sonra soruşturmaya başlayıp fiili mahkeme önüne götürüp götürmemek hususunda tam bir takdir yetkisine sahiptir (Bkz. Öztürk (n 20) 29)

Polisin geniş sayılabilecek bu yetkisi yanında az sayıda ve fakat ağır suçlarda kamu davası açmakla Director of Public Prosecutions görevlidir. (Bkz. Meraklı (n 57) 98.)

¹²² "Kamu davası açma mecburiyeti diğer Kıta Avrupası ülkelerinde de kabul edilmekle birlikte Anglo-Amerikan Hukuku'nda sistem tamamen farklıdır. Bu anlamda çalışmamızın konusunu oluşturan iddianame pazarlığı savcının başlıca yetkilerinden biridir. İddianame pazarlığı kapsamında savcı ile sanık iddianamenin içeriğinde anlaşmaktadırlar. Buna karşılık sanık da suçunu ikrar etmek ya da savcıyla işbirliği yapmak gibi bir edim taahhüt etmektedir" (Bkz. Pınar Bacaksız, 'İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)' (2008) 3(7) Ceza Hukuku Dergisi 151, 151, 153.)

¹²³ Öztürk (n 20) 22; Yücel (n 93) 476; Meraklı (n 57) 99

¹²⁴ Joan E. Jacoby, American Prosecutor's Discretionary Power, Prosecutor (1997) 31(6) 25-27, (2002, 16 Ekim) <https://cdn.ymaws.com/mcaa-mn.org/resource/resmgr/Files/About_Us/Amer_Prosecutor_Historical_Cont.pdf> Erişim tarihi 25 Eylül 2020

¹²⁵ Uğur (n 57) 262

Almanya’da bazı suçlar “özel kovuşturmaya tabi suçlar” olarak adlandırılmaktadır ve mağdur tarafından savcının herhangi bir müdahalesi dava konusu yapılabilmektedir. Bu suçlar iftira, gizliliğin ihlali ve Almanya’da basit saldırı ve izinsiz giriş suçlarıdır¹²⁶. Almanya’da Cumhuriyet savcısı her zaman yargılamayı devralabilir ve sanığın suçluluğunu önemsiz gördüğü takdirde dava açmaktan imtina edebilir¹²⁷.

Savcının harekete geçmeme kararı da yargı denetimine tabi olmalıdır. Örneğin Almanya’da savcı delil bulunmaması nedeniyle kovuşturma başlatmaya gerek görmez ise mağdurun itiraz mercii mahkemesi nezdinde itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Mahkeme, mağdurun başvuru evrakı ve savcının soruşturma dosyasını dikkate alarak kovuşturma için yeterli nedenin bulunduğunu tespit ederse, savcıya dava açmasını emreder. Şikâyetçi/mağdur daha sonra savcının yanında davaya katılabilir¹²⁸.

Savcılık kararları üzerindeki mahkeme denetiminin ve bu yola suçtan zarar gören/mağdurlar tarafından ulaşılabilirliğin temininin, savcılık kararlarındaki keyfiliğin ve hataların denetiminde daha etkili bir yol olacağı söylenebilir. Bunun yanında savcının takdir hakkı kullanma yetkisinin bulunduğu durumların açık şekilde ve yasa düzenlemesine bırakılmasının uygun olacağı görüşü de bulunmaktadır¹²⁹.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki durum incelendiğinde; maslahata uygunluk ilkesinin uzun bir gelenek sonucu, bu görevi ifa eden savcılarının da katkısıyla oluşan kültür neticesinde savcılarının bağımsızlıklarını sağlamlaştırdığı, savcılar tarafından takdir alanının sınırlarının bireysel olarak çizilebilmesini sağladığı, böylelikle de meslek kültürü içinde edinilen tecrübelerin ve sorumluluk bilincinin sorunun üstesinden gelmek açısından değerlendirilebildiği söylenmektedir¹³⁰.

Gerek Kıta Avrupa’sı hukuk sistemini gerekse Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerin ortak sorununun, mahkemelerin ağır iş yükü ve ceza muhakemesinin makul sürede sonuçlanmamasından kaynaklanan sorunlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenlerle, hangi hukuk sistemi benimsenmiş olursa olsun iş yükünü azaltmak ve muhakemeyi makul sürelerde sonuçlandırmak üzere çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin yumuşatılması en dikkat çeken çalışmalardan biridir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin benimsendiği hukuk sistemlerinde ülkeler,

¹²⁶ Bkz. StPO, m. 374 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 457.)

¹²⁷ Bkz. StPO, m. 377/2 ve 383/2 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 460, 464.)

¹²⁸ Bkz. StPO m. 171–175 ve 395/1 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 319, 322, 474.)

¹²⁹ Bkz. Jacoby (n 124) 38

¹³⁰ Meraklı (n 57) 99

soruşturma görevi ifa eden birimlerine kanunlarla çeşitli takdir yetkileri tanıyarak mahkemenin iş yükünü azaltmak çabasına girmişlerdir¹³¹.

İstisnasız olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini uygulayan ülkeler gün geçtikçe azalmaktadır. Örneğin, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnasız uygulanması ile tanınan Arjantin hukukunda 1990'ların sonlarından başlayarak sınırlı da olsa savcılığa takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere yer verilmeye başlandığı görülmektedir. Böylelikle artık akılcı olmayan mutlak ceza teorisinin terk edilmiş olmasının etkisiyle, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimseyen fakat savcıya belirli bir oranda takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere de yer veren ceza muhakemesi kanunları arasında Almanya önemli bir yer işgal etmektedir. Kovuşturma mecburiyetinin yanı sıra istisnaî olarak savcıya takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere muhakeme kanunlarında yer verilmesinde Alman hukukunun etkisi çok önemlidir¹³². Almanya'dan etkilenen ikinci örnek olarak ise bazı İsviçre Kantonlarında kamu yararı zorunlu kılmadıkça, soruşturma yapmanın mecburî olmadığı kabul edilmektedir¹³³.

