

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ocak 2022 • Sayı 49 • Yıl:13



yayin.taa.gov.tr

49



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

49

YIL: 13 - SAYI: 49 - OCAK 2022
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Doç. Dr. Servet ALYANAK / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Doç. Dr. Servet ALYANAK
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER
Türkiye Adalet Akademisi

Ahlathıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

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

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

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

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUŐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HÜKMÜN
DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI*

*The Right to Request and Limit the Right to Audit the Provision
According to the Constitutional Court*

F. Ebru GÜNDÜZ - Hakan GÜNDÜZ s. 1-28

KASTEN YARALAMA SONUCU YÜZDE SABİT İZE NEDEN
OLMA (TCK m.87/1-C)

*Causing Permanent Scar on Face as a Result of Intentional Injury
(Turkish Penal Code Art.87/1-C)*

Seydi KAYMAZ s. 29-52

YABANCILIK UNSURU İÇEREN RESMÎ VASIYETNAMELERE
UYGULANACAK HUKUK

Law Applicable to Official Wills Involving Foreign Elements

Furkan OLGAÇ s. 53-84

BONZAI: UYUŞTURUCU MADDE TİCARETİ SUÇUNDA
SENTETİK KANNABİNOİDLER

*Bonzai: The Sentetic Cannabinoids of Narcotic in the Crimes of Drug
Traffics*

Uygun MEYDAN s. 85-114

ÇATIŞMA BÖLGELERİNİN YENİ AKTÖRÜ ÖZEL ASKERİ
ŞİRKETLER

New Actor of Conflict Zones Private Military Companies

Ahmet Salih ASLAN s. 115-140

SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ DAVASI

Declaratory Judgment Action to Determine the Insurance Start Date

Bahar KILINÇ s. 141-164

DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI BAKIMINDAN ZEHİRLİ
AĞACIN MEYVESİ DOKTRİNİ

*The Fruit of the Poisonous Tree Doctrine in Terms of Evidence
Evaluation Prohibitions*

Hamid KÖSE s. 165-202

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE DEVLET LEHİNE MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER <i>Observations on Moral Damages in Favour of States in International Investment Arbitration</i>	
M. Üzeyir KARABIYIK	s. 203-218
YARGITAY KARARI İNCELEMESİ: KAMBIYO SENETLERİNDE KORKUTMA DEF'İ VE CEBİR <i>An Analysis of a Court of Appeals Judgment: Argument of Threat and Force in Bills of Exchange</i>	
Gülay BALIKÇI	s. 219-244
İPOTEKLİ GAYRİMENKULLERİN CEBRİ SATIŞLARINDA YENİ MALİKİN EMLAK VERGİSİ AÇISINDAN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU: BELİRLİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME <i>New Owner's Joint Liability From Estate Tax in the Forced Foreclosure of Mortgage: An Assessment According to the Clarity Principle</i>	
Yıldırım TAYLAR - Emine Sevcan ARTUN	s. 245-264
BİR TRİYAJ KANUNUNA İHTİYAÇ VAR MI? <i>Is There a Need for a Triage Code?</i>	
Güneş ÇAP	s. 265-288
TANIK LİSTESİ SUNULMASI <i>Witness List Presentation</i>	
Mehmet TURAN	s. 289-322
ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT <i>Withdrawal From Ordinary Concordat Claim</i>	
Mehmet Ünsal CANDEMİR	s. 323-348
ULUSLARARASI HUKUK, AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA İLTİCA TALEPLERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI <i>Registration of Asylum Applications in International Law, European Union Law and Turkish Law</i>	
Meltem İNELİ CİĞER Mehmet Ali KÜÇÜKÇAVUŞ	s. 349-370

EVLİLİK ARABULUCULUĞU

*Marital Mediation***Erhan FIRAT** s. 371-388EVLENME YOLU İLE TÜRK VATANDAŞI OLMA TALEPLERİNDEN
DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN YARGILAMALARDA MİLLİ
GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ KISTASI*The Criterion of National Security and Public Order in Proceedings
Regarding Disputes Arising From The Demands of Becoming Turkish
Citizen by Way of Marriage***Fatma Elif ÇELİK** s. 389-424ALMAN CEZA KANUNU'NDA KURALA İLİŞKİN ÖRNEKLER
MÜESSESESİ: KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN BİR
DEĞERLENDİRME*An Evaluation in Terms of the Principle of Legality: The Institution of
Examples of the Rule in the German Criminal Law***Soner DEMİRTAŞ** s. 425-454TÜRK HUKUKUNDA KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETMEK
FİİLİNE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE
SORUNLARI*The Historical Development and Problems of the Sanctions Implemented
in Turkish Law Against Dud Cheque***Safa ERŞAN** s. 455-490MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI VE
TÜRLERİ*Definition, Establishment and Types of Deposit Agreement***Beyza ER** s. 491-516

SUÇ UYDURMA SUÇU (TCK m. 271)

*The Crime of Fabricating an Offence***Burak TAŞ** s. 517-550UNUTULMA HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞ SERÜVENİ VE
KAPSAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ*An Evaluation of the Emerging Process and the Scope of the Right to be
Forgotten***Abdurrahim ÇINAR** s. 551-584

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİNİN SİGORTA ETTİRENİN RİZİKONUN
GERÇEKLEŞMESİNDEKİ KUSURUNUN ETKİSİNE DAİR E. 2016/646 K.
2016/1427 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ

*Review of the Decision Numbered C. 2016/646 D. 2016/1427 by
Supreme Court 17. Civil Chamber on the Effect of Insurant's Fault in
Accruement of Risk*

Furkan EMİRALİOĞLU s. 585-608

BANKACILIK ZİMMETİ SUÇU

Crime of Banking Embezzlement

Onuralp ATAY s. 609-640

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN TUTUKLAMA KARARI
VERME YETKİSİ

*To be Handled of Make an Arrest Warrant Dispute in Regional Courts of
Justice*

Uğur AŞKIN s. 641-670

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI*

*The Right to Request and Limit the Right to Audit
the Provision According to the Constitutional Court*

F. Ebru GÜNDÜZ - Hakan GÜNDÜZ*****

Özet

Kişinin, hakkında verilmiş bir mahkeme kararına karşı bu kararın bir başka yargı merci tarafından denetlenmesi için başvurabilmesi, kanun yolu olarak adlandırılmaktadır. Kişinin bu imkana sahip olması, hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bununla beraber Yasa Koyucu tarafından usul ekonomisi ilkesi gereğince bazı mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırıldığı görülmektedir. Farklı kanunlardaki ilk derece mahkemelerinin kararlarının kesin olduğuna veya mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurma imkânının bulunmadığına ilişkin düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin norm denetimine konu olduğu gibi; bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarda, kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan pek çok kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu konuya ilişkin son yıllarda yapmış olduğu denetimlerde “hükmün denetlenmesini talep etme hakkı” kavramını kullanarak, bu hakka orantısız bir sınırlama getiren kanun hükümlerinin iptaline karar vermiştir. Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin değerlendirmeleri ve kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılmasının sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, kanun yolu, iki dereceli yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, usul ekonomisi.

Abstract

It is called legal remedy when a person can apply against a court decision given to have this decision audited by another judicial authority. Having this opportunity is a requirement of the freedom to seek rights and the right to a fair trial. However, it is seen that the lawmaker restricts the right to apply for legal remedies against some court

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Bu çalışma, 06.04.2021 tarihinde Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklere Kamusal Bakış” isimli Sempozyumda; F. Ebru Gündüz tarafından yapılan “Anayasa Mahkemesi’ne Göre İki Dereceli Yargılanma Hakkı (Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı)” başlıklı sunumun yazarlarca genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.

** Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, fegunduz@ybu.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-7721-9444>

*** Dr. Öğr. Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hakan.gunduz@hku.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-2437-8329>



decisions in accordance with the principle of procedural economy. The regulations stating that the decisions of the courts of first instance in different laws are final or that there is no possibility of appealing against the court decision are subject to the norm review of the Constitutional Court; It has also been the subject of individual application decisions. The Constitutional Court, in its decisions on various dates, has decided that many legal provisions limiting the right to apply for a legal remedy are not unconstitutional. However, the Constitutional Court has decided to annul the provisions of the law, which imposes a disproportionate restriction on this right, by using the concept of “the right to request an audit of the provision “ in the audits it has carried out in recent years on this issue. In our study, the evaluations of the Constitutional Court on this issue and the results of the restriction of the right to apply for a legal remedy were examined.

Keywords: The right to request an audit of the provision, legal remedy, right to a two-day trial, freedom to seek remedies, right to a fair trial, procedural economy.

GİRİŞ

Devletin fonksiyonlarından bir tanesi olan yargı fonksiyonu, Anayasa'nın 9. maddesinde ifade edildiği gibi “*Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*”. Bağımsız ve tarafsız mahkemeler yargı yetkisini, önelere gelen davalar aracılığı ile kullanırlar¹. Dava açılmasının bir sonucu olarak mahkeme, açılmış olan dava ile ilgili bir karar vermek zorundadır. Nitekim Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*” hükmüne yer verilmiştir.

Mahkemeler tarafından uyuşmazlığın sonlandırılması amacıyla usul veya esasa ilişkin verilen kararın birtakım hatalar barındırması mümkündür. Mahkeme kararı herhangi bir hata barındırmasa dahi, taraflar bir hata olabileceği ihtimaline binaen kararın bir başka yargı merci tarafından denetlenmesini isteyebilirler.

Kişinin, hakkında verilmiş bir mahkeme kararına karşı bu kararın bir başka yargı merci tarafından denetlenmesi için başvurabilmesi, hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının da bir gereğidir². Bununla beraber yasa koyucu tarafından bazı mahkeme kararlarına karşı usul ekonomisi gerekçesi ile kanun yoluna başvurma hakkının kısıtlandığı görülmektedir. Kanun yoluna başvurmaya ilişkin yasa ile getirilen bu sınırlamalar, Anayasa Mahkemesinin norm denetimine konu olmuş ve Yüksek Mahkeme bazı kararlarında bu sınırlamaları Anayasa'ya aykırı bulmazken; bazı kararlarında ise Anayasa'ya aykırı oldukları sonucuna ulaşmıştır. Aynı zamanda bir mahkeme kararının

¹ Bu durum “*Davasız yargılama olmaz*” ilkesi ile ifade edilir. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017), s. 780.

² “*...kanun yoluna başvurma hakkı da hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamındadır.*” AYM, E. 2016/19, K. 2016/17, 16.03.2016, §. 7, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

başka bir yargı merciinde incelenmesi hakkına getirilen sınırlama, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi 2018 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan düzenlemeye ilişkin yapmış olduğu somut norm denetimi üzerine verdiği kararında, kanun yoluna başvurma hakkı kavramı yerine “*hükmün denetlenmesini talep etme hakkı*” kavramını kullanarak, bu hakkı sınırlayan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ardından 2020 yılında 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile ilgili olarak benzer bir karara imza atmıştır.

Çalışmamızda konunun niteliğinden kaynaklı olarak önce Anayasa Mahkemesinin kararlarına değinilecek, ardından bu kararlara dayanılarak kavramsal açıklamalarda bulunulacaktır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan kanun hükümlerine ilişkin vermiş olduğu ret kararlarındaki gerekçelerine değinerek, esasen, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa'ya aykırı bir şekilde sınırlandırıldığını kabul ettiği kararlarındaki gerekçeleri üzerinde duracağız. Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili bireysel başvuru kararlarındaki yaklaşımına da yer verilerek, Yüksek Mahkemenin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı kavramına verdiği anlam ile kanun yoluna başvurma hakkı kavramı arasındaki ilişkiye değinilecek; son olarak da kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılmasının özellikle ceza yargılaması alanındaki görünümünün kişi hak ve hürriyetlerine etkisi ele alınacaktır.

Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin somut norm denetiminde Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesinde bulunduğu 2018 ve 2020 yıllarındaki kararlarından biri ceza hukuku, diğeri de idare hukuku ile ilgili olduğu için çalışmamızda konu, bu hukuk dalları ile sınırlı olarak ele alınacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKINI SINIRLAYAN KANUN HÜKÜMLERİNİN ANAYASA'YA AYKIRI OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLDİĞİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların kesin olduğu yönünde düzenlemeler içeren kanun maddelerinin Anayasa'ya aykırılık iddialarını incelediği pek çok kararında, bu yasa maddelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına konu olan bu kanun hükümlerini ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk değerlendirmesi yaptığı bu kararlarının gerekçelerini kısaca inceleyeceğiz.



Anayasa Mahkemesinin iptal istemini reddettiği bu kararlarda dayandığı gerekçeler büyük çoğunlukla ortak olduğundan önce denetim konusu yapılan kanun maddelerinin neler olduğuna değinip, daha sonra bu kararlardaki gerekçelere kısaca yer vereceğiz.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin hukuka aykırı işletilmesi halinde idari para cezası verilmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 6. maddesinin, bu idari para cezalarına itiraza ilişkin olarak ikinci fıkrasının beşinci cümlesinde “*İtiraz üzerine verilen karar kesindir*” ifadesinin³, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesinin üçüncü fıkrasının a) bendindeki “*Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine... (karşı istinaf yoluna başvurulamaz)*” ifadesinin⁴; 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Miktar veya değeri yüzbin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir*” ifadesinin⁵, 1475 sayılı İş Kanunu'nun idari para cezalarına ilişkin 108. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “*İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.*” ifadesinin⁶, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un idari para cezalarına ilişkin düzenleme içeren 26. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki “*İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir.*” ifadesinin⁷ iptali istemi üzerine Anayasa Mahkemesi, kanun yoluna başvurma hakkını kısıtlayan bu kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararlarının gerekçesinde, kanun yoluna ilişkin düzenlemelerin birer yargılama usulü olduğunu, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca yargılama usulüne ilişkin düzenleme yapma hususunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunu, Anayasa'nın 141. maddesinde ifadesini bulan usul ekonomisi gereğince her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereğinin benimsendiğini ve mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulmasının, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirebileceğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın tüm maddelerinin aynı etki ve değerde olduğunu, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığını, ancak kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından birinin, diğerinin sınırını

³ AYM, E. 2016/19, K. 2016/17, 16.03.2016, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁴ AYM, E. 2011/64, K. 2012/168, 01.11.2012, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁵ AYM, E. 1985/23, K. 1986/2, 20.01.1986, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁶ AYM, E. 1989/28, K. 1990/18, 10.07.1990, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>; AYM, E. 1989/29, K. 1990/19, 10.07.1990, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁷ AYM, E. 2001/232, K. 2001/89, 23.05.2001, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

oluşturabildiğini belirtmiştir. Anılan kararlarda, Anayasa’da tüm mahkeme kararlarının kanun yolu denetimine tabi olması gerektiğine ilişkin bir hükmün yer almadığı, 154 ve 155. maddelerde tüm kararların Yargıtay’ın veya Danıştay’ın incelemesinden geçirileceği hususunda bir düzenleme bulunmadığı da ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, kanun yoluna başvurma hakkının adil yargılanma hakkı kapsamı içerisinde olduğunu, ancak 36. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının her uyuşmazlığın iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olmasını gerektirmediğini ve Anayasa’da iki dereceli yargılamayı zorunlu tutan bir kural olmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerden yola çıkarak; Anayasa’nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkına ilişkin herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsa da mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını hükme bağlayan Anayasa’nın 141. maddelerinin, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiğini, bu nedenle de yargılamaların hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına yönelik kamu yararı amacıyla öngörülen itiraz konusu kuralların, hukuk devleti ilkesini ve hak arama özgürlüğünü zedelediğini belirterek, Anayasa’ya aykırı olmadıklarına karar vermiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi 2012 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na ilişkin vermiş olduğu kararında, o tarihte Türkiye tarafından imzalanan ancak henüz onaylanmayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 7 No.lu Protokolünün “*Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı*”nı düzenleyen 2. maddesinde “*az önemli suçlar*” yönünden bu hakka istisna getirilebileceği yönündeki hükme de gerekçeleri arasında yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi benzer şekilde 2016 yılında 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’na ilişkin vermiş olduğu kararında da, Sözleşme’nin Ek 7 No.lu Protokolü ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinin beşinci fıkrasında yalnızca ceza davaları açısından iki dereceli yargılamanın öngörülmüş olduğunu, idari davalar açısından ise iki dereceli yargılama zorunluluğu getirilmediğini belirtmiş, Ek 7 No.lu Protokolün “*Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı*”nı düzenleyen 2. maddesinde de “*hafif nitelikli suçlar*” yönünden bu hakka istisna getirilebileceği yönündeki düzenlemelere atıfta bulunmuştur.

II. ANAYASAMAHKEMESİNİN KANUNYOLUNABAŞVURMA HAKKINI SINIRLAYAN KANUN HÜKÜMLERİNİN ANAYASA’YA AYKIRI OLDUĞUNU DEĞERLENDİRDİĞİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer vermiş olduğumuz kararlarının aksine, kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan kanun hükümlerinin



Anayasa'ya aykırı olduğunu değerlendirerek, iptallerine hükmettiği kararları da bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin yakın tarihlerde vermiş olduğu kararlarında “*hükümün denetlenmesini talep etme hakkı*” kavramını kullandığını görmekteyiz. Yüksek Mahkeme, ilk kez 2018 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na ilişkin vermiş olduğu kararında *hükümün denetlenmesini talep etme hakkı* kavramını kullanmış, benzer şekilde 2020 yılında 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a ilişkin vermiş olduğu kararında da aynı kavram üzerinden değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi bu her iki kararında kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan kanun hükümlerinin iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararlarından daha önce hükümün denetlenmesini talep etme hakkı kavramını kullanmadığı, 2009 yılında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 305. maddesinin 2. fıkrasının 1 numaralı bendinde yer alan “*İkimilyar liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler (Temyiz olunamaz)*” düzenlemesine ilişkin kararında da kısmen Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesinde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme; verilen cezanın doğrudan ya da kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezası olup olmadığı dikkate alınmaksızın yalnızca sonuç olarak hükmedilen ceza miktarının esas alınmış olması sebebiyle, önemsiz sayılabilecek suçlar kategorisi içinde mütalaa edilebilen doğrudan para cezası verilmesini gerektiren suçlar için öngörülen temyiz edilebilme sınırının, paranın satın alma gücü karşısında adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmadığına, bu sebeple itiraz konusu kuralın doğrudan hükmedilen adli para cezaları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, hapis cezasını gerektiren suçların ve bu suçlardan ötürü verilen adli para cezalarının önemsiz kabul edilemeyeceğini, hapisten çevrilen adli para cezalarına ilişkin mahkumiyet kararlarının mevzuatımızda hükümlü bakımından dolaylı olarak hak yoksunluğu sonucunu doğurabilecek suçlara ilişkin olabileceğini belirterek, itiraz konusu kuralla yalnızca sonuç olarak hükmedilen adli para cezası esas alınarak, hapisten çevrili adli para cezalarının nitelikleri ve kişi bakımından sonuçları göz ardı edilerek, bunları da kapsayacak biçimde temyiz yoluna getirilen parasal sınırın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptaline karar vermiştir⁸.

A. Anayasa Mahkemesinin 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na İlişkin 27.12.2018 Tarihli Kararı⁹

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesinin 2 numaralı fıkrasının (d) bendinin¹⁰ Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı iddiasının

⁸ AYM, E. 2006/65, K. 2009/114, 23.07.2009, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁹ AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, 27.12.2018, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

¹⁰ 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesinin 20.07.2017

somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesi üzerine Yüksek Mahkeme kapsamlı bir değerlendirme yapmıştır. Denetime konu olan düzenleme şu şekildedir: “**İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları...(temyiz edilemez)**”. Anayasa Mahkemesi **hükmün denetlenmesini talep etme hakkı kavramını ilk kez kullandığı bu kararında**, denetim konusu yapılan normun aşağıda yer verilen gerekçeler ile Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir mahkeme kararının bir başka yargı merci tarafından denetlenmesinin bir gereklilik olduğunu vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme, daha önce konu ile ilgili vermiş olduğu pek çok kararının aksine, Anayasa’nın 154. maddesinde Yargıtay’ın, 155. maddesinde Danıştay’ın düzenlenmiş olmasından, Anayasa koyucunun ilk derece mahkemeleri tarafından verilen karar ve hükümlerin kural olarak bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi gerekliliğini kabul ettiği sonucunun çıkarılması gerektiğini belirterek; 36., 154. ve 155. maddelerini birlikte değerlendirilmesi ile Anayasa’nın, mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını, 36. maddedeki hak arama hürriyeti kapsamında güvenceye kavuşturduğu sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, adli ve idari yargı mercileri tarafından verilen karar ve hükümlerin son inceleme merci olarak Yargıtay ve Danıştay’ın Anayasa’da düzenlenmesi ile tüm ilk derece mahkemeleri tarafından verilen karar ve hükümlerin, bir başka yargı merci tarafından denetlenmesi gerekliliğinin Anayasa koyucu tarafından kabul edildiği sonucuna ulaşmış, ancak “*yargılamanın konusu ceza mahkumiyeti olduğunda mahkeme kararlarının denetlenmesi ihtiyacı(nın) daha da önem kazan(dığı)*” nı vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında uluslararası sözleşmeler ile de hükmün denetlenmesinin bir hak olarak tanındığını belirtmiş ve Sözleşme’nin Türkiye’nin de taraf olduğu Ek 7 No.lu Protokolünün 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde “*Mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkûm edilen herkes, mahkûmiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesini sağlama hakkına sahiptir*” denilmek suretiyle, ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet ve cezaların denetlenmesini talep etme hakkının güvenceye bağlandığını ifade etmiştir. Yine Türkiye’nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan “*Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkumiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek*

tarihli ve 7035 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle değişiklik yapılan (2) numaralı fıkrasının 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 78. maddesiyle değiştirilen (d) bendi.



bir yargı organınca yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır” kuralını iptal kararına dayanak olarak belirtmiştir.

Ayrıca bu kararda, Sözleşme’ye Ek 7 No.lu Protokolün 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında¹¹ beraat kararına karşı yapılan başvuru sonrasında verilen mahkûmiyet hükümleri yönünden hükümün denetlenmesini talep etme hakkına istisna tanınabileceğinin belirtilmiş olduğu, ancak, beraat kararı sonrasında verilen mahkûmiyet kararının da kişiler yönünden ciddi sonuçlarının olabileceği, bu sebeple de ilk defa verilen mahkûmiyet kararının denetimsiz kalmasının, hükümün denetlenmesini talep etme hakkını işlevsiz hâle getirebileceği belirtilmiş ve bu bakımdan beraat kararından sonra ilk defa verilen mahkûmiyet hükümlerinin Anayasa açısından hükümün denetlenmesini talep etme hakkının bir istisnası olarak görülmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Denetim konusu yapılan kanun hükmünde de, üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin verilen her türlü bölge adliye mahkemesi kararlarının temyize kapalı olduğu düzenlenmiştir. Kuralda yer alan “*her türlü bölge adliye mahkemesi kararları*” ifadesi, kararın niteliği bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan hem ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı üzerine verilen onama kararına karşı temyiz yoluna başvurulması imkânını ortadan kaldırmakta, hem de beraat kararı üzerine verilen onama veya mahkûmiyet kararlarını temyiz yolunun kapsamı dışında tutmaktadır.

Anayasa Mahkemesi hükümün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında olduğunu, ancak bu hakkın mutlak bir hak olarak kabul edilemeyeceğini, kanun koyucu tarafından Anayasa’nın 13. maddesi çerçevesinde bazı sınırlamalara tabi tutulabileceğini vurgulamış ve ardından da 13. maddedeki ölçütler ile denetim konusu yapılan kanuni düzenlemeyi değerlendirmiştir. Buna göre hükümün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin hakkın özünü zedelememesi gerektiğini, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebeplerine uygun ve ölçülü olması gerektiğini belirterek, 36. maddedeki hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsa da bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğunun düşünülmemesi gerektiğini ve kararlarında¹² Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceğinin kabul edildiğini ifade etmiştir.

¹¹ “2- Kanunla belirlenmiş hafif nitelikli suçlar bakımından veya ilgili kişinin, ilk davada en yüksek mahkeme tarafından yargılanmış veya beraat kararına karşı yapılan itirazın ardından hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması durumlarında, bu hak istisnalara tabi olabilir.”

¹² AYM, E. 2013/95, K. 2014/176, 13.11.2014, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>; AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

Anayasa Mahkemesi, denetim konusu yapılan kanun maddesini ölçülülük ilkesi açısından inceleyerek; söz konusu kanun maddesi ile getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenilen amacın, yargılamanın makul süre içinde tamamlanması ve usul ekonomisinin sağlanması olduğunu ve davaların makul süre içinde ve daha az masrafla sonuçlanması amacıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılmasının anayasal açıdan *meşru* bir amaca dayandığını kabul etmiştir. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme, Kanun'da üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin bölge adliye mahkemesi kararına karşı temyiz yolunun kapalı tutulması suretiyle, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşılabilmesi bakımından *elverişli* ve *gerekli* bir araç olduğunu kabul etmiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın amaç için elverişli ve gerekli olmasının yeterli olmayıp orantılı da olması gerektiğini, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ceza yargılaması sonucu verilen bütün hükümlere karşı bu denetimi talep etme imkânı tanınmasını zorunlu kılan bir yönü bulunmadığını, bu bakımdan hafif nitelikteki suçlara ilişkin mahkûmiyetlerin kesin olmasının, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama olarak nitelendirilebileceğini, ancak hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını içeren suçların hafif nitelikte olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi devamında, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime tabi kılınmamasının sanığa aşırı bir külfet yükleyeceği, hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetlenmesi vasıtasıyla elde edilecek bireysel yararın, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemeyeceğini vurgulayarak, bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı denetim imkânı bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşmıştır¹³.

¹³ Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası kanun hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “d) (Anayasa Mahkemesinin 27/12/2018 tarihli ve E.:2018/71 K.:2018/118 sayılı Kararı ile İptal; Yeniden Düzenleme:20/2/2019-7165/7 md.) İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272 nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, ... (Temyiz edilemez)”.



B. Anayasa Mahkemesinin 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a İlişkin 01.10.2020 Tarihli Kararı¹⁴

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un “İdari müeyyideler ve teminat” başlıklı 8. maddesinin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesinin¹⁵ Anayasa'nın 2., 36. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali talep edilmiştir. Kanun'un idari müeyyidelerin ve teminatın düzenlendiği 8. maddesinin denetim konusu yapılan düzenlemesi “**İtiraz üzerine verilen mahkeme kararları kesindir.**” cümlesidir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında öncelikle 2018 yılında vermiş olduğu kararındaki gibi kanun yoluna ilişkin uluslararası düzenlemelerden bahsetmiş ve ardından anılan uluslararası sözleşmelerde yer alan *suç, ceza, mahkûmiyet gibi kavramların sadece klasik ve teknik anlamda ceza yargılaması hukukuna özgü kavramlar olarak değerlendirilmeyip anayasal anlamda özerk bir yoruma tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir*. Devamında Anayasa Mahkemesi, ceza hukuku yaptırımı olarak düzenlenmeyen ve geleneksel ceza davasına konu olmayan idari yaptırımların; cezanın üst sınırı, niteliği, miktarı, kişi üzerinde oluşturduğu etki ve sonuçlar yönünden ciddiyeti ve ağırlığı gözetilerek anayasal anlamda özerk bir yorumla *ceza* olarak nitelendirilebildiğini belirtmiştir. Kararda denetim konusu Kanun kapsamındaki idari para cezalarının verilmesine sebep olan fiillerin kabahat niteliğinde olduğu, dolayısıyla manevi varlığı bakımından muhatabı üzerinde ağır etki ve sonuçlar doğurmayacağı kabul edilebileceği; ancak söz konusu hükme dayanılarak verilen idari para cezalarının bir kısmının somut olayın niteliğine göre yüksek meblağlara ulaşabildiğinden, yüksek meblağlara ulaşan idari para cezalarının kişinin malî durumu üzerinde yarattığı etki itibarıyla ağır ve ciddi bir yaptırım olduğu için *ceza* niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Yüksek Mahkeme açıklamalarının devamında, hükümün denetlenmesini talep etme hakkının kategorik olarak Kanun kapsamındaki tüm idari para cezaları hakkında verilen hükümlere karşı bu denetimi talep etme imkânı tanınmasını zorunlu kılmadığını, muhatap kitlesi üzerinde yaratacağı ekonomik etki itibarıyla nispeten düşük olarak değerlendirilebilecek miktarlardaki idari para cezalarına ilişkin hükümlerin kesin olmasının, hükümün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama olarak nitelendirilebileceğini de belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, bireyin aleyhine verilen bir mahkeme kararı bulunduğu anda hükümün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin güvencelerin devreye girdiğini, bir diğer ifade ile bireyin aleyhine verilen

¹⁴ AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 01.10.2020, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

¹⁵ 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen

idare mahkemesi kararına karşı kanun yolunun kapalı olmasının hükmün başka bir mahkeme tarafından denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama teşkil ettiğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2018 yılında vermiş olduğu kararda olduğu gibi usul ekonomisi amacıyla getirilen bu sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve bu kapsamda, söz konusu hükümlerin denetime kapalı tutulmasıyla kişiye yüklenen külfetin, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklı kınanamayacağını, denetim konusu olan hükümlerin denetlenmesi vasıtasıyla elde edilebilecek bireysel yararın makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkelerine feda edilemeyeceği için yapılan sınırlamanın orantısız olduğu gerekçesi ile denetim konusu kuralın iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 2018 yılında vermiş olduğu kararında adli yargı idari yargı ayrımı yapmaksızın, Anayasa'nın 36., 154. ve 155. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkının 36. madde kapsamında olduğunu kabul etmiştir¹⁶. Yüksek Mahkeme, idari yaptırımlara ilişkin vermiş olduğu bu kararı ile de hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ceza yargılamaları ile sınırlı olmadığı yönündeki değerlendirmelerini somutlaştırmıştır.

III. ANAYASAMAHKEMESİNİN HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI İLE İLGİLİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimine konu olan kararları dışında, bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur. Bireysel başvuru kararlarının pek çoğunda, kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ihlali yönündeki iddialarına ilişkin olarak konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olduğu yönünde vermiş olduğu kararları temelde iki sebebe dayanmaktadır. Yüksek Mahkeme bu kararlarının bir kısmında; kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen bir hakkın hem Anayasa'da güvence altına alınmış olması gerektiğini hem de Sözleşme'nin veya Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerinin kapsamına girmesi gerektiğini belirtmiştir. Bilindiği üzere Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, bir hak ihlalinin

¹⁶ "10. Anayasa'nın 36., 154. ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında güvenceye kavuşturduğu görülmektedir. / 11. Diğer taraftan yargılamanın konusu ceza mahkûmiyeti olduğunda mahkeme kararlarının denetlenmesi ihtiyacı daha da önem kazanmaktadır."



biyresel başvuruya konu olabilmesi için ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün hem Anayasa’da güvence altına alınmış olması hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bulunması, bir diğer ifade ile Anayasa’nın ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında bulunması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile güvence altına alındığını, ancak Sözleşme’nin Ülkemizin de taraf olduğu Ek 7 No.lu Protokol’ün 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesiyle, ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet ve cezaların denetlenmesini talep etme hakkının güvenceye bağlandığını ve yine Ülkemizin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasında¹⁷ da benzer bir kurala yer verildiğini ifade etmiştir. Bu sebeple de hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa’da güvence altına alınmış olmasına rağmen; Sözleşme’nin ve Ülkemizin taraf olduğu Ek Protokollerinin, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılama süreçleri (hukuk yargısı ile idari yargı alanı) yönünden söz konusu hakka dair bir güvence içermediği, dolayısıyla medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklar yönünden hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanının dışında kaldığını karara bağlamıştır¹⁸.