Çağdaş eğilim, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin maslahata uygunluk sistemine yakınlaşması yönündedir¹³⁴. İşte bu yaklaşımların etkisiyle hukukumuzda da “şimdilik” kısıtlı da olsa takdir yetkisi bulunmaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminin hâkim olduğu bir kısım ülkelerde kanunlar, savcıya, belirli yükümlülükleri yerine getirmesi şartıyla şüpheliye kamu davası açılmayabileceği önerisi sunma yetkisi vermiştir¹³⁵. Şüphelinin bu yükümlülükleri kabul etmesi ve bu yükümlülükleri uyması halinde hakkında kamu davası açılmayacaktır. Belirtilen yasa hükümlerinin amacı, şüphelinin yükümlülükleri kabul etmesiyle ve bu yükümlülükleri yerine getirmesiyle cezalandırma zorunluluğunun ortadan kaldırmasıdır. Çünkü cezalandırma amaçları (caydırıcılık ve veya topluma kazandırma) zaten yükümlülüğün ifası ile yerine getirilmiştir.

¹³¹ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi) (Yetkin Yayınları 2001) 87

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Meraklı (n 57) 100, 101

¹³³ Uluslararası Savcılar Birliği, 'Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı' Egbert Myjer ve Barry Hancock ve Nicholas Cowdery (eds), Alink Marnix (derleyen) (Ankara Barosu Yayınları 2008) 282; Uğur (n 57) 259.

¹³⁴ Tezcan (n 95) 37; Uluslararası Savcılar Birliği, Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı 2008, 283

¹³⁵ Bkz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 41-1, 41-3 <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020; Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90a, 90m <<https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/1>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020; StPO'nun m. 153a. (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 269-272.)

Fransa’da, şüphelinin ehliyetine dört ay veya daha kısa bir süre el konması veya şüpheliden, suç işlemede kullanılan kamu mallarının eski haline iadesi istenebilir¹³⁶.

Fransa’da mahkeme başkanı, şüpheli ve savcılık arasındaki anlaşma hâkim onayına tabidir¹³⁷. Almanya’da, oldukça ciddi nitelikteki durumlarda yargı onayı söz konusudur. Avusturya’da yasal olarak izin verilen koşullarda savcı mahkeme onayına gerek olmaksızın dava açmamak yetkisini kullanabilmektedir. Avusturya’da sulh ceza yargıcıları tarafından soruşturma yapılması mümkün ise de bu durum kural olmaktan ziyade istisnadır ve bu nedenle soruşturma yapma görevi kural olarak savcındır¹³⁸.

VII. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

CMK’de kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir¹³⁹. CMK’nin 170. maddesi CMUK’un 163. maddesinin karşılığıdır. CMK’nin 170. maddesi yeterli şüphe bulunması halinde Cumhuriyet savcısının kamu davası açılması için iddianame düzenlemesini zorunlu kılmıştır¹⁴⁰.

CMK, yürürlüğe girdiği ilk halinde, “*Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmayabilme yetkisini vermiştir.*” CMK’nin 171. maddesi ile sistemimizde ilk defa savcıya dava açmada takdir hakkı tanınmıştır. Bu madde, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin önemli bir istisnasıdır¹⁴¹.

CMK’nin 171/1. maddesi kapsamında savcıya bir takdir yetkisi tanınmıştır. Takdir yetkisi nedeniyle anılan maddede sayılan şartlar gerçekleşse bile kovuşturmayaya yer olmadığı kararını vermek zorunlu değildir. Bu madde çerçevesinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek konusunda tereddüt etmesi durumunda takdir yetkisini dava açmak yönünde kullanması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴².

CMK’nin 171/1. maddesindeki ilk bu düzenleme, eşitsizliğe ve keyfilığe yol açabileceği, suistimallere kaynaklık teşkil edebileceği gerekçesi ile eleştirilmiş ve sakıncalı

¹³⁶ Bkz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 41-2 <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020

¹³⁷ Bkz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 41-2, 6 <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020

¹³⁸ Jacoby (n 124) 30

¹³⁹ Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 37

¹⁴⁰ Yurtcan (n 8) 117

¹⁴¹ Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 37; Öztürk vd. (n 24) 155, 156; Yurtcan (n 8) 117

¹⁴² Şahin (n 131) 525; Öztürk vd. (n 24) 156

olduğu dile getirilmiş, kamu yararı koşulunun aranmaması nedeniyle maslahata uygunluk ilkesinden yanlış biçimde sapıldığı söylenmiş, Cumhuriyet savcılarının bu yetkiyi çok dikkatli kullanmadıkları takdirde ciddi eşitsizliğe neden olacağı belirtilmiştir¹⁴³.

6/12/2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ve 24/10/2019 tarihli 7188 sayılı Kanun ile CMK'nin 171. maddesinde bazı değişiklikler yapılmış ve anılan madde bugünkü halini almıştır.

CMK'nin; kovuşturma mecburiyeti ilkesini temel kural olarak benimsemiş olmakla birlikte bu ilkenin istisnası olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması Kıta Avrupası hukukunun son dönemdeki eğilimine doğru kaydığı görülmektedir¹⁴⁴. Ancak bu durum istisna olup, asıl olan kovuşturma mecburiyeti ilkesidir¹⁴⁵.

CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmaya yer olmadığı kararı, aynı Kanununun 173/5. maddesi uyarınca itiraza tabi değildir. CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz yolunun kapatılmış olmasının sebebinin mehzaz Kanun (StPO) olduğu, StPO'nun 153b maddesinde benzer düzenlemeye yer veren hüküm bakımından Almanya'da bu karara karşı itiraz yolunun kapatılmış olduğu ileri sürülebilir. Eğer düşünce bu şekildeyse StPO'nun 153b maddesi gereğince, bu madde hükmüne dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği hallerde, işlenen fiil bakımından yetkili ve görevli mahkemenin onayının alınması hususu gözden kaçırılmış demektir.¹⁴⁶

CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz yolu kapalıdır. Hukuk devleti ilkesinin temel özelliklerinden biri de denetime tabi olmayan hiçbir yetkinin bulunmamasıdır. Doğal olarak Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesi sürecini sonlandıran bu kararının da denetime tabi olması gerekmektedir. CMK'de Cumhuriyet savcısının CMK'nin 171/1. maddesine dayanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı bir kanun yolu belirlenmemiş olması (daha doğrusu itiraz kanun yolunun engellenmesi) nedeniyle doktrinde bu karara karşı Cumhuriyet