Bu kapsamda; baro levhasına yazılma işleminin iptali yönündeki mahkeme kararına yapılan istinaf başvurusunun kesin olarak reddine ilişkin karara

¹⁷ “Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkumiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organına yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır.”

¹⁸ “Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ceza hukukunun çekirdek alanına müteallik olmamakla birlikte Anayasa’nın 36. ve 38. maddeleri ile Sözleşme’nin 6. ve 7. maddeleri kapsamında suç ve cezalara ilişkin güvenceler dâhilinde olduğu kabul edilen yaptırımlara/işlemlere dair yargılama süreçleridir. Bir yaptırımın veya hukuki bir tasarrufun/işlemin hangi koşullarla suç isnadı niteliğinde sayılıp suç ve cezalara ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilebileceği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça ifade edilmiştir (Engel ve diğerleri/Hollanda [GK], B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976 ; Benham/Birleşik Krallık [BD], B. No: 19380/92, 10/6/1996; Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. D.M.Ç., B. No: 2014/16941, 24/1/2018; B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15/12/2015; Selçuk Özbölük, B. No: 2015/7206, 14/11/2018). Anılan kararlarda yer verilen ilkeler bağlamında bir suç isnadının değerlendirilmesine ilişkin yargılama olarak kabul edilen idari yargı veya hukuk yargısına ait uyumsuzluklara yönelik ileri sürülen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlali gibi iddialar ceza yargılamasına ilişkin güvenceler bağlamında değerlendirmeye alınabilmektedir. Bu perspektiften konu ele alındığında ceza hukukunun çekirdek alanında bulunmamakla birlikte bir suç isnadı içerdiği kabul edilen uyumsuzluklara yönelik olarak ileri sürülen hükmün denetlenmesini talep etme hakkının da suç ve cezalara ilişkin Anayasa ve Sözleşme’de yer alan güvencelerin sağlanması bağlamında ortak koruma alanı içinde kaldığını söylemek mümkündür.” AYM, Cemal Emre Gürsoy Başvurusu, Başvuru No: 2016/7760, Karar Tarihi: 03.06.2020, §. 27, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

karşı temyiz başvurusunda bulunulamamasını¹⁹, hakkında kademe ilerlemesi yapılması talebinin reddi işlemine karşı açılan davada ret işleminin iptali kararına ilişkin istinaf incelemesinde kesin olarak davanın reddi yönündeki karara karşı temyiz başvurusunda bulunulamamasını²⁰, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesi tarafından verilen karara ilişkin olarak aynı Daireye yapılan karar düzeltme talebinin reddine dair kararın başka bir yargı merci tarafından denetlenmesine imkân tanınmamasını²¹, yargı kararının yerine getirilmemesi sebebiyle açılan tam yargı davasında ilk derece mahkemesi kararı üzerine gidilen istinaf merci kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulamamasını²², hükmün denetlenmesini talep etme hakkı açısından Anayasa ile Sözleşme'nin ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerin ortak koruma alanı kapsamı dışında kaldığından, bu hakka ilişkin ihlal iddiasının incelenmesinin Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi dışında bulunduğu karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılamaları ile ilgili bazı bireysel başvuru kararlarında da konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararlarında ise, yukarıda yer vermiş olduğumuz açıklamalara benzer şekilde bu hakkın hem Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti ile güvence altına alındığını, hem de Ülkemizin de taraf olduğu sözleşmelerde, ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet ve cezaların denetlenmesini talep etme hakkının güvenceye bağlandığını belirtmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, suç isnadına bağlı yargılamalarda mahkûmiyet veya ceza hükmünün denetlenmesinin sadece aleyhine hüküm verilen kişi tarafından talep edilebilmekte olduğunu ifade etmiştir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi; toplumsal bir olay sırasında çıkan kavgada meydana gelen ölüm olayına ilişkin savcılıkça verilen inceleme yapılmasına yer olmadığına dair kararın kesin olmasını²³, kasten öldürme olayı ile ilgili yapılan soruşturma sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığı yönünde verilen kararın bir üst derece mahkemesine götürme hakkının bulunmamasını²⁴, zorunlu askerlik döneminde sağlık problemlerine ilişkin olarak ihmalleri olanlar hakkında verilen

¹⁹ AYM, *Engin Çolak* Başvurusu, Başvuru No: 2019/2490, Karar Tarihi: 03.12.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²⁰ AYM, *İhsan Murat Düz* Başvurusu, Başvuru No: 2018/26178, Karar Tarihi: 14.10.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²¹ AYM, *Cemal Emre Gürsoy* Başvurusu, Başvuru No: 2016/7760, Karar Tarihi: 03.06.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>; AYM, *Ömer Şanlı* Başvurusu, Başvuru No: 2015/7304, Karar Tarihi: 22.01.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²² AYM, *Turgut Öztop* Başvurusu, Başvuru No: 2016/6023, Karar Tarihi: 10.10.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²³ AYM, *Bedrettin Kaceroğlu ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2017/16757, Karar Tarihi: 15.09.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²⁴ AYM, *Adalet Ekinci ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2015/19112, Karar Tarihi: 29.05.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.



kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazın duruşma yapılmaksızın incelenmesini²⁵, somut olaylardaki başvuruçuların suç isnadı altında bulunan kişi statüsünde olmadığından, başvuruya konu iddianın hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kapsamına girmediği gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya konu olan bazı kararlarında ise yapılan başvuruyu hükmün denetlenmesini talep etme hakkı kapsamında bulmuş, ancak bu hakkın ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu kapsamda başvuru hakkında verilen adli para cezasına karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesi gereğince istinaf yolunun kapalı olmasına ilişkin olarak yapılan başvurularda²⁶ Anayasa Mahkemesi; bu sınırlamaların Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında olan hükmün denetlenmesini talep etme hakkına müdahale oluşturduğunu, ancak temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın 13. maddesine uygun şekilde sınırlandırılabilirliğini ve bu kapsamda sınırlamanın kanuna dayanması, meşru bir amaç izlemesi ve ölçülü olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu sınırlamanın bir kanuni dayanağının bulunduğunu, usul ekonomisi ilkesini sağlamak için yapıldığından meşru bir amaca dayandığını, adli para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulmasındaki bireysel menfaatin belirtilen kamu yararı amacına feda edilebilir nitelikte olduğundan, ölçülülük ilkesine bir aykırılık oluşturmadığını değerlendirmiştir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI

Anayasa Mahkemesi yukarıda yer vermiş olduğumuz kararlarda görüldüğü üzere son yıllarda kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılması ile ilgili değerlendirmelerinde “*hükümün denetlenmesini talep etme hakkı*” kavramını kullanmaktadır. Yüksek Mahkemenin bu kavrama verdiği anlama değinmeden önce genel olarak kanun yolu kavramına değinmekte yarar bulunmaktadır.

Geniş anlamda mahkeme kararları hem yargılamanın devamı için hem de yargılamanın sonlandırılması için alınan kararlardır. Bu açıdan mahkeme kararları, ara karar ve nihai karar olarak ikiye ayrılmaktadır. Yargılama esnasında mahkemeler tarafından verilen ancak mahkemenin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayan, yargılama faaliyetinin devamını sağlamak için mahkemeler tarafından alınan kararlar “*ara karar*” olarak kabul edilirler²⁷.

²⁵ AYM, *Hikmet Erçin* Başvurusu, Başvuru No: 2014/2917, Karar Tarihi: 23.01.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²⁶ AYM, *Mahir Şahap Bostan* Başvurusu, Başvuru No: 2017/199906, Karar Tarihi: 02.06.2020, §. 42, 43, 44, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>; AYM, *Erkan Sancaklı* Başvurusu, Başvuru No: 2017/23602, Karar Tarihi: 03.06.2020, §. 45, 46, 47, 48, 49, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²⁷ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, (25. Baskı, Yetkin

Mahkeme tarafından açılan her davada yargılamanın sonuçlandırılması amacıyla bir karar verilmektedir. İşte yargılamayı sonuçlandıran kararlar nihai karar olarak adlandırılırlar. Bir diğer ifade ile nihai kararlar, bir mahkemenin davadan el çekmesi sonucunu doğuran kararlardır²⁸. Mahkemenin yargılama faaliyetinin sonunda dava konusu uyuşmazlık hakkında verdiği, uyuşmazlığı çözen son karara “*hüküm*” denir²⁹. Hüküm, mahkemenin davanın esasına ilişkin olarak vermiş olduğu karardır. Karar kavramı, hüküm kavramını da kapsamaktadır. Dolayısıyla yargılama sonunda verilen tüm hükümler birer karar olmakla birlikte, yargılama sırasında verilen veya yargılamayı sona erdiren fakat uyuşmazlığın esasına ilişkin olmayan kararlar, hüküm olarak nitelendirilemez.

İşte davanın taraflarının mahkeme kararında usule veya esasa ilişkin bir hata olduğu iddiasıyla yapmış olduğu başvuru neticesinde, kararın daha üst bir yargı merci veya kararı veren mahkeme tarafından tekrar incelenmesini “*kanun yolu*” olarak tanımlayabiliriz³⁰.

Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili olarak kullanmayı tercih ettiği ve orijinal bir kavram olan “*hükümün denetlenmesini talep etme hakkı*” kavramı ise, kanun yolu kavramı ile benzerdir ancak aynı anlamda değildir. Biraz önce ifade edildiği gibi kanun yolu, kural olarak nihai mahkeme kararlarının üst derece yargı merci tarafından incelenmesidir. Dolayısıyla kanun yolu kavramı hüküm niteliğinde olsun veya olmasın tüm nihai mahkeme kararlarının kural olarak başka bir yargı merci tarafından denetlenmesi anlamında kullanılmaktadır. Hüküm ise dava konusu uyuşmazlık hakkında verilen karardır. Hükümün denetlenmesi kavramı da sadece “*hüküm*” niteliğindeki kararların bir üst yargı merci tarafından denetlenmesini kapsamakta, usule ilişkin verilen kararları ise kapsamamaktadır. Bu doğrultuda hükümün denetlenmesi kavramının, kanun yolu kavramının bir parçası olduğu, ancak kanun yolu kavramının hükümün denetlenmesi kavramından daha geniş bir anlama sahip olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin hükümün denetlenmesini talep etme hakkı kavramını kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu kanaatindeyiz.

Yayımları 2014), s. 449; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, (4. Baskı, Savaş Yayınevi 2020), s. 680.

²⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 680.

²⁹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Baskı, Beta Yayınevi 2016), s. 766. “*Uyuşmazlığın esasına ilişkin verilen kararlar ‘hüküm’ olarak adlandırılır*”. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 680.

³⁰ Benzer diğer tanımlar; “*İlk derece (hüküm) mahkemesinin verdiği kararın yeniden incelenerek değerlendirilmesini sağlamak üzere, tarafa tanınan bir üst ve/veya yüksek mahkemeye başvuru olanağına, kanun (yasa) yolu denir*”. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2016), s. 576. “*Mahkeme tarafından verilen nihai kararın (kural olarak) daha üst bir yargı merci tarafından yeniden incelenmesine kanun yolu denir*”. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 679.



Anayasa Mahkemesi hükümün denetlenmesini talep etme hakkını; kişinin aleyhine verilen bir hükümün başka bir yargı merci tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesinin teminat altına alınması olarak ifade etmiştir³¹. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi hükümün denetlenmesini talep etme hakkını, aleyhine hüküm verilen kişiye ait bir hak olarak yorumlamıştır. Aleyhine hüküm verilen kişi dışındaki kişilerin bu hak kapsamında olmadığını da kararlarında vurgulamıştır³².

Yüksek Mahkeme, 2020 yılında Yapı Denetim Kanunu'nda yer alan idari para cezalarına ilişkin mahkeme kararlarının kesin olduğunu düzenleyen kanun hükmüne dair vermiş olduğu iptal kararında kişi aleyhine hüküm kurulmasını ise şu şekilde açıklamıştır: Hakkında idari para cezası işlemi tesis edilen kişinin, bu işlemin iptali istemiyle yaptığı itirazın reddedilmesi halinde işlemin hukuka uygun olduğunun, dolayısıyla idari para cezası tesisine sebep olan fiil veya durumların ise hukuka aykırı olduğunun yargı merci tarafından tespit edilmesi ile kişinin o cezayı ödemek zorunda kalması durumunda, kişi aleyhine hüküm kurulmuş olacak ve hükümün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin güvenceler devreye girecektir.

Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre hükümün denetlenmesini talep etme hakkı ile kanun yoluna başvurma kavramları bu hakkın sahibi kişiler açısından da zaman zaman farklılaşmaktadır. Biraz önce ifade ettiğimiz gibi, hükümün denetlenmesini talep etme hakkı Anayasa Mahkemesi tarafından sadece aleyhine hüküm verilen kişiye tanınmış bir hak olarak kabul edilmektedir. Ancak kanun yoluna başvurma hakkı ise genel olarak davanın taraflarına tanınmış bir haktır. Kural olarak, davanın tarafı olmayan kişilerin mahkeme kararından etkilenmiş olmaları halinde dahi kanun yoluna başvurma haklarının olmadığı kabul edilmektedir³³. Bununla beraber Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Kanun yollarına başvurma hakkı" başlıklı 260. maddesinde³⁴; hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısının, şüphelinin,

³¹ AYM, E. 2018/71, K. 2018 /118, 27.12.2018, §. 12, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³² "Belirtildiği üzere hükümün denetlenmesini talep etme hakkı, kişinin kendisi aleyhine verilen hükümün başka bir mahkeme tarafından denetimini talep edebilmesini güvence altına almaktadır." AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, 27.12.2018, §. 22, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 729.

³⁴ "(1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır. (2) (Değişik: 18/6/2014-6545/73 md.) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler. (3) Cumhuriyet savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir."

sanığın ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların **kanun yoluna başvurma hakkı olduğu düzenlenmiştir.**

V. KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKININ GEREKLİLİĞİ AÇISINDAN BU HAKKA GETİRİLEN SINIRLANDIRMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Nihai mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmasına imkân tanınmasının birtakım sebepleri vardır. Bu sebepler, kanun yolu denetiminin hem amacını hem de sonuçlarını oluşturmaktadır.

Mahkeme kararlarına karşı kanun yolu denetiminin yapılmasına imkân tanınmasının ilk sebebi, mahkeme kararlarındaki olası hataların düzeltilerek hukuka uygunluğun gerçekleştirilmesidir. Mahkeme kararlarında bazı hataların olması muhtemeldir. Bu hatalar, maddi vakanın tespitine ilişkin olabileceği gibi, uyumsuzluğa uygulanan hukuk kuralına ilişkin de olabilir. Kanun yolu denetimi sayesinde mahkeme kararındaki olası hatalar düzeltilerek, hukuka uygunluk sağlanmış olacaktır. Bu sebeple kanun yolu denetimi, hukuka uygunluğu sağladığından hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak kabul edilmelidir³⁵.

Mahkeme kararlarının denetlenmesini talep etme hakkı, evrensel bir hukuk ilkesi olan adil yargılanma hakkının ve hak arama hürriyetinin birer gereği olarak kabul edilmelidir. Böylece mahkeme kararından tatmin olmayan tarafın kanun yoluna başvurusu, adil yargılanma hakkına da hizmet edecektir³⁶.

Aynı zamanda, mahkeme kararlarının denetlenmesi ve varsa hukuka aykırılıkların giderilmesi, taraflar için olduğu kadar toplum için de bir teminattır. Böylece sadece tarafların değil, tüm toplumun yargıya olan güveni artacak ve herkes kendisini hukuki güvenlik içerisinde hissedecektir³⁷.

Mahkeme kararlarının kanun yolu incelemesinden geçirilmesinin bir diğer faydası, hukuk kurallarının uygulanmasında birlik sağlanmasıdır. Mahkeme

³⁵ Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, s. 576.

³⁶ Anayasa Mahkemesi de “kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur. Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanımak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır. Kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde” diyerek, kanun yolu ile adil yargılanma hakkı arasındaki ilişkiyi ifade etmiştir. AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, 14.01.2015, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>. “...kanun yoluna başvurma hakkı da hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamındadır” AYM, E. 2016/19, K. 2016/17, 16.03.2016, §. 7, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³⁷ Benzer bir değerlendirme için bkz: Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (11. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019), s. 752.



kararları arasında çelişki bulunması, mahkemelerin benzer olaylarda farklı karar vermeleri, kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyeceğinden, mahkeme kararları arasında birlik sağlama, bir diğer ifade ile içtihat birliğini sağlama zarureti ortaya çıkmaktadır³⁸. Kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılması neticesinde ilk derecede kesinleşen mahkeme kararları arasında da içtihat farklılıklarının ortaya çıkabilmektedir. Aynı veya benzer olaylara ilişkin farklı kararların bulunması, yargıya duyulan güvenin zedelenmesine sebep olacağı gibi, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturacaktır³⁹. Dolayısıyla kanun yolunun hem davanın taraflarının menfaatine hem de kamu yararına yönelik fonksiyonları bulunmaktadır⁴⁰.

Değerlendirme konusu yapmış olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararlarını ve kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının sebeplerini birlikte ele aldığımızda; Anayasa Mahkemesinin 2018 ve 2020 yıllarında kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan kanun hükümlerinin iptali yönünde verdiği kararların hak arama hürriyeti açısından oldukça önemli ve yerinde kararlar olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle Ek 7 No.lu Protokolün 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında beraat kararına karşı yapılan başvuru sonrasında verilen mahkûmiyet hükümleri yönünden hükümün denetlenmesini talep etme hakkına istisna tanınabileceğinin belirtilmiş olduğu halde Anayasa Mahkemesinin beraat kararı sonrasında verilen mahkûmiyet kararının da kişiler yönünden ciddi sonuçlarının olabileceğini kabul ederek, bu kararların denetim dışı kalmasını Anayasa'ya aykırı bulması, kişi hak ve hürriyetleri açısından büyük bir önemi haizdir. Yine Ek 7 No.lu Protokolde yalnızca ceza mahkumiyetleri için kanun yoluna başvurma hakkından bahsedildiği halde Anayasa Mahkemesinin, ceza yargılaması dışında da bu hakkın varlığını kabul etmesi ve bu doğrultuda kişi üzerinde ağır sonuçlar doğurabilen idari para cezalarını da ceza niteliğinde kabul ederek, hükümün denetlenmesini talep etme hakkının kapsamını geniş yorumlaması, bu haktan daha fazla istifade edilmesine imkân tanıyacaktır.

³⁸ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, vd., *İdare Hukuku*, (6.Baskı, On İki Levha Yayınevi 2015), s. 880. Anayasa Mahkemesi de bir kararında; “Sosyal açıdan adaletin en önemli gereklerinden birisi, belli olaylara belli hükümlerin tek anlamda olmak üzere uygulanmasıdır. Demek ki aynı nitelikteki olaylara başka başka hükümlerin ya da aynı hükümün başka başka biçimlerde uygulanması, doğrudan doğruya adalet duygusunu incitici ve yurttaşların Devlete karşı güvenini azaltıcı ve yerine göre telden sarsıcı etki doğurmaktadır.” diyerek, üst mahkemelerin hukukun uygulanması konusunda birlik sağlama görevlerine vurgu yapmıştır. AYM, E. 1968 / 38, K. 1969 / 34, 29.01.1970, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³⁹ İçtihat aykırılığı sebebiyle, adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki AYM kararı için bkz: AYM, *Yasemin Bodur* Başvurusu, Başvuru No: 2017/29896, Karar Tarihi: 25.12.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁴⁰ Çağlayan, s. 752.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, hem 2018 yılı öncesinde vermiş olduğu kararları ile hem de 2018 ve 2020 yıllarındaki norm denetimi kararlarında, düşük miktarlı adli para cezalarına ve kişi üzerinde maddi ağırlığı çok fazla olmayan idari para cezalarına karşı kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılabilmesini kabul etmiş; aynı zamanda kanun yolu kapalı olan adli para cezasına karşı yapılan bireysel başvuruda da hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Mevzuatımızı incelediğimizde pek çok yasal düzenlemede kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırıldığını görmekteyiz. Çalışmamızda yer vermiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararlarında geçen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesi ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinin 10. fıkrası⁴¹, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin ilk fıkrasının 2. cümlesi⁴², 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin 2. fıkrası⁴³, bu yönde sınırlamalar içeren kanuni düzenlemelere örnek verilebilir.

Kanun yoluna başvurma hakkının tanınmasının sebeplerini ve sonuçlarını düşündüğümüzde, hafif nitelikte olsalar bile adli para cezalarının ve idari yaptırımlara ilişkin mahkeme kararlarının bir kez daha denetlenmesi oldukça önemlidir. Kişilerin adalete erişim hakkının belirli bir parasal değer dikkate alınarak, o miktarın altındaki işlemler veya mahkumiyetler için mahkeme kararlarının denetlenmesi hakkının sınırlandırılması, bu mahkeme kararlarının yukarıda yer vermiş olduğumuz kanun yoluna başvurma hakkının faydalarından mahrum kalmaları sonucunu doğuracaktır ki bu da birtakım sakıncaları beraberinde getirecektir. Bu sakıncalara mahkeme kararındaki olası hataların düzeltilmemesi, aynı veya benzer konuya ilişkin farklı kararların varlığı dolayısıyla hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin zedelenmesi örnek olarak verilebilir.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz kanun yolu denetimine kapalı olan mahkeme kararları yani ilk derecede kesinleşen mahkeme kararları, hem adli yargıda hem de idari yargıda tek hakimle verilen kararlar arasında yer almaktadır. Bu durum, söz konusu mahkeme kararlarının bir kez daha denetlenmesi imkanını bulunmasının önemini daha da artırmaktadır. Venedik Komisyonunun 2020 Türkiye Raporunda da, tüm adli süreçlerde etkili bir itiraz hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴.

⁴¹ “Üçbin Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir.”

⁴² “Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.”

⁴³ “Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.”

⁴⁴ “... tüm adli süreçlerde, usuli haklar da dâhil olmak üzere, özellikle masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, hukuki belirlilik, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, silahların



Şüphesiz ki, olağan kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan mahkeme kararlarına karşı olağanüstü kanun yollarına başvurma imkânı açıktır. Ancak bir olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi, sonradan ortaya çıkan sınırlı sayıdaki sebeplere dayanılarak başvurulabilecek bir yol olması sebebiyle; kanun yolu incelemesi yapılamayan mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen bir diğer olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına temyizde/bozmada ise, doğrudan kişi tarafından başvurma imkanının bulunmaması ve idari yargılama hukukunda kişi üzerinde hukuki sonuç doğurmaması sebepleriyle kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılmasının sakıncalarını ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu olağanüstü kanun yollarına ilave olarak ceza yargılaması hukukundaki bölge adliye mahkemesi başsavcılığının itirazı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı olağanüstü kanun yollarına konu mahkeme kararları, zaten istinaf veya temyiz incelemesine konu oldukları için, ilk derece mahkemesinde kesinleşen kararlara karşı işletilme imkânı bulunmayan olağanüstü kanun yollarıdır.

Anayasa Mahkemesinin de kararlarında vurguladığı gibi bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için de yapılan sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için *elverişli, gerekli ve orantılı* olması gerekir. Kanun yoluna başvurma hakkına getirilen sınırlamaların özellikle *gerekliklik ölçütü* açısından ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Amacı gerçekleştirmek için birden çok elverişli aracın varlığı halinde temel hak ve hürriyete en hafif müdahalede bulunan aracın tercih edilmesi gerekir⁴⁵. Bireylerin kanun yoluna başvurma imkanının ortadan kaldırılarak hak arama hürriyetinin sınırlandırılması, usul ekonomisinin yani davaların daha kısa sürede sonuçlanması ve yargı mercilerinin iş yükünün azaltılması bakımından elverişli bir araç olsa da, gerekli bir araç olarak kabul edilemez. Çünkü bireylerin temel hak ve hürriyetlerine daha hafif bir müdahaleyle usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesinin de ifadesiyle, “*gerekliklik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını ... ifade etmektedir*”⁴⁶.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesi ile 3.000 TL dahil adli para cezalarına mahkumiyete ilişkin mahkeme kararları için kanun yoluna başvurma hakkına getirilen sınırlamanın doğuracağı sonuçların ayrıca ele alınması gerekmektedir.

eşitliği ve etkili itiraz hakkını da içeren temel hakların tam olarak gözetilmesini sağlaması gerekmektedir.”, https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf.

⁴⁵ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasa İlkesi midir?”, SDÜHFD, C. 7, S. 1, Y. 2017, ss. 1-74, s. 11.

⁴⁶ AYM, E. 2018/71, K.2018/118, 27.12.2018, §. 26, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre, suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak adli para cezaları dört şekilde uygulama alanı bulmaktadır.

1. Adli para cezası bazen tek bir yaptırım olarak kabul edilmiştir.
2. Adli para cezası hapis cezası ile birlikte öngörülmüş olabilir.
3. Hapis cezası veya adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörülmüş olabilir.
4. Son olarak ise, kısa süreli hapis cezası 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesi kapsamında adli para cezasına çevrilebilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 272. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre, "*Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine*" karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Buna göre suç karşılığı adli para cezasının tek yaptırım olarak kabul edildiği haller ile hapis cezasına seçenek yaptırım olduğu ve mahkemenin adli para cezasına hükmettiği hallerde verilen ceza, 3.000 TL'lik sınırın altında ise ilk derece mahkemesinin verdiği karar kesin olduğundan istinaf yoluna başvurulamayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nu incelediğimizde; çevrenin taksirle kirletilmesi (m. 182/1- birinci cümle), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (m. 288/1), muhafaza görevini kötüye kullanma (m. 289/3) suçları karşılığında uygulanacak yaptırımların yalnızca adli para cezası olarak tespit edildiği görülmektedir. Aralarında kasten yaralama (m. 86/2), taksirle yaralama (m. 89/1), cinsel taciz (m. 105/1), tehdit (m. 106/1-2. cümle), hırsızlık (m. 144/1-daha az cezayı gerektiren hal), dolandırıcılık (m. 159/1- daha az cezayı gerektiren hal) gibi suçların da bulunduğu 32 suçta⁴⁷ ise adli para cezasının hapis cezasına seçenek yaptırım olarak öngörüldüğünü görmekteyiz. Bu suçlardan; konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116/2), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117/1), haberleşmenin engellenmesi (m. 124/1), dolandırıcılık (m. 159/1) gibi suçlar açısından hapis cezasının alt sınırının adli para cezası olarak karşılığı

⁴⁷ Kastan yaralama (86-2), taksirle yaralama (89-1), yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (98-1), çocuk düşürtme (99-2), çocuk düşürme (100-1), cinsel taciz (105-1), tehdit (106-1-2. cümle), konut dokunulmazlığının ihlali (116-2), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (117-1), haberleşmenin engellenmesi (124-1), hakaret (125-1), kişinin hatırasına hakaret (130-1), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (133-2), hırsızlık (144-1), mala zarar verme (151-1), ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (153-2), dolandırıcılık (159-1), kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (160-1), karşılıksız yaralanma (163-1-2), bilgi vermeme (166-1), genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (170-2), akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali (175-1), inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama (176-1), hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması (177-1), işaret ve engel koymama (178-1), gürtültüye neden olma (183-1), mühür bozma (203-1), resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (206-1), kanunlara uymamaya tahrik (217-1), bilişim sistemine girme (243-1), kamu görevlisinin ticareti (259-1), gizliliğin ihlali (285-1-2).



istinafa ilişkin parasal sınırın üzerinde kalmaktadır. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesinde istinafa başvurmak için sonuç cezanın 3.000 TL ve üzerinde olması şartı arandığı için; -uygulanması mümkün olan suçlarda-malın değerinin azlığı veya teşebbüs ya da etkin pişmanlık gibi cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplerden birinin varlığı halinde ve alt sınırdan adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, hükmedilen adli para cezası 3.000 TL'lik istinafa başvurma sınırının altında kalabilecektir.

Bununla beraber adli para cezasından mahkûmiyetin bir diğer sonucu, adli sicile kaydedilmeleridir. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "*Adli sicile kaydedilecek bilgiler*" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde⁴⁸ adli para cezalarının da adli sicile kaydedileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, her ne suretle verilmiş olursa olsun ve tutarı ne olursa olsun adli para cezaları adli sicil kaydına işlenecektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde memuriyete engel suçlar arasında ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde milletvekili seçilmeye engel suçlar arasında hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarına da yer verilmiştir. Kanunlarda bu suçlardan hapis cezasına mahkûm olmak ile adli para cezasına mahkûm olmak arasında bir ayırım yapılmamıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinde hırsızlık suçunun daha az cezayı gerektiren hallerinde hapis cezası ile adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörülmüş olup, hâkimin seçimlik cezalardan adli para cezasını tercih ederek gün sayısını alt sınırdan belirlediği durumlarda, adli para cezasına mahkûmiyet 3.000 TL'lik istinaf sınırının altında kalacaktır. Bununla birlikte, dolandırıcılık suçunun Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesinde düzenlenen daha az cezayı gerektiren hallerinde de seçimlik cezalardan adli para cezası tercih edilip, gün sayısının alt sınırdan belirlendiği ve takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı durumlarda, adli para cezasına mahkûmiyet 3.000 TL'lik istinaf sınırının altında kalacaktır.

Aynı zamanda 5275 sayılı Ceza İnfaz Kanunu'nun adli para cezalarının infazını düzenleyen 106. maddesinin 3. fıkrasında⁴⁹ hükümlünün zamanında

⁴⁸ "c) Adli para cezası ile ilgili olarak; 1. Adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmü, 2. Adli para cezasının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu, 3. Adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu, 4. Adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu, ...Adli sicile kaydedilir."

⁴⁹ "(3) (Değişik: 18/6/2014-6545/81 md.) Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından

adli para cezasını ödememesi halinde, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarının hapis cezasına çevrilerek hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verileceği, hükümlünün hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde ise çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamının açık ceza infaz kurumunda yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, adli para cezası ile mahkûm olan bir kişinin bu cezayı kısmen veya tamamen ödememesi halinde kişinin hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğabilecektir.