¹⁴³ Ünver ve Hakeri, (n 4) 34, 35; Uğur (n 57) 273, 274

¹⁴⁴ Meraklı (n 57) 45; “*Tıpkı 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunundaki kanun yolu yargılamasına yönelik düzenlemelerde görüldüğü gibi CMK’de de kamu davasının açılması bakımından kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olsa da yapılan yargılama sonucunda hüküm verildikten sonraki kanun yolu aşamasında maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu söylenmelidir. Gerçekten Cumhuriyet Savcısı verilen hüküm ile ilgili olarak kanun yoluna başvurmak konusunda serbesttir*” (Öztürk (n 20) 212)

¹⁴⁵ Doktrinde bazı yazarlar, bu maddenin getirilmesi ile birlikte kamu davasının açılması yönünden yumuşaklaştırılmış mecburilik sisteminin benimsendiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 286

¹⁴⁶ “*Bu nedenle Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak CMK m. 171/ 1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verdiği hallerde bu karara karşı herhangi bir denetim mekanizması bulunmamaktadır.*” Serkan Meraklı, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Davası’ (2012) 7(18) Ceza Hukuku Dergisi, 183

başsavcısına başvurulabileceği öne sürülmektedir¹⁴⁷. Fakat Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına adli konudaki faaliyeti bakımından emir verme yetkisinin kural olarak bulunmadığının kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla adli faaliyetini yerine getirmede özerk olan Cumhuriyet savcısının özellikle takdir yetkisini kullandığı konularda başka bir makamdan emir alması mümkün değildir. Bu düzenleme aracılığıyla Türk hukukunda ilk kez Cumhuriyet savcısına yargısal denetime tabi olmayan bir kovuşturamama kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin denetimsizliği soruşturma evresinin tek hukukçusu olan savcıya güvenilmesi gerektiği¹⁴⁸ görüşüyle izah edilemeyecektir¹⁴⁹.

Bu eksikliğin giderilmesi bakımından yasal bir düzenlemeyle, ya tıpkı Almanya örneğinde olduğu gibi bu türden kararların sulh ceza hâkiminin onayına tabi tutulması ya da bu türden kararlara karşı itiraz imkânının tanınması elzemdir.

Kanundaki düzenleme konusunda yapılabilecek eleştirilerden bir diğeri ise kanun metninde “*üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar...*” açısından bir düzenleme öngörülmekle birlikte netice cezanın sadece adli para cezası olması halinde bu kuralın uygulanamaz olmasıdır. Düzenlemenin, “*üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar ile yalnız adli para cezasını gerektiren suçlar...*” şeklinde yapılmasının daha doğru olacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile maslahata uygunluk ilkesi, bu ilkelere birini tercih eden ülkelerin hukuk kültürü ve hukuk geçmişine dayanan bir tercih olmak özelliği göstermektedir. Her iki ilkenin birbirine üstünlüğü bulunmadığı gibi ilkelere birinin diğerine üstünlüğünü tartışmak da makul değildir. Yani her iki ilke arasında iyi-kötü mukayesesi yapmak doğru olmayacaktır. İki sistemden hangisinin kabul edileceği ceza siyasetinin ve dolayısıyla kanun koyucunun tercih ve takdirine bırakılmıştır. Bu kabule nazaran günümüz koşulları itibarıyla mecburilik sisteminin ülkemiz açısından daha yerinde olduğu doktrinimizdeki hâkim görüştür. Buna rağmen koşulların, maslahata uygunluk sisteminin bazı uygulamalarına yönelime zorladığı da ortadadır. Nitekim ülkemiz açısından CMK döneminde kovuşturma mecburiyeti ilkesi kural iken Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin kısa zamanda ve hızlı bir şekilde CMK’de yer bulduğu gözlenmektedir.

¹⁴⁷ Bkz. Öztürk vd. (n 24) 236; Ünver ve Hakeri (n 6) 527

¹⁴⁸ Bkz. Öztürk vd. (n 24) 617

¹⁴⁹ Bkz. Meraklı (144) 190

Ülkemiz açısından son zamanlarda Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkilerinde bir artış bulunduğu gözlenmektedir. Bu artışın özellikle yargı üzerindeki yükün azaltılması çabası olduğu bilinen bir gerçektir. Yargı üzerindeki ağır yükün azaltılması çabası takdire değer olmakla birlikte bu nedenle yapılacak yasal düzenlemelerin de özenle yapılması büyük önem taşımaktadır. Özellikle yargı üzerindeki ağır yükün hafifletilmesi maksadının, hak ve özgürlüklere temas eden düzenlemelere tercih edilmemesi gerekmektedir.

Ülkemizde CMK ile birlikte getirilen Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi evrimi dikkate alındığında yeniliklerin yargı üzerindeki yükü hafifletip hafifletmediği özellikle 7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklik üzerinden beş yılın geçmesiyle daha net şekilde anlaşılabilir.

CMK’de bulunan ve Cumhuriyet savcısına verilen takdir yetkisine yönelik düzenlemelerdeki en önemli eksikliğin Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak vermiş olduğu kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı kanun yolunun bulunmaması, kamu davasının açılmasını ertelenmesi kararlarında ise şüphelinin rızasının aranmamasıdır. Bu eksikliklerin kanun koyucu tarafından giderilmesinin önemli olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akgündüz A, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku 1. Cilt (1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları İstanbul 2011)
- Atar F, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi) (1. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1999)
- Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, (1. Baskı, Mimoza Yayınevi 2010)
- Aydın M, ‘İddianamenin Unsurları ve İadesi’ (2006) 10(1,2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 367-416
- Balcı M, ‘Yeterli Şüphe Sebebi’ (2012) (72) Terazi Hukuk Dergisi, 10-15
- Bacaksız P, ‘İddianame Pazarlığı, (Plea Bargaining)’ (2008) 3(7) Ceza Hukuku Dergisi, 151-170
- Bohm M ve Haley K N, Introduction to Criminal Justice (Glencoe/McGraw-Hill Education, 2020)
- Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku. (19. Baskı, Beta Yayınları 2020)
- Çolak H ve Taşkın M, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. 2 (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2007)

- Davis A J, *Arbitrary Justice, The Power of the American Prosecutor* (Oxford University Press 2007)
- Donay S, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009)
- Donay S, *Ceza Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Beta Yayınları 2012)
- Erem F, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Baskı, Işın Yayıncılık 1986)
- Ertem B, 'Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007)
- Gedik D, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri* (Adalet Yayınevi 2010)
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınları İstanbul 2020)
- Gökçen A, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994)
- Gökçe T, *Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık* (2002) (13) *Adalet Dergisi*, 70-84
- Gültekin Ö, *Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi* (Seçkin Yayıncılık 2011)
- Jacoby J. E, *American Prosecutor's Discretionary Power*, *Prosecutor* (1997) 31 (6) 25-27, 38-39 (2002, 16 Ekim) https://cdn.ymaws.com/mcaamn.org/resource/resmgr/Files/About_Us/AmerProsecutorHistoricalCont.pdf
- Karakehya H, 'Ceza Muhakemesinin Amacı' (2007) 65(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 121-142
- Kantar B, *Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü* (4. Baskı, I. Kitap, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957)
- Keyman S, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık* (Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayii 1981)
- Langer M, *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure* (2005-2006) (33) *American Journal of Criminal Law*
- Lezak S ve Leonard M, *The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet- Not Out of Control* (1984) (63) *Oregon Law Review*
- Meraklı S, *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi* (Seçkin Yayınları 2014)

- Mercer P P, 'Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited' (1983) 21(1) University of Western Ontario Law Review
- Özbek V Ö, Ceza Muhakemesi Hukuku, (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2006)
- Özbek V Ö ve Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020)
- Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınları 2020)
- Öztürk B, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17 1991)
- Öztürk B ve Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2006)
- Öztürk B ve Erdem M R, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2008)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Gezer Ö S, Saygılar Kırıt Y F, Alan Akcan E, Özaydın Ö, Tütüncü E E, Altınok VILLEMIN D ve Tok M C, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Seçkin Yayınları 2020)
- Raz J, 'Legal Principles and the Limits of Law' (1972) 85(5) Yale Law Journal <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6114&context=ylj>> Erişim Tarihi 4 Nisan 2020
- Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)
- Şahin C, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi) (Yetkin Yayınları 2001)
- Şahin C, 'Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi' (1994) 4(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı
- Taner T, Ceza Muhakemeleri Usulü (3. Baskı 1955)
- Tezcan D, 'Bir Adli Organ Olarak Savcılık' (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 110, TBB İHAUM Dizisi 6, 2006)
- Tezcan D, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2003)
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku (20. Baskı, Savaş Yayınevi 2020)
- Tosun Ö, Ceza Davasının Açılmasında Sistemler (1969) 34(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- Töngür A R, 'Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008)

- Turhan F, Ceza Muhakemesi Hukuku (Asil Yayınevi 2006)
- Uğur H, 'Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine' (2007) (73) Barolar Birliği Dergisi, 256- 288
- Umur Z, Roma Hukuku Ders Notları (1. Baskı, Beta Yayınları, 1999)
- Üçok C ve Mumcu A ve Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2006)
- Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku. (17.Baskı, Adalet Yayınları 2020)
- Yenidünya A C, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi' (2004) (60) E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi
- Yenisey F ve Nuhoğlu A. Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayınları 2020)
- Yenisey F, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1. Baskı, Beta Basım Yayım 1987)
- Yenisey F ve Oktar S ve Oktar A, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, StrafprozeBordnung (StPO-RiStBV) (3. Baskı, Beta Yayınları, 2020)
- Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku. (16. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Yücel M T, 'Kamu Davası Açılmasında Japon Modeli' (1992) 4 Yargıtay Dergisi, 476-485
- Zoroğlu Emed Ç ve Kolcuoğlu U ve Köymen E ve Kuranel P ve Özbek S ve Üçer K, 'Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi' Alparslan Ş ve Hergüner Ü ve Kızıler Kaledelen H ve Ökten I (eds) <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/federal_yargi.pdf> Erişim Tarihi 15 Ekim 2020



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ÇEVİRİ MAKALESİ / TRANSLATION ARTICLE

MODERN DEVLETLERİN OLUŞUM SÜRECİNDE SIĞINMA HAKKI- KISA TARİHİ YOLCULUK

Antonín LOJEK *, (Çev.) Ridvan AKIN **

ÖZET

Bu makale, modern devletlerin oluşmaya başladığı erken modern dönemde hukuki bir kurum olarak sığınma hakkını ana hatlarıyla açıklamaktadır. Kilise sığınması ve genel olarak kilise hukuk sistemi ile devletin laik gücü arasındaki dinamik mücadeleye özel önem verilmektedir. Sığınma hakkının belirli nitelikleri ve zaman içindeki gelişimi, sığınma teriminin ve içeriğinin anlaşılması, sığınma hakkının yasal sürekliliği, sığınma verilen koşullar ve farklı sığınma türleri şeklinde değişik bakış açılarıyla incelenmektedir. Bu durum genel gözlemler ve belirli tarihsel örnekler ve referanslarla desteklenmektedir.

Anahtar Kelimeler Sığınma, Sığınma Hakkı, Kilise Sığınması, Erken Modern Dönem, Diplomatik Sığınma.

THE RIGHT OF ASYLUM IN THE PERIOD OF MODERN STATES FORMATION – SHORT HISTORICAL EXCURSION

Antonín LOJEK, (Çev.) Ridvan AKIN

ABSTRACT

This article outlines the right of asylum as a judicial institute in the early modern period, when modern states have been forming. Special attention is given to the dynamic struggle between the church asylum, as well as the church judicial system in general, and the state's secular power. Specific attributes of the right of asylum and its evolution in time are studied from different viewpoints; understanding of the term and its content, legal continuity of the right of asylum, conditions, under which asylum was granted and the different forms of asylum. General observations and supported by specific historical examples and references.

Keywords Asylum, Right of Asylum, Church Asylum, Early Modern Period, Diplomatic Asylum

* Makalenin yayımlandığı yer: Antonin Lojek, 'The Right of Asylum in the Period of Modern States Formation – Short Historical Excursion' (2012) 2(3) The Lawyer Quarterly, 225-229. Kaynak: <<https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/45/36>> Erişim Tarihi 01 Mart 2021 Çeviri için izin veren makalenin müellifi Dr. Antonin Lojek'e ve dergi editörü Alžběta Krausová'ya teşekkürü borç bilirim.