Adli para cezasına mahkûmiyetin olası sonuçlarından bir diğeri ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi ile ilgisidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 6. fıkrasının a) bendine⁵⁰ göre, mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmesi için aranan şartlardan biri, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamasıdır. Kişinin kasıtlı suçlardan birini işlediği gerekçesiyle verilen ve istinafa başvuru sınırının altında kalan adli para cezasına mahkûmiyet hükmü, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinden yararlanmasına engel olacaktır.

Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 11. fıkrasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmesi halinde mahkeme hükmü açıklayacaktır. Denetim süresi içinde işlediği kasıtlı suçtan dolayı 3.000 TL veya daha az adli para cezası ile cezalandırılan kişinin istinaf yoluna başvuramamasının yanı sıra açıklanması geri bırakılan önceki mahkûmiyet hükmünün açıklanması şeklinde iki yönlü aleyhe sonuç doğmuş olacaktır.

Öte yandan, Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre hapis cezası ertelenen hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine infaz hâkimliğince karar verilecektir. Bu durumda da denetim süresi içinde işlediği kasıtlı suçtan dolayı istinafa başvuru sınırının altında kalan bir miktarda adli para cezası ile cezalandırılan kişinin istinaf yoluna başvuramamasının yanı sıra ertelenen önceki mahkûmiyet hükmünün tamamen veya kısmen infazı şeklinde aleyhe sonuç doğacaktır⁵¹.

mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.”

⁵⁰ “(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması.....gerekir.”

⁵¹ Ceza yargılamasında istinaf yoluna başvuruya kapalı hükümlerin kişi aleyhine doğurduğu hukuki sonuçlar hakkında benzer değerlendirme ve görüşler için bakınız: Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020), s. 46-50; Mustafa Ruhan

Görüldüğü üzere adli para cezalarında kişi tarafından ödenecek olan miktar düşük olmakla birlikte, kişi aleyhine doğurabileceği ağır hukuki sonuçlar bulunmaktadır⁵². Dolayısıyla bu tarz mahkumiyetlere karşı kanun yoluna başvurma hakkı sınırlandırılırken Yasa Koyucu tarafından, Anayasa'ya uygunluğunun denetimi esnasında da Anayasa Mahkemesi tarafından sadece miktarın azlığı dikkate alınarak değil, kişi hak ve hürriyetleri üzerinde doğurabileceği bu sonuçlar da dikkate alınmalıdır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, 2018 yılından bu yana kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan yasal düzenlemeler ile ilgili yapmış olduğu değerlendirmelerde, “*hükmün denetlenmesini talep etme hakkı*” kavramını kullanmaktadır. Yüksek Mahkeme 2018 ve 2020 yıllarında somut norm denetimi üzerine vermiş olduğu kararlarında, kanun yoluna başvurma hakkı kavramından farklılaştırdığı hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin getirilen sınırlamalardan, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümlerinin ve ceza niteliğinde olduğu kabul edilebilecek ağır sonuçlara sahip idari yaptırımlara ilişkin mahkeme kararlarının, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı kapsamı dışında bırakılmasını Anayasa'ya aykırı kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararlarında hükmün denetlenmesini talep etme hakkını değerlendirirken, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkını birbirinden ayırt etmekte⁵³ ve bu hakkın

Erdem ve Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018), s. 99-106; Fatih Birttek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (Adalet Yayınevi 2019), s. 116-122.

⁵² AİHM'in kesinlik sınırı altında kalan adli para cezaları ile ilgili vermiş olduğu ihlal kararları için bkz: *Bayar ve Gürbüz / Türkiye* (Başvuru No. 37569/06, §§ 40-49, 27 Kasım 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114773>); *Özbay / Türkiye* (Başvuru No. 62610/12, 12 Şubat 2019, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195255>); *Büyükerşen / Türkiye* (Başvuru No. 69975/12, 17 Aralık 2019, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201767>); *Zümrüt / Türkiye* (Başvuru No. 27167/12, 17 Mart 2020, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203121>).

⁵³ “8. Hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde, adalet ve hukuk devleti gibi temel anayasal ilkelerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu doğrultuda hak arama hürriyetinin amacının hak ihlalinin önlenerek kişiye hakkının teslim edilmesi ve adaletin tesisi olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kanunun açıkça hatalı veya keyfi uygulanmasına ilişkin istisnalar dışında, yargılama sonucunda verilen hükmün adil olup olmadığı veya hukuki açıdan isabetli olup olmadığı hususlarını içermemektedir. Bu itibarla adil yargılanma hakkının davanın taraflarına sağladığı tüm usul güvencelerine uyulmuş olsa bile yargılama sonucunda verilen hükmün hatalı olması mümkündür. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmiş olsa da hâkimin gerek maddi vakaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında yanılığa düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı

36. maddedeki hak arama hürriyeti kapsamında olduğunu, 141. maddede ifadesini bulan usul ekonomisi ilkesinin bu hakkın sınırı olabileceğini, ancak, sınırlamanın 13. maddedeki koşullara uygun olması gerektiğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi özellikle ölçülülük ilkesi açısından konuyu ele alarak, usul ekonomisi amacıyla yapılan bu sınırlamaların meşru amaca dayandığına, bu sınırlamaların söz konusu amaç için elverişli ve gerekli araçlar olduğuna, ancak, hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ceza niteliğinde kabul edilebilen ve ağır sonuçları olan idari yaptırımlara karşı hükmün denetlenmesi hakkının sınırlandırılmasının, usul ekonomisi amacına yönelik orantısız bir sınırlama olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik bireysel başvurularda ise, ceza yargılaması dışındaki başvurular Ek 7 No.lu Protokolün kapsamında olmadığı için; ceza yargılamasına ilişkin aleyhine hüküm verilen kişi dışındakiler tarafından yapılan başvuruları ise yalnızca aleyhine hüküm verilen kişinin bu hakka sahip olduğunu belirterek, konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi düşük miktardaki adli para cezalarının Sözleşme ve Anayasa'nın ortak koruma alanında bulunduğunu kabul etmekle birlikte, düşük miktardaki adli para cezalarına karşı usul ekonomisi amacıyla bir üst mahkemeye başvurma hakkının sınırlandırılmasını orantısız bir sınırlama olarak kabul etmemiş ve hak ihlali olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 2018 yılında somut norm denetimi üzerine vermiş olduğu kararında Ek 7 No.lu Protokolde beraat kararına karşı yapılan başvuru sonrasında verilen mahkûmiyet hükümleri yönünden hükmün denetlenmesini talep etme hakkına istisna tanınabileceğinin belirtilmiş olduğu halde, beraat kararı sonrasında verilen mahkûmiyet kararının da kişiler yönünden ciddi sonuçlarının olabileceğini kabul ederek, bu kararların denetim dışı kalmasını Anayasa'ya aykırı bulması; 2020 yılında vermiş olduğu kararında da Ek 7 No.lu Protokolde yalnızca ceza mahkûmiyetleri için kanun yoluna başvurma hakkının tanınması gerektiğinden bahsedildiği halde, kişi üzerinde ağır sonuçlar doğurabilen idari yaptırımları da ceza niteliğinde kabul ederek,

hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Böyle kararlara ilgililerin veya toplumun katlanmasını istemek adalete olan güveni sarsar ve hukuk devletini zedeler. Bu nedenle hak arama hürriyetinden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasamız açısından bu gereklilik, özel olarak düzenlenen hak arama hürriyetinin kapsamı ve mahiyetinden kaynaklanmaktadır.” AYM, E. 2018 / 71, K. 2018 / 118, 27.12.2018, §. 8, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.



hükümün denetlenmesini talep etme hakkının kapsamını geniş yorumlaması, bu haktan daha fazla istifade edilmesine imkan tanıyacağından, bu kararlar kişi hak ve hürriyetleri açısından büyük bir önemi haizdir.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi kararlarında düşük miktarlı adli para cezası ve idari para cezalarına ilişkin mahkeme kararlarına karşı ise hükümün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılabilceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararına konu olmamakla birlikte, kanun yoluna başvurma hakkını sınırlayan kanun maddeleri sadece düşük miktarlı adli ve idari para cezaları ile sınırlı değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde 2014 yılında yapılan değişiklik ile konusu beş bin Türk lirasını⁵⁴ geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kanun yolu denetimi dışına çıkarılmıştır.

Kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılması, çalışmamızda yer vermiş olduğumuz kanun yoluna başvurulmasının sağlamış olduğu faydalardan bu mahkeme kararlarının yoksun kalması sonucunu doğuracaktır. Mahkeme kararındaki olası hataların düzeltilmemesi, aynı veya benzer konuya ilişkin farklı kararların var olması ve bu doğrultuda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin zedelenmesi, bu sakıncalar arasında sayılabilir.

Bununla beraber, özellikle adli para cezalarının sonuçlarını düşündüğümüzde kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılması, mahkûmiyet kararında bir hatanın varlığı halinde ciddi hak yoksunluklarına da sebep olabilecektir. İdari para cezaları⁵⁵ üzerine verilen yargı kararları ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun belirli bir parasal sınıra kadar olan vergi, tam yargı ve iptal davaları açısından kanun yoluna başvurma hakkına getirilen sınırlamaları ele aldığımızda ise, bu yargı kararlarına konu hukuki durumların idarenin tek yanlı tasarrufu ile hukuki sonuç doğurduğunu, bu kararların tek hakimle verildiğini ve idarenin hukuka uygunluğunun hukuk devleti idealinin gerçekleştirilmesindeki önemi dikkate alındığında, söz konusu kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılmasının, hak arama hürriyeti önünde önemli bir engel olduğu sonucuna ulaşılabilir.

⁵⁴ 2021 yılı itibarıyla yeniden değerlendirme oranı ile bu tutar 7.000 TL ye çıkmıştır.

⁵⁵ Kabahatler Kanunundaki idari para cezalarına karşı başvuru üzerine sulh ceza mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı itiraz yolunun açık olması gerektiği yönündeki değerlendirmeler için bkz: Muhammed Taha Büyüktavşan, "Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Y. 6, Aralık, 2018, ss. 279-313, s. 311.

KAYNAKÇA

Akıylmaz Bahtiyar / Sezginer Murat / Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder / Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Birtek Fatih, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Büyüktavşan Muhammed Taha, “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Y. 6, Aralık, 2018, ss. 279-313.

Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Erdem Mustafa Ruhan / Şentürk Candide, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Kuru Baki / Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Metin Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasa İlkesi midir?”, SDÜHFD, C. 7, S. 1, Y. 2017, ss. 1-74.

Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017

Yıldırım Turan, Yasin Melikşah, Kaman Nur, vd., İdare Hukuku, 6.Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015.



KASTEN YARALAMA SONUCU YÜZDE SABİT İZE NEDEN OLMA (TCK m.87/1-C)

*Causing Permanent Scar on Face as a Result of Intentional Injury
(Turkish Penal Code Art.87/1-C)*

Seydi KAYMAZ*

Özet

İnsanların karşı karşıya geldiklerinde ilk göze çarpan vücut bölgesi “yüz” bölgesidir. “Yüz”, kişiler üzerinde olumlu veya olumsuz etkilere neden olur. Yüzdeki değişimler ve yaralanma sonucu oluşan izler, kişilerin psikolojisini, sosyal ve ekonomik hayatını olumsuz etkiler. O nedenle, kanun koyucu kasten yaralama sonucu yüzde sabit iz neden olunmasını neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama olarak kabul etmiştir (TCK m.87/1-c). Ancak yüzdeki bir izin TCK’nın 87/1-c maddesi anlamında sabit iz niteliğinde olup olmadığına ilişkin tespit büyük ölçüde sübjektif değerlendirmelere dayanmaktadır. Bu da, kanunun uygulanmasında belirsizliğe, kanunun benzer olaylar bakımından farklı şekilde uygulanmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle TCK’nın 87/1-c maddesindeki düzenleme, kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ilkesine aykırı olup, kanımızca TCK’nın 87/1-c maddesi kanundan çıkarılmalıdır. Bu maddenin korunmasının tercih edilmesi halinde ise, nesnel kriterlere dayalı olarak yüzde sabit izin tespiti yoluna gidilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Yüz, Yüzde sabit iz, kasten yaralama, Adli Tıp Kurumu, neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama.

Abstract

The first noticeable body area when people come face to face is the “face” area. The “face” causes positive or negative effects on people. Changes in the face and scars caused by injury negatively affect the psychology, social and economic life of people. For this reason, the legislator has accepted the permanent scar on the face as a result of intentional injury as a situation that is aggravated by the result (Turkish Penal Code art.87/1-c). However, the determination of whether a facial scar is a fixed mark within the meaning of Article 87/1-c of the Turkish Penal Code is largely based on subjective evaluations. This causes uncertainty in the application of the law, and different application of the law in terms of similar events. In this respect, the regulation in Turkish Penal Code Article 87/1-c is contrary to the principle of certainty, which is a result of the principle of legality, and in our opinion, Article 87/1-c of the Turkish Penal Code should be removed from the law. If it is preferred to protect the article, permanent scar on the face should be proven based on objective criteria.

Keywords: Face, Permanent scar on face, intentional injury, Forensic Medicine Institution, Aggravated Injury on account of its consequences.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Doç. Dr., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, seydikaymaz@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0003-0427-9814>

GİRİŞ

Yüz, kişinin ilk göze çarpan bölgesidir. İnsanın dış dünyaya açılan penceresi olarak nitelenebilecek olan “yüz” başkalarıyla iletişimde hayati öneme sahiptir. O nedenle, yüz bölgesindeki yaralanmaların meydana getirdiği şekil değişiklikleri ve izler vücudun diğer bölgelerine göre çok daha büyük öneme sahiptir. Bu izlerin sebep olduğu manevi üzüntü ve acı da diğer yaralanmalara göre çok fazla olur.¹ Yüzde sabit ize neden olunmasının cezalandırılmasının nedeni de, vücutta meydana gelen travmanın şiddeti, yaranın tıbbi açıdan ağır olması değil, “yüz”ün görünümünde meydana değişim, diğer bir ifadeyle “yüz”ün doğal görünümünün bozulmasıdır.

Yüz bölgesindeki değişimler ve izler çoğu kez kişilerin psikolojisinin bozulmasına ve sosyal hayatında ciddi sorunlara neden olabilir.² Bu sebeptendir ki kanun koyucu, kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olunmasını neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hal kabul etmiş ve daha ağır bir ceza ile karşılamıştır.

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK’nın 456/2. maddesinde kasten yaralamanın çehrede sabit esere neden olması, kasten yaralama suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’nın 87/1-c maddesinde kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olunması kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, 765 sayılı TCK’da “çehrede sabit eser” kavramına yer verilmişken, 5237 sayılı TCK’da “yüzde sabit iz” kavramına yer verilmiştir. Her iki kavram ile kastedilen anlamın aynı olup olmadığı, bu kavramlarla, kastedilen vücut bölgesinin sınırları bakımından bir farklılık bulunup bulunmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.³

¹ ALKAN, Nevzat, “Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı.58, (2005), s. 153-154; MERAL, Orhan/AYAZ, Nusret, “Yüzde Sabit İz Yönünden Değerlendirilen Adli Olgular”, Smyrna Tıp Dergisi, Sayı.2, (2020), s. 40; KUMRAL, Bahadır/GÜNDOĞMUŞÜmit Naci/İNCE, Cengiz Haluk/İNCE, Gülsüm Nurhan, “Travma Olgularında Yüzde Sabit İz Kavramının Değerlendirilmesi”, Nobel Medicus, Cilt.10, Sayı.1, (2014), s. 21.