** Araş. Gör., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, rakin@fsm.edu.tr, ORCID 0000-0001-8061-4085



SUNUŞ

İlk bakışta sığınma, tüm toplumlarda, dinlerde, medeniyetlerde ve hukuk sistemlerinde var olan bir sistem, kavram ve gelenektir. İnsanların yerinden edilme olgusu (özellikle de zorla yerinden edilme), biyosferdeki insanın varlığı kadar eskiye dayanır. Sığınma olgusunun tezahürü, ister ulusal nitelikte isterse de uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalardan, insan hakları ve temel özgürlüklerin büyük çaplı ihlallerine oradan da doğal afetlere kadar değişen çeşitli nedenlerden dolayı zaman içinde değişmiştir.¹ Sığınma kavramsal olarak, zayıfları güçlülerden korumanın sadece dürüstlerin ahlaki bir görevi olmadığını, aynı zamanda adalet duygusunun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu ve medeni toplumda kaba gücün yerini alan hukukun bir direği olduğunu ifade ediyor². Dini bir emir olarak sığınma, tarihsel olarak bilinen ve uygulanan eski bir kurumdur. Bununla birlikte, sığınmanın yasal bir kurum olarak önemi, hukuk ve uygulamada yüzyıllardır tanınmasının çok ötesine geçmektedir. Bu tanımın yansıttığı şey, hem bireyler hem de toplumlar açısından insan davranışına ilişkin en eski normların köklerini bulan sığınmanın normatif karakteridir³. Çevirisini ele aldığımız bu metin, özellikle erken modern dönem öncesi dinsel karakter gösteren kilise sığınmasının nasıl gerçekleştiğini, kiliseye kimlerin hangi gerekçelerle sığınabileceğini, kilise sığınmasının niteliğini kısa ve öz biçimde ortaya koymaktadır. Ayrıca bu makale modern çağ öncesi ve sonrasında sığınma anlayışının bakış açısının ne yönde değiştiğini, çeşitlenen sığınma biçimlerinin hangisinin geçerliliğini sürdürdüğünü örneklerle açıklığa kavuşturmaktadır.

I. GİRİŞ

Modern hukuk devletlerinin temelleri ve modern insan hakları kavramı erken modern döneme uzanmaktadır. O dönemin sığınma hakkını ele alırken, bu dönemde oluşum sürecinden geçen modern devletlerdeki bu hakkın mahiyetiyle kesinlikle ilgileneceğiz. O dönemin sığınma hakkının birçok şekli olduğunu söyleyebiliriz; sığınma hakkı açıktı, ama aynı zamanda ikircikliydi, birtakım sorun ve çatışma yükü barındırıyordu.⁴

¹ Ahmed Abou ve El Wafa, 'The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law: Consequences for the Present Refugee Crisis' (2016) 19(1) Max Planck Yearbook of United Nations Law Online 305

² John Psaropoulos, 'Sanctuary and Civilization' (2020) 128 (2) Sewanee Review 249

³ Maria Teresa ve Gil Bazo, 'Asylum as a General Principle of International Law' (2015) 27 (1) International Journal of Refugee Law 27, 18

⁴ Bkz. Antonin Lojek, 'České azylové právo 16. až 18. století, Kořeny pozdější úpravy nebo možná inspirace pro současnost [Czech Right of Asylum in 16th through 18th Centuries, Roots of Later Amendments or Possible Inspiration for Today] (2011 Praha) Prameny a nové proudy právní vědy

Görünüşe göre en büyük çatışma, Kilise ile yeni kurulan modern devlet arasındaki iktidar mücadelesiydi. Kilise sığınmasının, hukuk devleti ilkesine zarar verdiğini ve bu nedenle devletin Kilise sığınmasını sınırlamak ve hatta kaldırmak için Kilise'ye daha fazla baskı uygulamaya başladığını iddia eden argümanlar öne sürülmektedir.⁵

Bu iktidar mücadelesi, sığınmacıların devlet yetkililerine teslim edilmesi sürecinde de görülebilir. Kilise hukukuna göre, bir kilise sığınması gerçekleştiren sığınmacılara, sözgelimi kilise binalarını kapatarak, yiyecek, su olmadan onları aç bırakarak, onların mallarına el koyarak veya onları ele geçirmek için güç kullanarak baskı yapılmasına izin verilmezdi. Kilise, devlet oluşumunun ilk aşamalarında bu tür eylemlere suçluları aforoz ederek tepki gösterdi. Çünkü bu tür durumlar kilise nezdinde “kutsal” bir yerin ihlali olarak algılandı.⁶

Bu çatışma, Kilise'nin bir sığınmacının teslim edilip edilmeyeceğine veya cezalandırılıp cezalandırılmayacağına karar verme hakkını talep eden kendi hukuk sistemine sahip olmasıyla daha da şiddetlendi. Başlangıçta Kilise'nin ağır suçlar işleyenlerle vergi borçluları gibi hafif suçlardan yargılananlar arasında ayırım yapmayacağı söylenmelidir. Dolayısıyla Kilise tarafından sunulan sığınma koruması aslında çok geniş bir temele sahipti.

O zamanlar sadece masum kaçaklar değil, suç işleyen suçlular da sığınma korumasından yararlanabildiği için, devlet, sadece sığınma hakkının suçlular tarafından kötüye kullanılmasını önlemek için değil, aynı zamanda güvenliği artırmak ve kamu için zararlı olan fiilleri önlemek için kilisenin yargı yetkisini azaltma ve onu devletin ceza yargılama yetkisi ile değiştirme eğilimindeydi.

Yukarıdaki nedenlerden dolayı, yeni kurulan modern devletler, yalnızca kilise sığınma biçimini değil, aynı zamanda diğer rakip biçimleri de sınırlandırarak egemenliklerini ve devletin iktidar üzerindeki tekeli ilerletmeye başladılar.

Sığınma koruması alanında devletler, temelde bireysel sığınma biçimlerinin yerini alan ve siyasi mültecilere yönelik uluslararası sığınma hakkını sınırlayan sınırsız devlet tekeli yaratmaya çalıştı.

⁵ Markus Babo ve Kirchenasyl Kirchenhikesie, Zur Relevanz eines historischen Modells im Hinblick auf das Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland (Eichstätt 2003) 111

⁶ Georg Flor, Asylrecht von den Anfängen bis heute (Berlin 1988) 137

II. SIĞINMA KORUMASINDAKİ TARİHSEL FARKLILIKLARA İLİŞKİN BAKIŞ AÇILARI

Modern sığınma korumasına odaklanan uzmanlar, onun tarihsel özelliklerini kesinlikle ilginç bulacaktır. Bu özellikler birkaç bakış açısından algılanabilir.

Sığınma Anlayışına Bakış

"Sığınma" kelimesinin başlangıçtaki anlamının mekânsal olarak tanımlandığı tarihsel olarak kanıtlanmıştır. Bu orijinal mekânsal duyu, erken modern dönem için de karakteristiktir. Sığınma, bir kaçağın, takipçisinin şiddetinden veya intikamından korunabileceği bir yer veya binaydı⁷.

Bugün sığınma bir mekân olarak değil, kabul edilen kişiye verilen koruma olarak anlaşılıyor, ancak İngiliz dili kelimenin her iki anlamını da hâlâ kabul ediyor. 20. yüzyılın ikinci yarısında Uluslararası Hukuk Derneği'nin bir toplantısında bu sorunun yoğun bir şekilde tartışıldığını ve bu yolda oluşturulan özel bir kurulun çoğu üyesinin, sığınmanın mekânı tanımlamak için kullanılan hukuk terminolojisinde olabileceği sonucuna vardığını belirtmekte fayda var. Sadece genel oturum sırasında zıt tez üstün geldi⁸.

Bugün sığınmayı bir mekân olarak değil, belirli yerlerde veya bölgelerde verilen koruma olarak anlıyoruz.

Sığınmanın Sürekli Olup Olmamasına İlişkin Bakış

Bu dönemdeki sığınma korumasının gelişimi, istikrarsız olarak nitelendirilebilir, ancak önceki döneme ilişkin devamlılık gösteren bağlantıları vardır. Bununla birlikte, genel olarak, yasal düzenlemelerle sığınma vermenin olası nedenlerinin sınırlandırılması ve ortadan kaldırılması nedeniyle bireysel kategorilere verilen sığınmada istikrarlılık bulunmamaktaydı.

Yönetici ayrıcalıklarına dayanan laik düzende sığınma biçiminde belirli bir devamlılık korunur. Bu ayrıcalıkların onay istendiği takdirde her yeni yönetici tarafından onaylanması gerekiyordu, aksi takdirde bu haklar "ortadan kalkmış", yani süresi dolmuş sayılırdı.

⁷ Max Löhr, Das Asylwesen im alten Testament (Halle 1930) 177

⁸ Otto Kimminich, Grund probleme des Asylrechts (Darmstadt 1983) 2

Sığınma Nedenlerine Bakış

Modern devletlerin oluşum döneminde sığınma sağlamak için çeşitli nedenler kabul edilebilirdi. Erken modern dönem sığınma uygulamalarında kasten adam öldürme(*murder*)⁹, genel olarak öldürme (*homicide*)¹⁰, dolandırıcılık, hırsızlık, firar, borç, serserilik, yoksulluk, iflas, zina, kundakçılık vb. gibi sığınma nedenleri buluyoruz. Bununla birlikte, zaman içinde devletler ve kilise, belirli kategorilerdeki kişileri sığınma alanından kademeli olarak uzaklaştırdı. Örneğin, ceza hukukuna ilişkin kanunlar, bazı dışlanmış sosyal grupları yoksulluk ve serserilikle suçladı¹¹.

Sığınma Sağlamaya Bakış

Bu dönemde sığınma sağlama, farklı sığınma yerlerinin ikircikli insani, dini, ekonomik ve politik nedenlerine bağlıydı. Sığınma hakkı, papalık anayasaları, papanın mühürlü emirnameleri, konsey meclislerinin ilke kararları gibi kilise hukuk standartlarında ve aynı zamanda kanunnameler, imtiyazlar, tebliğler ve ayrıcalıklar gibi laik hukuk standartları alanında da değiştirildi.¹²

Bu dönemdeki sığınmayı, özellikle himaye edici belge şeklinde yer tarafından verilen sığınma -mahalinde sığınma, bir kişi tarafından verilen sığınma - kişisel sığınma, bundan başka belirli bir zaman sınırına göre verilen sığınma – zaman bakımından sığınma, şeklinde farklılaştırıyoruz. Bu nedenle, sığınma hakkının bireysel biçimlerinin belirli ortak niteliklere sahip olduğunu söyleyebiliriz; yer, kişi ve zaman.

Kilise sığınma hakkı, kiliseleri ve bitişik binaları, manastırları ve manastır çevresini, papazların, piskoposların ve daha yüksek kilise görevlilerinin evlerini, mezarlıkları, ruhban okullarını sığınma yeri olarak kabul etti¹³. İsviçre'de sığınma yerleri de "Özgürlük (*Freiheit*)" yazılı haçlardı. Bu haça dokunan veya koruma yarıçapı içinde olan kimse, bu alandan zorla

⁹ Çeviren notu: *Murder* suçu yalnızca bir kişinin bir başkasını kasten öldürdüğü durumlarda gündeme gelmektedir. Bir kişinin bir başkasını kasten öldürmediği durumlarda, suç taksirle adam öldürmedir (*manslaughter*). Roger LeRoy Miller ve Mary Meinzinger, *Paralegal Today: The Essentials* (2014 6. Baskı) 43; Anglo sakson hukuk sisteminde "*murder*" ve "*manslaughter*" kişiye karşı işlenen suçlar olarak kabul edilir. Connie Farrell Scuderi, *Introduction to Law & Paralegal Studies* (2007 McGraw-Hill) 48

¹⁰ Çeviren notu: Her türlü öldürme fiilinin-hukuka uygun olanlarda dahil gerçekleştirilmesi durumudur. Bir *homicide*'in mutlaka suç olması gerekmemektedir. İntihardan kürtaja, idamdan ötenaziye kadar geniş bir alanı kapsamaktadır. Edward Nolfi, *Legal Terminology Explained* (2008 McGraw-Hill Higher Education) 308-309

¹¹ Karl Härter, *Vom Kirchenasyl zum politischen Asyl: Asylrecht und Asylpolitik im frühneuzeitlichen Alten Reich* (Das Antike Asyl, Köln 2003) 303

¹² *ibid* 304

¹³ Bkz. Denise Marcelle Bindschedler-Robert, *Kirchliches Asylrecht (Imunitas ecclesiarum localis) und Freistätten in der Schweiz* (Zürich 1906) 36; Härter, (n 11) 305; Flor, (n 6) 129

alınmazdı¹⁴. Kişisel sığınma, bir kilise yetkilisi tarafından temsil edilir - özellikle piskopos veya başrahip.