² Yüzün doğal görünümünün bozulması, kişilerde depresyon, uykusuzluk, kendisini küçük görme, konsantrasyon bozukluğu ve umutsuzluğa neden olur. Psikolojik etkiler, yaranın meydana getirdiği acıdan çok daha uzun sürer; çünkü yüzdeki izler ve değişimler her gün görünür ve kendisini hatırlatır. Yüzlerinde sabit iz bulunan kişiler sosyal hayattan kaçınırlar, çünkü başkalarının onları küçük göreceklere endişe ederler. İnsanların, doğal olmayan bir yüze sahip bulunan kişilerle ilişki kurmaktan kaçındıkları da bilinen bir husustur.

³ Erem’e göre, çehre yüz aynı anlama gelmez ve sınırları aynı değildir. Yazar’a göre, başın üst kısmından çenenin alt kısımlarına ve bir kulaktan öbür kulağa kadar olan çevre ve bu çevrenin görünüşünü tamamlayan kısımlar çehre kavramına dâhildir. EREM, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Cilt.III, Ankara 1985, s. 421. Bu konuda geniş bilgi için bkz aşağıda “yüz”ün Sınırları başlığı (II,B,1) altında yapılan açıklamalara bakınız.

Yüzdeki yaralanmayla ilgili diğer bir neticesi sebebiyle ağırlaşan hal; yaralamanın yüzde sürekli değişikliğe neden olmasıdır (TCK m.87/2-d). Yüz sınırları içinde oluşan yaralanmanın bıraktığı iz, o kişiyi önceden tanıyanların onu tanınmasında duraksamaya yol açacak şekilde yüzün doğal görünümünü bozmuş ise bu durumda ‘yüzde sürekli değişiklik’ ten söz edilir. Yüzde sürekli değişiklik halinde, yüzde meydana getirilen değişiklik daha yoğundur. Ağır yaralanmalar, yüze kezzap veya asit atılması genellikle yüzde sürekli bir değişikliğe neden olur.⁴ TCK’nın 87/2-d. maddesinde daha ağır bir yaptırım ile karşılanan yüzde sürekli değişikliğe neden olma suçu inceleme alanımızın dışında kalmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, bazı ülkelerde, kasten yaralama sonucu yüzde değişikliğe neden olunmasının özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Örneğin İsviçre Ceza Kanunu’nun 122. maddesinin 2. fıkrasında; bilerek bir kişinin yüzünde ciddi ve kalıcı bir deformasyona sebep olunması suç olarak düzenlenmiştir. Rusya Federasyonu Ceza Kanununda da, kasten yaralama fiili sonucu mağdurun yüzünde kalıcı bir şekil bozukluğuna neden olunması suçun nitelikli hali olarak yaptırım altına alınmıştır.⁵ (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, 111/1 md) Benzer bir düzenleme İspanya Ceza Kanununun 149. maddesinde de yer almaktadır.⁶ Almanya’da, bedensel görünümü bozan, kalıcı ve önemli bir değişikliğe neden olan fiiller kasten yaralamanın ağır hali olarak kabul edilmiş; (Alman Ceza Kanunu 226/1-3 md) yüz bölgesine ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır.⁷

⁴ Yüz sınırları içinde oluşan yaralanma, yüzün doğal görünümü bozmuş ve o kişiyi önceden tanıyanların onu tanınmasında duraksamaya, tereddütlere yol açacak nitelikte ise, “yüzde sürekli değişiklik” ten söz edilir. Oysa yüzde sabit iz kişiyi tanıyanlarda bir tereddüde neden olmaz. Kulakların kopması, burnun yarılması, kezzap atılması sonucu oluşan derin ve yaygın yanıklar yüzde sürekli değişikliğe örnek gösterilebilir. **GÖKCEN**, Ahmet/ **BALCI**, Murat, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt. 21, Sayı.2, (2016), s.390. **KOCA**, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 228. **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı Ankara 2019, s. 259.

⁵ İsviçre Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/9131/file/SWITZ_CPC.pdf (Erişim Tarihi: 1.9.2021).

⁶ Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/4247/file/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf. (Erişim Tarihi: 1.9.2021)

⁷ Alman Ceza Kanunu md.226/1-3: “*Yaralama, kayanan kişinin;*
1.bir veya iki gözünün görme yeteneğinin, işitme, konuşma veya üreme yeteneklerinin kaybolmasına,
2.bedenin önemli bir uzvunun kabyolmasına veya bu uzvun daimi olarak kullanılamaz hale gelmesine veya,
3.bedensel görünümü bozan, kalıcı ve önemli bir değişikliğe veya malüliyetefeyce veşa ruh hastalığına veya sakatlığa maruz kalmasına neden olmuşsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” .Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), (Çev. **YENİSEY**,



Yüzdeki yaralamalar bakımından ayrı bir düzenleme yapan ülkelerde de, “yüzde sabit iz”e neden olmanın değil de, yüzün sürekli değişikliğine neden olan yaralanmaların ağır yaralanma (*grievous injury*) kabul edildiği ve daha ağır bir yaptırım ile karşılandığı görülmektedir. “Yüzde sabit iz”in tespitindeki güçlükler ve bu tespitin sübjektif değerlendirmeler içermesi nedeniyle, kasten yaralama sonucu “yüzde sabit iz”e neden olma bakımından, ayrı bir düzenleme yapılmamış olması muhtemeldir.⁸

I. SUÇUN UNSURLARI

A. KASTEN YARALAMA SUÇU İŞLENMELİDİR

TCK’nın 87/1-c. maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hali için neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun oluşması için, temel suç olan yaralamanın kasten işlenmesi gerekir.⁹ Temel suç olan yaralamanın olası kastla işlenmesi de mümkündür. TCK’nın 87/4. maddesinin aksine, TCK’nın 87/1-c. maddesinde yazılı yüzde sabit iz neden olan temel yaralama fiilinin belli bir ağırlıkta olması aranmamıştır. Dolayısıyla kanuni düzenlemeye göre, TCK’nın 86/2. maddesine göre, basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek bir yaralama sonucu yüzde sabit iz meydana gelmesi halinde TCK’nın 87/1-c. maddesindeki suç oluşabilir. Ancak Yargıtay, yüzde sabit iz neden olan temel suç olan yaralamanın TCK’nın 86/2 maddesine temas eden yaralama niteliğinde değil, TCK’nın 86/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturduğuna basit yaralama niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine karar vermektedir.¹⁰Böylece, meydana gelen

Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, İstanbul 2015, s.334-335.

⁸ Avustralya’nın Queensland Eyaleti Ceza Kanunu’nun tanımlar başlığını taşıyan 1. maddesinde, yüzün görünüşünün ciddi ve sürekli olacak zarar görmesi ağır bir yaralanma hali olarak kabul edilmiştir. (legislation.qld.gov.au. (Erişim Tarihi: 1.9.2021). Hindistan Ceza Kanunu’nun 317 (Hindistan Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. https://www.iitk.ac.in/wc/data/IPC_186045.pdf. Erişim Tarihi:1.9.2021) Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun 111 (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz.https://www.legislationline.org/download/id/4247/file/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf. Erişim Tarihi: 1.9.2021) İsviçre Ceza Kanunu’nun 122 maddesinde kasten yaralama sonucu yüzde sürekli değişikliğe neden olunması yaptırım altına alınmıştır. (İsviçre Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/9131/file/SWITZ_CPC.pdf. Erişim Tarihi: 1.9.2021).

⁹ Çalışmanın amacı, kasten yaralama suçunu tüm yönleriyle ele almak olmadığından, kasten yaralama suçunun tüm unsurları incelenmemiş; yalnızca TCK’nın 87/1-c maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu yüzde sabit iz neden olma suçu bakımından özellik arz eden ve sorunlu olan hususlar ele alınmıştır.

¹⁰ “1) Müştekininyüzünde sabit iz meydana gelecek şekilde yaralandığı olayda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğindeki yüzde sabit izin, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında temel cezanın 5237 sayılı TCK’nin 86/1. maddesi yerine 86/2. maddesi gereğince belirlenmesi,” (Yargıtay 3. CD, 26.01.2021,2020/17858 E, 2021/2035

yaralama adli tıp açısından basit tıbbi tedavi ile iyileşmesi mümkün olmasına rağmen, eğer bu yaralanma yüzde sabit ize neden olmuş ise, bu temel yaralama fiili Yargıtay tarafından TCK'nın 86/2.maddesinde düzenlenen basit yaralama kapsamında değil, TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında kabul edilmektedir. Esasen, sorun, TCK'nın 86/1-2 maddesi ile TCK'nın 87/1-c maddesinde farklı ölçütlerin kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. TCK'nın 86/1-2. maddesinde, yaranın tedavi ve iyileşmesi ölçütüne göre bir değerlendirme yapıldığı halde, TCK'nın 87/1-c. maddesinde, TCK'nın 86/1-2 maddesinden farklı olarak, iyileşen yara sonucu yüzde meydana gelen iz'in niteliği ölçütü esas alınmıştır. Kasten yaralama, basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olmasına rağmen yüzde sabit ize neden olabilir. Bu durumda temel cezanın TCK'nın86/2. maddesine göre tayin edilmesi gerekir. Yargıtay'ın aksi yöndeki uygulamasının kanunun açık düzenlemesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

B. YARALAMA SONUCU YÜZDE SABİT İZ OLUŞMALIDIR.

1. “Yüz”ün Sınırları

Kelime olarak “yüz”, “*başta, alın, göz, burun, ağız, yanak ve çenenin bulunduğu ön bölüm, sima, çehre, surat*” anlamına gelmektedir.¹¹ 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde, TCK'nın 87/1-c maddesinde yer verilen “yüz” deyiminin “çehre” karşılığı kullanıldığına işaret edildikten sonra, “yüz”ün, “*kişinin boyun ve kulakları dahil, başın ön kısmını ifade*” ettiği belirtilmektedir. Her ne kadar, “çehre” ile “yüz”ün aynı anlama gelmediği, “yüz” ve “çehre”nin sınırlarının aynı olmadığı ileri sürülmüş ise de,¹²Kelime olarak “çehre” ile “yüz” aynı anlama gelmektedir¹³ ve 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde “yüz”ün “çehre” anlamında kullanıldığı belirtilmektedir.¹⁴

K)“Müştekide neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğindeki “yüzde sabit iz” in basit tıbbi müdahale giderilmesinin mümkün bulunmadığı gözetilip, sanığa verilen temel cezanın “TCK'nın 86/1. maddesi” gereğince tayin olunması gerekirken uygulama maddesinin “TCK'nın 86/2. maddesi” olarak belirtilmesi,” (Yargıtay 3. CD, 26.01.2021,2020/17016 E, 2021/2013 K).

¹¹ <http://www.tdk.gov.tr/>. (Erişim Tarihi: 5.3.2021)

¹² Bir görüşe göre, çehre “yüz” manasında değildir. Başın üst kısmının (saçlı deri sınırından) başlayıp çenenin alt kısımlarına ve bir kulaktan diğer kulağa kadar olan çevre ve bu çevrenin görünüşünü tamamlayan kısımlar “çehre” tabirine dahildir.(EREM, s. 421); Alkan'a göre, 5237 sayılı TCK'daki yüz'ün sınırları 765 TCK'dakine göre daha geniştir. (ALKAN, s. 154).Buna karşılık 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde de “çehre” ile “yüz”ün aynı anlama geldiği belirtilmiştir. (ÖZEN, Cahit/AKAY, Erdem, “Yüz Yaraları Komplikasyonları ve Adli Tıp Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt.41, Sayı.1-2, (2011), s. 20; KENDİ,Özer/ BİLGE, Yaşar, Çehrede Sabit Eser, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.47, sayı.1, (1998), s.172, 173.

¹³ <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 5.3.2021)

¹⁴ Bazı ülke kanunlarında da, “yüz”deki sürekli değişiklikler yaptırım altına alınmış iken,



Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Adli Tıp Uzmanları Derneği ve Adli Tıp Derneği uzmanlarınca hazırlanan rehberde göre; “yüz”ün sınırlarından; “*kişiyi cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı (saçı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölge dahil), yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula ile kesiştiği noktalar ile alta fossa jugularisten başlayıp yanlara doğru klavikulaları takip eden çizgiler arasında kalan bölge anlaşılmalıdır.*”

Buna göre, “yüz”ün sınırları içinde kalan diğer alanlarla birlikte, göz, göz kapağı ve kulak kepçesi ve dudaklardaki yaralanmalar bakımından yüzde sabit iz değerlendirilmesi yapılmalıdır. Ağız bölgesi de yüzün sınırları dâhilinde kalmaktadır. Dışarıdan görülmediği için ağız içindeki diğer yaralanmaların sabit ize neden olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Ancak, dudakların açık kalması veya kişinin konuşması halinde özellikle dışarıdan rahatlıkla görülebilen dişlerin kaybı veya dişlerdeki kırıklar da kişinin yüz görünümünü önemli ölçüde değiştirebilmekte ve bozabilmektedir. Bununla birlikte, dış kırıklarının yüzde sabit iz değerlendirilmesine esas alınıp alınmaması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, travmalarda diş kaybı kolay bir şekilde olduğundan bu diş kaybının kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hali kabul edilmesi ağır ve adil olmayan sonuçlara yol açar. Buna karşılık, konuşma ve gülme esnasında diş kayıplarının kişinin yüzünde olumsuz bir görüntüye sebep olacağı ve diş kayıplarının da sabit iz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen başka bir görüş; diş kayıplarının tedavi ile kolaylıkla düzeltilebileceği, bu nedenle sadece ön kesici ve premolar dişlerdeki implant ve protezle tedavisi yapılamayan diş kayıpları bakımından yüzde sabit iz değerlendirilmesi yapılması gerektiği şeklindedir.¹⁵ Yüze bakıldığında göze çarpan bütün organlardaki değişimlerin ve bu arada diş kırıkları ve kayıplarının sabit ize neden olup olmadığı bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.¹⁶ 2019 yılında güncellenen

bazı ülkelerde, “yüz” bölgesinin TCK’daki kadar geniş kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Örneğin, Hindistan Ceza Kanunu’nda “yüz” ile birlikte kafa bölgesindeki sürekli değişiklik (Hindistan Ceza Kanunu m.317), Belarus Ceza Kanununda ise yüz ile birlikte boyun bölgesindeki sürekli değişiklik yaptırım altına alınmıştır. (Belarus Ceza Kanunu m.147) Bu düzenlemelerden belirtilen bölgelerin “yüz” kapsamında kabul edilmediği sonucu çıkmaktadır.(Hindistan Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. https://www.iitk.ac.in/wc/data/IPC_186045.pdf. Erişim Tarihi:1.9.2021; Belarus Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1977.1.10.2021>)

¹⁵ BALCI, Yasemin/GÜRPINAR Kağan/AFŞİN, Hüseyin/ÇOLAK, Başar, “Diş Kayıplarının Yüzde Sabit İz Olarak Değerlendirilmesi: Bir Anket Çalışması”, Adli Tıp Bülteni, Cilt.26, Sayı.2 (2021).s.95.