Genel bir Kilise müessesesi tarafından sağlanan zamansal sığınma veya zaman korumasına gelince, din adamları, hacılar, tüccarlar, kadınlar, çocuklar vb. gibi belirli kişi kategorilerini koruyan Tanrı Barış ve Ateşkesi (*Pax Dei*) idi. *Pax Dei*, Kilise laneti tehdidi altında bu kişilere yönelik şiddeti yasakladı. Zamanla *Pax Dei*'nin yerini "toprak barışı" aldı (Kilise'den laik otoriteye geçiş). Bu tür barışlar, belirli günlerde, bayramlarda ve zaman dilimlerinde kişileri bireysel olarak korumuştur¹⁵.

Örneğin, diplomatik sığınma hakkı durumunda, sığınma yeri büyükelçinin ve diğer bitişik binaların, makam arabasının ve hatta tüm diplomatik mahallelerin (Paris, Madrid ve Roma'da olduğu gibi) binasıydı. Egemen bir devletin yöneticisini temsil eden büyükelçiye kişisel sığınma verilir.¹⁶

Ve diğer sığınma hakkı biçimlerinin bireysel özelliklerini tanıtmaya devam edebiliriz.

Sığınma Biçimlerine Bakış

Bu dönemde sığınma hakkının tamamen farklı birkaç biçimi yan yana var oldu. İki temel biçim olarak Kilise tarafından tanınan sığınma hakkı ve laik düzende tanınan sığınma hakkıydı, ancak o dönemde oluşmakta olan siyasi sığınma hakkının bir kolu olarak görülen diplomatik sığınma hakkı, ulusal ve dini azınlıklar için sığınma hakkı, asker kaçakları için sığınma hakkı gibi başka belirli biçimler de vardı. Bu iltica türleri, görece önemi ve gelişim dinamikleri açısından farklıydı.

Sığınma hakkının önemine daha yakından bakalım; örneğin Kilise sığınması, acımasız ceza adaleti sisteminin önemli bir tazminiydi; idam cezalarını, potansiyel olarak haksız hapis cezalarını, işkenceyi önledi ve laik devlet makamlarınca af, cezanın azaltılması ve kefaletle tahliye edilme gibi yeni hukuk kurumlarının kurulması belirli etik ilkelerin uygulanması ve bunlara saygı gösterilmesi açısından faydalı oldu¹⁷.

Öte yandan, örnek verecek olursak diplomatik sığınma, başka bir devletin ülke dışı yargı yetkisini kullanmasını temsil ettiği için önemliydi. Bu hukuki kurguya göre, elçiliğin temsil

¹⁴ Hans Fehr, *Das Recht im Bilde* (Erlenbach-Zurich 1923) 92

¹⁵ Compare Stanislav Balík, *Právní dějiny evropských zemí a USA* [Legal History of the European Countries and the USA] (Plzeň 1999) 138

¹⁶ Carrie Heiko, *Das diplomatische Asyl im gegenwärtigen Völkerrecht* (Baden-Baden 1994) 31

¹⁷ Lojek, (n 4) 65

edilen devletin bir parçası olması sebebiyle, kaçak durumunda olan kişi kabul eden devletten ziyade temsil edilen devletin yargı yetkisine tabi idi.¹⁸

Ve bu, bir suçun cezai özünün farklı şekilde anlaşıldığı ülkesel siyasi sığınma kavramının idrâk edilmesinin kökenleri ve temeli olabilir; başka bir deyişle, bir devlette siyasi suç gibi görünen şey, başka bir devlette siyasi suç olarak anlaşılmamış ve kınanmamış olabilir. Bu noktada kısaca değinelim ki, belirli bir sığınma biçimi olan siyasi sığınma, genel suçlardan ziyade siyasi suçlara odaklanır ve bu nedenle genel suç işleyen zanlıların durumunun kötüleşmesine yol açar¹⁹.

Gelişmenin dinamikleri, aslen büyükelçiyi ve onun kişisel ve maddi ihtiyaçlarını, yani büyükelçiye eşlik eden -mahiyeti(*cohort*)²⁰, arabaları (*carriages*) ve seyahat notlarını(*itinerary*) korumayı amaçlayan diplomatik sığınma hakkının özel durumu gösterilebilir.

Bununla birlikte, bu dönemde sığınma, elçiliğin ve büyükelçinin diğer binalarının, hatta bazen tüm diplomatik binaların da dahil edilmesi için genişletildi.

Dinamikler, 1648'de Vestfalya Barışına kadar büyükelçilerin geçici olarak atanmasında da görülebilir. Sonraki dönemde bu durum değişti ve yavaş yavaş yabancı devletlerde daimi büyükelçiliklerin kurulduğunu görüyoruz²¹. Daha önce de bahsettiğimiz gibi, bu, diplomatik sığınmanın önemli ölçüde genişlemesine yol açıyor ve bu daha sonra sadece laik düzende değil – hükümdara karşı hükümdar, aynı zamanda Kilise ile laik yöneticiler arasındaki çatışmalara da yol açıyor²².

Öte yandan, biz bu sürenin sonunda üç asırlık kısa bir dönemden bahsediyoruz ki, bu tür bir sığınmaya, artık müsamaha gösterilmediği, diplomatik dokunulmazlık (*extritoriality*)²³

¹⁸ August Bulmerincq, *Das Asylrecht in seiner geschitlichen Entwicklung* (Wiesbaden 1970) 126-127

¹⁹ Herbert Reiter, *Politisches Asyl im 19. Jahrhundert* (Berlin 1992) 19 vd

²⁰ Çevirenin notu: Latince kökenli bir kelime olup, MÖ 218 ila 201 arasındaki İkinci Pön Savaşı/Kartaca Savaşları sırasında veya MÖ 107'de Gaius Marius'un reformlarını takiben bir Roma lejyonunun temel taktik birimidir. Bir cohort yaklaşık 480 erkekten oluşuyordu ve bir adam tarafından komuta ediliyordu. [https://military.wikia.org/wiki/Cohort_\(military_unit\)](https://military.wikia.org/wiki/Cohort_(military_unit)), Erişim Tarihi 13 Haziran 2021 Makale kapsamında dokunulmazlıktan yararlanacak kişiler olarak mahiyeti şeklinde çevrilmesi yerinde olacaktır.