¹⁶ Özdemir/Özdemir de, ön kesici dişlerdeki kırıkların sabit iz değerlendirilmesinde dikkate

Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberinde bazı hallerde diş kayıplarının yüzde sabit iz niteliğinde kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Sözü edilen Rehber'e göre, "*alt ve üst çenede yer alan ön kesici, canin ve premolar dişlerdeki kayıplar, implant ve protezle tedavisinin yapılamadığı durumlarda yüzde sabit iz olarak değerlendirmeye alınır. Değerlendirmede kişide önceden var olan diş kırık ve kayıpları, ağız açıklığı, diş ve dudak yapısı gibi kriterler de dikkate alınmalıdır. İmplant ve diş protezleri ise kullanılan materyalin niteliği ve işçiliğe göre kişinin kendi dişi ile ayrılamayacak ölçüde benzerlik gösterebileceklerinden yüzde sabit iz olarak değerlendirilmezler.*"¹⁷

Düzenlenen bazı raporlarda, diş kırıklarının yüzde sabit iz bakımından da değerlendirildiği görülmektedir. Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında, diş kırılmasının yüzde sabit iz niteliğinde olup olmadığının tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.¹⁸ Yargıtay'ın bu kararından, Yargıtay'ın diş kırıklarının da yüzde sabit ize neden olabileceği görüşünde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak ilk derece mahkemesince Yargıtay'ın bozma kararından sonra Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan alınan 15.7.2013 tarihli raporda, katılanın olaya bağlı yüz sınırları içerisinde cilt bütünlüğünü bozan travmatik lezyon tarif edilmediğinden, yüzde sabit iz tayinine mahal olmadığı belirtilmiş

alınması gerektiği görüşündedirler. **ÖZDEMİR**, M.Hakan/ÖZDEMİR Aynur Uzunoğlu, "Trauma Sonrası Kesici Diş Kırıkları Yüzde Sabit İz Kapsamında Değerlendirilmeli Mi?" Adli Tıp Bülteni, Cilt. 17, Sayı.1, (2012), s. 4.

Yazarlar, dişlerin ağız içinde yer almakla birlikte aynı zamanda yüz sınırları içinde bulunduğunu, dinlenme pozisyonunda dudakların birbirinden hafif açık durduğunu, cinsiyet ve yaşa bağlı değişiklikler olmakla birlikte özellikle üst ve alt kesici dişlerin görünür pozisyonda olduğunu, o nedenle özellikle ön kesici dişlerdeki kırıklar-eksikliklerin, yüzde sabit iz kapsamında kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Balandız ise, ön diş kırıklarının yüzde sabit iz kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun tartışmalı olduğunu belirtmekle yetinmektedir. **BALANDIZ**, Hüseyin, "Adli olgularda diş yaralanmalarının değerlendirilmesi", Gülhane Tıp Dergisi, Cilt. 59, Sayı. 3, s. 55-56.

¹⁷ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>, s.11.(Erişim Tarihi:14.9.2021).

¹⁸ "Mağdur hakkında Bursa Adli Tıp Şube Müdürlüğünce düzenlenen 29/09/2006 tarihli raporda "sağ üst çene 2 nolu kesici dişin kırılmasının yüzde sabit iz niteliğinde" olduğunun belirtildiği, mağdurdaki yaralanmanın niteliği hususunda oluşan çelişkinin giderilmesi için mağdura ait tüm tedavi evraklarının adli tıp kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek mağdurdaki yaralanmanın yüzde sabit ize neden olup olmadığının tereddüde mahal bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." (Yargıtay 3.CD, 03.12.2012, 2011/39470 E, 2012/40900 K).



ve böylece diş kırığı sabit iz bakımından değerlendirilmemiştir.¹⁹ İstisnai bazı raporlar hariç, adli tıp uygulamalarında diş kırıkları ve diş kayıpları yüzde sabit iz bakımından değerlendirilmemektedir. Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi ve Adli Rapor Tanzimi İçin Rehber'de, diş kırıkları ve diş kayıplarının basit tıbbi müdahale ile giderilip giderilemeyeceği, keza, diş kırıkları veya kayıplarının ve işlevin zayıflamasına veya kaybına neden olup olamayacağı değerlendirilmiş; ancak yüzde sabit iz bakımından bir değerlendirmede bulunulmamıştır.²⁰

Kesi ve benzeri bir yara niteliğinde olmasa da yüzdeki sinir yaralanmaları da yüzün görünümünün değişikliğine neden olabilir;²¹ o nedenle, kanımızca sinir yaralanmalarının da sabit iz niteliğinde olup olmadığı her somut olayda değerlendirilmelidir.

Yüze bakıldığında, boyun bölgesinde yaralanma sonucu meydana gelen değişimler de kolaylıkla göze çarpar. Dolayısıyla yaralanma sonucu boyun bölgesindeki kalıcı ve ilk bakışta fark edilebilen izler de yüzde sabit iz kapsamında kabul edilmelidir. Yargıtay da boyun bölgesinde yaralanma sonucu meydana gelen değişikliklerin sabit ize neden olup olmadığının tespit edilmesine karar vermektedir.²²

Bir görüşe göre, saçlı derinin başlama yerinden sonraki baş bölgesi “yüz” olarak kabul edilemez. Bu itibarla, mağdurun kısmen veya tamamen

¹⁹ “ Bozma sonrasında ATK 2. İhtisas kurulu tarafından tanzim edilen 15 Temmuz 2013 tarihli rapor uyarınca katılanın olaya bağlı yüz sınırları içerisinde cilt bütünlüğünü bozan tramvatic lezyon tarif edilmediğinden yüzde sabit iz tayinine mahal olmadığına şekilde görüş belirtildiği, daha sonra Bursa Adli Tıp Şube Müdürlüğünden aldırılan 08/07/2014 tarihli raporda da katılandaki mevcut sağ scrotumdahematosele dişte kırık oluşturan yaralanmasının müstakilen ve müştereken BTM ile giderilemeyecek nitelikte olduğunu belirtilmesi nedeni ile sanığın katılana yönelik BTM ile giderilemeyecek şekilde kasten yaralama suçunu işlediğinin sabit olduğu...” (Mustafakemalpaşa 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 6.11.2014, 2013/50 Esas, 2014/428 Karar)

²⁰ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi. <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>. (Erişim Tarihi: 14.9.2021)

²¹ ÖZEN/AKAY, s.20.

²² “1) Mağdurun Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 13.06.2014 tarihli adli raporunda; “alt çene kemiği kırığı düzeltme ameliyatına bağlı boyun sağ üst kısımdaki kesi nedbesinin belli bir mesafeden belirli bir dikkat sarfetmeden farkedilebilir özellikte bulunduğu, yüzde sabit iz (çehrede sabit eser) niteliğinde olduğu”nun bildirilmesi karşısında, mağdurun geçici ve kesin raporlarla varsa hastane müşahade kağıtları, film ve grafleri ve tüm hastane evrakları ile birlikte muayene edilmek üzere Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesi'ne gönderilerek meydana gelen sabit ize neden olan yaralanmanın tedavi sonucu mu yoksa yaralama eylemine bağlı olarak mı oluştuğu hususunda rapor aldırılarak sonucuna göre, sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması”, (Yargıtay 3.Ceza Dairesi, 03.04.2017, 2016/9613 E, 2017/3887 K)

kel olması ve sabit izin de bu bölgede oluşması halinde bu iz TCK'nın 87/1-c maddesi anlamında sabit iz kabul edilemez.²³ Buna karşılık, Adli Tıp Uzmanları tarafından hazırlanan rehberden anlaşıldığı kadarıyla kişinin yüz sınırlarının zaman içinde değişebilmesi mümkündür. Gerçekten, söz konusu rehberde, kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırının, saçı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölgenin de yüz sınırlarına dâhil olduğu belirtilmektedir.²⁴ Dolayısıyla saç azalması veya dökülmesi sebebiyle daha önce yüz sınırları kapsamında kabul edilmeyen frontal bölgenin bir kısmı yüz sınırlarına dâhil olmuş olacaktır. Kanımızca, nasıl ki yüzün sınırları frontal bölgenin saçsız hale gelen kısmını kapsayacak şekilde genişliyorsa, tersi durumda, örneğin, saçı dökülen kişinin saç ektirmesi sonucu açık olan frontal bölgenin saçla kaplanması halinde, yüzün sınırları frontal bölgedeki saçlı alanla son bulmalıdır. Dolayısıyla bu bölgedeki iz yüzde sabit iz kabul edilmelidir.

2. “Sabit İz”den Ne Anlaşılması Gerektiği

a. Genel Olarak

İnsan vücudunda oluşan her yara az ya da çok bir iz bırakır. Ancak her iz sabit iz olarak kabul edilemez. “yüz sınırları içerisinde oluşan yaranın iyileştikten sonra bıraktığı iz, gün ışığında veya iyi aydınlatılmış bir ortamda, insanlar arası sözel diyalog mesafesinden(1-2 metre) ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebilir durumda ise 'yüzde sabit iz'den söz edilir.²⁵ Yüzdeki izin sabit iz niteliğinde olup olmadığının değerlendirilebilmesi için söz konusu yaranın iyileşmesi gerekir. Bu da yaralanmanın niteliğine ve yaralanan kişinin yaşı ve hastalıkları ve benzeri etmenlere göre değişebilir. Adli Tıp Kurumu uygulamalarına göre, yüzdedeki izin sabit iz niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için yaralamadan itibaren en az altı ay geçmesi şarttır. Dokuların eski direnç ve yapılarına dönme süreci olarak tanımlanan yaralama süreci bazen yıllar alabilir. Bu durumda yara iyileşinceye kadar sabit iz değerlendirmesi yapılmamalıdır.²⁶ Dolayısıyla, hekim, yüzde sabit iz

²³ **ERMAN**, Sahir/ **ÖZEK**, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, s.111; **GÖKCEN**, Ahmet/ **BALCI**, Murat, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt. 21, Sayı.2, (2016), s.381.

²⁴ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi. <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>, s.11. (Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 14.9.2021)

²⁵ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi. <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf> (Erişim Tarihi: 14.9.2021)

²⁶ **AKTAŞ**, Ekin Özgür/**KAYA**, Ahsen, “Yaralama Suçlarının Adli Tıbbi Değerlendirilmesinde Kullanılan Kılavuza Bakış, Adli Tıp Bülteni, Cilt.22, Sayı.1,(2017), s. 51; **MERAL**/**AYAZ**, s. 40. Yara iyileşmesi, doku bütünlüğünün bozulması sonrası vücudun verdiği doğal tepkidir.



bakımından bir değerlendirme yapmak bakımından altı aydan fazla bir süre geçmesi gerektiğine karar verebilir.

Eğer yüzdeki iz olağan bir tıbbi tedaviyle giderilebiliyorsa, örneğin iyileşmeyi hızlandırıcı veya yüzdeki renk değişimlerine engel olan bazı ilaçlarla zaman içinde kaybolabiliyorsa “yüzde sabit iz”den söz edilemez.²⁷ Ancak öğretide hakim olan görüşe ve Yargıtay’ın uygulamalarına göre, sabit izin bir ameliyatla giderilmesi, yüzde meydana gelen izin sabit iz sayılmasına ve TCK’nın 87/1-c maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel kabul edilmemektedir.²⁸Adli raporlarda

Derinin bütün tabakalarını içeren yaralanmalarda(örneğin cerrahi yaralarda) mutlaka kalıcı bir iz oluşur. Kalan izin görüntüsünün nasıl olacağı bir takım faktörlere bağlıdır. Bunlardan bazıları; derinin tipi, yaranın vücuttaki yeri, yaranın yönü, çevre dokunun gerginliği, kişinin yaşı ve beslenme durumu gibi faktörlerdir. İki farklı kişide aynı yara farklı kalitede ve görüntüde yaralar meydana getirecektir. Kural olarak, yağlı ve koyu renkli cildi olan kişilerde göze daha kötü görünen yaralar meydana gelir. Açık renkli, kuru, kalın cildi olan insanlarda daha az göze çarpan yaralar oluşur. İnsan derisi, yaşın ilerlemesiyle beraber elastikiyetini kaybeder. Deri altı dokuda oluşan değişikliklerle beraber insan derisinde kırışıklıklar oluşmaya başlar. Bu oluşan kırışıklıklar yaşlı kişilerde derideki yara izlerini daha az görünür kılar ve bu yaraların genişlemesini engeller. Çocuklarda meydana gelen yaralar daha hızlı iyileşir ancak bu yaralar yaşlı kişilere kıyasla daha geniş ve daha kızarıklık eğilimindedir. Kesinin yönü de yaranın nihai görüntüsü üzerinde etkilidir. İnsan derisinde kollajen bağların dizilim yönüne bağlı olarak oluşan “Langer çizgileri” adı verilen gerilim çizgileri vardır. Bu çizgilere paralel olarak oluşan bir kesi daha minimal bir yara izi oluşturarak iyileşir. Başka bir konu da yaranın kendisiyle alakalı olmayıp yaranın ona bakan bir insan tarafından nasıl algılandığıdır. Yüzdeki estetik ünitelerin birleşme noktalarında(örneğin dudak ile yanağın birleşme noktası) olan bir yara ona bakan bir insan tarafından, zaten doğal görünümde bu noktada bir renk değişimi beklendiğinden daha silik olarak algılanacaktır. Bu sebeple aynı yara yanağın veya çenenin ortasında oluşmuş ise daha çok göze çarpacaktır. THORNE Charles H, “Techniques And Principles in Plastic Surgery”, İn: GRABB and SMITH’s Plastic Surgery,6th Edition, Philadelphia USA, 2007.s.3-6.

²⁷ MAHMUTOĞLU, s. 4; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 253.

²⁸ MAHMUTOĞLU, s.4; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 228; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere, s. 148; Yargıtay Ceza Genel kurulunun yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda bu yöndedir. “Sanığın olay tarihinde aralarında çıkan tartışma sonucu şikâyetçi eşini darbederek burun ve elmacık kemiklerinde kırık oluşacak şekilde yaraladığı, şikâyetçi hakkında Manisa Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından fiilin üzerinden yaklaşık 18 aylık süre geçtikten sonra yapılan muayeneye istinaden düzenlenen 01.08.2012 tarihli raporda, sol gözde içe çöküklük bulunduğunun görüldüğü belirtilerek fiilin yüzde sabit ize neden olduğunun bildirildiği, şikâyetçinin yüzünde tespit edilen sabit izin geçirilen bir operasyon sonucu giderildiği anlaşılan olayda; adli tıp uygulamalarının, yüzde sabit izin varlığını tespit eden raporların, yaranın iyileşme süreci de gözetilerek olayın üzerinden asgari altı aylık bir zaman dilimi geçmesinden sonra düzenlenmesi yönünde olması ve somut olayda da yaralama fiilinin şikâyetçinin yüzünde sabit ize neden olduğu yönünde kanaat bildiren Manisa Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 01.08.2012 tarihli raporunun, Afyonkarahisar Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 06.04.2011 tarihli raporunda belirtilen 12 aylık süre geçtikten sonra yapılan muayeneye istinaden düzenlenmiş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, Manisa Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 01.08.2012 tarihli raporunun hükme esas alınacak

genellikle travmanın ağırlığı değerlendirilmekle birlikte, yüzde sabit iz bakımından travmanın ağırlığı değil, yüzdeki yaralanma neticesinde oluşan sabit izin sosyal diyalog mesafesinden dikkat sarf etmeksizin fark edilebilir olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Özetle, TCK'nin 87/1-c maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçu bakımından, uygulanan darbenin şiddeti ile meydana gelen yaralanmanın ağırlığı ve vücut fonksiyonlarına etkisi değil, yaralama sonucu yüzde meydana gelen sabit izin fark edilebilirliği esas alınmaktadır. Durum bu merkezde olunca, yüzdeki sabit izin cerrahi müdahale ile giderilmesi halinde, yüzde sabit iz nedeniyle faile neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçundan TCK'nın 87/1-c. maddesine göre ceza tayin edilmesinin haklı bir gerekçesi kalmayacaktır. O nedenle, özellikle mağdurun rızasına dayalı olarak yapılan cerrahi müdahale sonucu yüzdeki sabit iz ortadan kaldırılmış ise bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz.²⁹ Buna karşılık, yüzdeki sabit izin saç, bıyık veya sakal ile kapatılması, bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanmasına engel olmaz.³⁰

Bazen yaralama sonucu yüzde bir kesi, yaranın iyileşmesi sonucu bir iz meydana gelmez; ancak gerek yüz bölgesindeki kemiklerin kırılması veya yer değiştirmesi sonucu yüzün görünümü değişebilir. Bu halde, yüzde meydana gelen iz ve görünüm değişikliği diyalog mesafesinden ilk bakışta fark edilebilir nitelikte ise, bu yüzde sabit iz kapsamında kabul edilerek TCK'nın 87/1-c maddesi hükümleri uygulanmalıdır.³¹

yeterlilikte olduğu, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 17.12.2014 tarihli rapordaki saptamanın ise, şikâyetçinin yüzünde tespit edilen sabit izin geçirilen bir operasyon sonucu giderilmesine ilişkin olup, bu hususun suçun niteliğini değiştirmeyeceği, bu durumda raporlar arasında çelişkiden de bahsedilmeyeceği ve eksik araştırmayla hüküm kurulmadığı kabul edilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.04.2017, 2015/3-1167 E, 2017/247 K).