²¹ Karolina Adamová, *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě* [History of the Public Law in Central Europe], (C.H.Beck, Praha 2000, 1. Baskı) 84

²² Irena Klepper, *Diplomatisches Asyl, Zulässigkeit und Grenzen*, Frankfurt am Mein (2009) 1

²³ *Exterritoriality*/, *Exterritoriality* diplomatik binalar gibi kuruluşların dokunulmazlığını açıklamak için kullanılan bir kurgudur ve bir doktrin olarak modern uluslararası hukukta neredeyse evrensel olarak reddedilmektedir. C. Neale Ronning, *Diplomatic Asylum Legal Norms And Political Reality In Latin American Relations* (Martinus Nijhoff / The Hague / 1965) 6

işlevi reddedildiği ve yerini görevsel/işlevsel bağlılık aldığı için büyük ölçüde kaybolma noktasına kadar sınırlıydı²⁴.

III. SONUÇ

Sığınma hakkının bazı tarihsel biçimleri, örneğin daha önce bahsedilen diplomatik sığınma biçimi gibi, 20. ve 21. yüzyıllarda yeniden ortaya çıktı. Diplomatik sığınma, 20. yüzyılda ABD tarafından Macaristan'daki devrimci olaylar sırasında kullanıldı. 1959'da Budapeşte'deki ABD büyükelçiliğine sığınan ve Vatikan'a güvenli geçişi sağlanana kadar 15 yıllığına diplomatik sığınma verilen Kardinal Josef Mindszenty'nin durumundan bahsedebiliriz.²⁵.

Ayrıca 1989 yılında Doğu Almanya vatandaşlarının Prag'daki Batı Almanya büyükelçiliğine kitlesel hareketi ile bağlantılı olarak diplomatik sığınma hakkında konuşabiliriz.

Diplomatik sığınma belli bir ölçüde günümüze kadar varlığını sürdürmekte; uluslararası hukukta hiçbir desteği olmamasına rağmen Güney Amerika devletlerinde hoş görülmektedir. Bugünlerde, bazen kiliselerde ya da Kilise sığınma evindeki papaz evlerinin bodrum katlarında yaşayan insanları duyuyoruz ve devlet yetkilileri, çoğu durumda yasal olsa da, onları yakalamak için polis gücü kullanmak konusunda genellikle isteksizdirler²⁶.

Bugün bu “kilise sığınması”, geçerli izni olmayan yabancıların sınır dışı edilmesini önlemek için Kilise binalarında saklandıkları bir duruma da atıfta bulunmaktadır. Bu tür kilise sığınması, genellikle mevcut yabancı yasalarına karşı protestoları dile getirmek veya mültecilerin evsiz kalmasını önlemek için kullanılır.²⁷

Bu tarihsel biçimin önemli ölçüde yayılması, kilisenin birçok durumda koruma sağlamasıyla birlikte, kilise sığınmasının belirli bir rönesansını gördüğümüz 1980 yılına dayanmaktadır. Bu, bazı Avrupa devletlerinde modern kilise sığınmasının meşruiyeti hakkında bir tartışmayı teşvik etmiştir²⁸.

²⁴ Kıyasla Otto Kimminich ve Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht (Tübingen 2000) 316; Dalibor Jílek, Odpověď mezinárodního práva na hromadné uprchlictví [Response of the International Law to Mass Refugee-seeking] (Brno 1996 1. Baskı) 45

²⁵ Kay Hailbronner, Asylrecht und Völkerrecht (Baden-Baden 1980 Cilt 1) 75

²⁶ Matthias Morgenstern, Kirchenasyl in der Bundesrepublik Deutschland (Wiesbaden 2003)

²⁷ ibid

²⁸ ibid

KAYNAKÇA

- Abou A ve Wafa E, 'The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law: Consequences for the Present Refugee Crisis' (2016) 19(1) Max Planck Yearbook of United Nations Law Online
- Adamová K, Dějiny veřejného práva ve střední Evropě [History of the Public Law in Central Europe], (C.H.Beck, Praha 2000, 1. Baskı)
- Babo M ve Kirchenhikesie K, Zur Relevanz eines historischen Modells im Hinblick auf das Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland (Eichstätt 2003)
- Balík S, Právní dějiny evropských zemí a USA (Plzeň 1999)
- Bindschedler-Robert DM, Kirchliches Asylrecht (Imunitas ecclesiarum localis) und Freistätten in der Schweiz (Zürich 1906)
- Bulmerincq A, Das Asylrecht in seiner geschitlichen Entwicklung (Wiesbaden 1970)
- Fehr H, Das Recht im Bilde (Erlenbach-Zürich 1923)
- Flor G, Asylrecht von den Anfängen bis heute (Berlin 1988) 137
- Hailbronner K, Asylrecht und Völkerrecht (Baden-Baden 1980 Cilt 1)
- Härter K, Vom Kirchenasyl zum politischen Asyl: Asylrecht und Asylpolitik im frühneuzeitlichen Alten Reich (Das Antike Asyl, Köln 2003)
- Heiko C, Das diplomatische Asyl im gegenwärtigen Völkerrecht (Baden-Baden 1994)
- Kimminich O, Grund probleme des Asylrechts (Darmstadt 1983)
- Kimminich O ve Stephan H, Einführung in das Völkerrecht (Tübingen 2000)
- Klepper I, Diplomatisches Asyl, Zulässigkeit und Grenzen, Frankfurt am Mein (2009)
- Lojek A, České azylové právo 16. až 18. století, Kořeny pozdější úpravy nebo možná inspirace pro současnost (2011 Paraha) Prameny a nové proudy právní vědy
- Löhr M, Das Asylwessen im alten Testament (Halle 1930)
- Miller RR, ve Meinzinger M, Paralegal Today: The Essentials (2014 6. Baskı)
- Morgenstern M, Kirchenasyl in der Bundesrepublik Deutschland (Wiesbaden 2003)
- Nolfi E, Legal Terminology Explained (2008 McGraw-Hill Higher Education)
- Psaropoulos J, 'Sanctuary and Civilization'(2020) 128 (2) Sewanee Review
- Reiter H, Politisches Asyl im 19. Jahrhundert (Berlin 1992)
- Ronning CN, Diplomatic Asylum Legal Norms And Political Reality In Latin American Relations (Martinus Nijhoff / The Hague / 1965)
- Scuderi CF, Introduction to Law & Paralegal Studies (2007 McGraw-Hill)
- Teresa M ve Bazo G, 'Asylum as a General Principle of International Law' (2015) 27 (1) International Journal of Refugee Law 27

TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2021 Haziran Cilt: 2 Sayı: 1