²⁹ Tazminat hukuku açısından sorunun ele alındığı bir eserde, yüzdeki değişimin sürekli olmaması ve düzeltilmesinin mümkün olmaması halinde yüzde sabit iz nedeniyle tazminata hükmedilmesinin haksız zenginleşmeye neden olacağı belirtilmiştir. **VETTER**, Flávia/**TORRESPEREIRA**, Rodrigo/**LÍGIABLOCK**, Lilian/**MENYRVALZAITTER**, Wellington/**NOGUEIRA DE OLIVEIRA**, Rogério/**MARQUES FERNANDES**, Mário, “Critical Analysis of Methodologies for Valuation of Esthetic Damage and the Forensic Application in Brazil, RSBO Revista Sul-Brasileira de Odontologia, Volume.14, No. 3, julio-septiembre, 2017, s. 178-179. Aksi görüş için bkz. **GÖKCEN/BALCI**, s. 382; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 228. Benzer bir görüş için bkz. **ÖZDEMİR**, Yusuf, “Adli Tıp Pratiğinde Yüzde Sabit iz Kavramı” Uzmanlık Tezi, Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Diyarbakır 2019, s. 62.

³⁰ **EREM**, s. 422, **GÖKCEN/BALCI**, s. 382

³¹ “1) Müştekinin 14.04.2015 tarihinde Muş Devlet Hastanesinden alınan raporunda “Nazal septumda sola deviasyon mevcut, nondeplasefraktürün hayati tehlikesi yoktur” belirtildiği, söz konusu raporun kendi içinde çelişki olduğunun tespit edilmesi karşısında; müştekinde meydana gelen yaralanmanın niteliğinin kesin olarak belirlenmesi, yaralanmanın özellikle yaşamsal tehlikeye, yüzde sabit iz veya sürekli değişikliğe, duyarlından veya organlarından



Buna karşılık, ağzın çarpılması, saç veya bıyık dökülmesi gibi durumların da yüzde sabit iz kapsamında kabul edilmesi gerektiği belirtilmekte ise de,³² kanunilik ilkesi uyarınca bu görüşe katılmak mümkün değildir.³³

b. Sabit İz'in Tespiti

Hakim, ancak çözümü teknik ve özel bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurabilir. Bu bağlamda, meydana gelen yaralamanın niteliği, hayati tehlikeye neden olup olmadığı, basit tıbbi bir müdahale ile tedavi edilip edilemeyeceği, yaralamanın vücut fonksiyonlarına etkisi tıbbın konusudur ve bu konularda tıp uzmanlarından rapor alınması gerekir. Yaralama sonucu yüz bölgesinde meydana gelen izin TCK'nın 87/1-c maddesi anlamında "yüzde sabit iz" niteliğinde olup olmadığı hususunda uzman bir hekimden görüş alınması gerektiği düşünülebilir. Kuşkusuz ki, yüzde ize sebep olan yaranın iyileşme sürecinin tamamlanıp tamamlanmadığı ve dolayısıyla meydana gelen izin zaman içinde kaybolmasının mümkün olup olmadığı hususu tıbbın konusudur ve bunun tespiti için uzman bir hekimden rapor alınması gerekir.

TCK'nın 87/1-c maddesinde yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan hali olarak düzenlenen "yüzde sabit iz"den söz edilebilmesi için, bu izin aydınlatılmış bir ortamda sözel diyalog mesafesinden ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebilir olması gerekir. Bu ise tıbbi bir konu değildir. Ayrıca, bu husus uzmanlığı gerektiren özel ve teknik bir konu da değildir. Esasen "yüz"ün tanımı ve sınırlarının tespiti de tıbbın konusu değildir. Hâkim, yüzdeki izin nitelikleri konusunda uzman bir hekimden rapor alabilirse de, aydınlatılmış bir ortamda yüzdeki izin sözel diyalog mesafesinden belirgin bir şekilde fark edilebilir olup olmadığını kendisi tespit edebilir; bunun için uzman bir hekimden

birinin işlevinin sürekli zayıflamasına veya yitirilmesine neden olup olmadığı, meydana gelen kemik kırığının hayati fonksiyonlara etkisinin kaçınıcı derece olduğu hususlarının tespiti bakımından, katılana ait tüm tıbbi evrak ve raporlar ile varsa graflerin temini ve katılanın bizzat muayenesi de sağlanarak, 5237 sayılı TCK'nın 86. ve 87. maddelerindeki ölçütlere uygun olarak en yakın Adli Tıp Şube Müdürlüğünden rapor alınması gerekirken, yetersiz raporun hükme esas alınmak suretiyle sanığın hukuki durumunun belirlenmesi," (Yargıtay 3. CD, 26.01.2021, 2020/17793 E, 2021/2092 K.) "Katılan hakkında Bakırköy Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 03.03.2016 tarihli raporda "sağ lateral nazal kemikte hayat fonksiyonlarına etkisi orta (2) derecede etkileyecek nitelikte çökme tarzda fraktür olduğu" şeklinde tespitite bulunulmasına rağmen, katılan hakkında sabit iz yönünden değerlendirme yapılmadığı ve bu haliyle katılanın yaralanması hakkında düzenlenen raporun hüküm kurmaya elverişli olmadığı anlaşılmakla, katılanın tüm tedavi evrakları ve raporlarıyla birlikte en yakın Adli Tıp Şube Müdürlüğüne sevk edilerek yaralanmasının özellikle yüzünde sabit ize neden olup olmadığı hususunda duraksamaya yer vermeyecek ve niteliği hususunda.... kesin raporu aldirılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması," (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 19.01.2021, 2020/18003 E, 2021/1377 K)

³² ÖZBEK, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı TCK İzmir Şerhi*, Cilt.2, Ankara 2010, s. 425; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 252; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere, 148.

³³ Aynı yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.228.

veya estetik uzmanından görüş ve rapor almasına ihtiyaç yoktur.³⁴Fakat Yargıtay'a göre, yüzdedeki izin sabit iz niteliğinde olup olmadığı çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir husustur ve bilirkişiye başvurulması zorunludur. O nedenle, Yargıtay,hâkimlerin gözlem yapmak suretiyle yüzde sabit izin varlığı veya yokluğuna sonucuna ulaşarak vermekte olduğu kararları bozmaktadır.³⁵

³⁴ Adli Tıp Kurumu da, geçmişte vermiş olduğu birkaç kararda, yüzdedeki izin sabit olup olmadığı hususunun tıbbi bir konu olduğu, ancak belli bir mesafeden fark edilebilen bir iz olup olmadığının tespitinin ise tıbbın konusu olmadığını belirtmiştir. Bu kararlardan biri şu şekildedir: “Bir yaranın yüzde bıraktığı izin sabit olup olmadığını, yani zamanla silinip görünmez bir hale gelip gelmeyeceğinin tespiti tabiatıyla ilim, fen ve tıp işidir. Böyle bir izin sabit olduğu anlaşıldıktan sonra, onun TCK'nın 456. maddesinde yazılı (çehrede sabit eser sayılmayacağı) işine gelince; kanunun başka yerlerdeki yara izlerini söz konusu etmeyerek yalnız yüzdekine önem vermesi ve bunun devamlı zaaf ve uzuv tatili gibi sıhhat ve iş kabiliyetinden ayrı olarak göze alınmasından anlaşılacağı üzere, kanunun bu çevredeki amacı tamamıyla şekil ayıbıdır. Bir yara izinin şekil ayıbı sayılacak soydan olup olmadığını takdirinin ilim ve tıp bilgileriyle bir ilgisi olmamak gerekir. Bu, bir ilim ve fen adamı olan bir hekimin bu çevrede bir düşünce ileri sürmeyeceği demek olmayıp, bu husustaki ölçü ve kriteriyumun ilim ve fen kaide ve usulleri değil, o izin yaralının normal durumuna tesir edebilen bir eser sayılıp sayılmayacağı esasını göz önüne almaktır. Buna göre aynı yerde ve aynı şekil ve mahiyette olan bir iz, yaralının cinsine, sosyal durumuna, bulunduğu ve yaşadığı muhitin bakım ve görüş ve düşüncelerine göre çehrede sabit eser sayılabileceği halde, başka birinde böyle olmayabilir. Bunda o izin bazı yollarla gözden saklı tutulabilmesi imkanının da yerine ve derecesine göre tesiri olabilir. Mesela, bir genç kızın yüzünde ve ilk bakışta göze çarpan bir yerde küçük ve güzelliğe tesir eder soydan olmamakla birlikte, o kız ve kadının bir kıskançlık uyandıran bir oynaklık ve yolsuzlukta bulunmuş olması, şüphesizdir ki, o izin bunların düşündürmeyecek başka bir kimsede veya başka bir muhitte kız ve kadının yüzünde olmasından çok daha önemlidir. Bu çevrede birçok misallerle iş daha çok aydınlatılabilirse de, bu tek misal kanun maddesinin o kısmını ne suretle uygulamak gerekli olacağını çok açık gösterebileceğinden, başka misaller aramak gerekli görülmemiştir.

İşte, bu düşünceler tesiriyledir ki, Kurulumuz kendisini bu işlerde kompetan görmediği gibi, işleri kriteriyumları ilim, fen ve sanat kaide ve usullerine dayanan anatomi enstitüsü ve güzel sanatlar akademisini de bu çevrede kompetan görmemektedir. Fikrimizce, mahkeme bu işlerde yaralının cinsine, sosyal durumuna, yaşadığı yer ve bulunduğu muhite göre o çevrede genel hak telakkilerini bilip uygulayabilecek ve tabiatıyla her olayın özelliklerine göre başka başka kimselerden teşekkülü gerek olacak bir ekspere ve yerine ve işine göre birkaç ekspere başvurması uygundur. Ekspere seçimi işinde iki tarafın oy ve düşünceleri de alınabilirdi.” (Adli Tıp Meclisi, 18.7.1944, 1676). SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık/YAŞAR, Osman, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Cilt.6, Ankara 2003, s. 6820-6821.

³⁵ “Mağdure ile ilgili halk sağlığı uzmanı tarafından düzenlenen ilk raporda “yüzde yaralanma sonucu estetik yönden kadına zarar veren yaralanma olduğu” şeklinde değerlendirme yapıldığı, adli tıp uzmanı tarafından verilen raporda ise yüzde sabit yönünden herhangi bir tespite yer verilmemesi karşısında mağduredeki yaralanmanın yüzde sabit ize neden olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınmaması suretiyle eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır. Yerel mahkeme hakimi tarafından duruşmada gözlem yapılarak yaralanmanın sabit iz niteliğinde olduğu kabul edilmiş ise de mağdurede meydana gelen yaralanmanın sabit iç niteliğinde olup olmadığı hususu özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konu olup hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi



Hekim tarafından yapılırsa da “*yüzde sabit iz*”in mevcut olup olmadığına ilişkin değerlendirme, kaçınılmaz olarak bünyesinde sübjektif unsurlar barındıracaktır. Gerçekten, yüzde sabit izin tespitine ilişkin en büyük sorun, her hekim tarafından aynı şekilde uygulanabilir, objektif ve kesin kriterlerin bulunmamasıdır. Mağduru muayene ve gözlemleyerek rapor düzenleyecek olan hekim, odanın aydınlanma durumu, görme keskinliği, dikkatinin düzeyi, estetik anlayışı veya tecrübesi gibi birçok sübjektif nitelikteki parametreye göre rapor düzenleme yoluna gitmektedir.³⁶Gün ışığının aydınlatma miktarı/gücü, günün değişik evrelerine göre farklılık gösterebileceği gibi, muayene yapılan odanın gün ışığından ne ölçüde yararlandığı da odanın konumuna göre farklılık arz edebilecektir. Aynı şekilde muayeneyi yapan hekimin görme yetisi ve dikkatine göre de farklı sonuçlara varma ihtimali her zaman mevcuttur. Kısaca tekrarlamak gerekirse, yüzde sabit iz konusunda düzenlenen raporların tamamen objektif olduğu ve kesin kriterlere göre belirlendiğini söylemek mümkün değildir. Bu durumda da benzer olaylarda ve hatta aynı vakada değişik raporlar düzenlenebilmektedir. Benzer yaralanmalar bakımından birbirinden farklı raporlar düzenlenmesi,³⁷ kanunun aynı nitelikteki filler bakımından farklı uygulanmasını sonuçlamakta, böylece adil ve isabetli olmayan kararlar verilebilmektedir. ³⁸Yüzde sabit ize neden olunması

ile çözümlenmesi mümkün olmadığından bilirkişiye başvurulması zorunludur.” (Yargıtay CGK, 13.5.2014, 2014/3-1 E, 2014/256 K)

³⁶ **ASİÇİOĞLU**, Faruk/**GELİR**, Ali/**YALÇIN**, Ozan/**ŞENA** Ayşegül/**YALÇIN**, Dilan, “Adli Tıpta İnovatif Yaklaşımlar: Yüzde Sabit İz Tanısında Öznellikten Nesnellığe (Bu Amaçla Optomekanik Sistem Tasarımı)”, (Tebliğ), 15. Adli Bilimler Kongresi, 12-15 Nisan 2018 Antalya, Cilt.1, Sayı.1, s. 11.

³⁷ Uygulamada, sabit izin tespiti bakımından değişik, ölçütlere ve parametrelere başvurulduğu görülmektedir. Örneğin, Adli Tıp Kurumu uzmanı tarafından düzenlenen bir raporda, “*Yüz sınırları içerisinde tespit edilen yara izinin belirli bir mesafeden belirli bir dikkat sarf etmeden ilk bakışta fark edilebileceği*” belirtilmektedir. (Bolu Adli Tıp Şube Müdürlüğüne 13.3.2017 tarihinde mağdur M.C hakkında düzenlenen rapor) Aynı mağdur hakkında Bolu İzzet Baysal Üniversitesi İzzet Baysal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Tıp Kliniği tarafından düzenlenen 10.11.2017 tarihli raporda; “*Söz konusu nedbenin kişiler arası sözel diyalog mesafesinden yapılan muayenesinde yüz sınırları içerisindeki lezyonun kişinin beyaz tenli olması ve lezyonun kişinin ten rengi ile aynı olması nedeniyle belirli bir dikkat sarf etmeden, ilk bakışta dikkati çekmediği, yüzde sabit iz niteliğinde olmadığı*” belirtilmiştir. (Sözü edilen raporlar Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesinin 2017/1217 E ve 2017/2369 K sayılı dava dosyası içindedir.) İncelediğimiz bir başka raporda, “*lezyonun yüz sınırları içerisinde gün ışığında, iyi aydınlatılmış bir ortamda insanlar arası sözel diyalog mesafesinden (1-2 metre) ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebilir olmadığı saptanmıştır*” denilmektedir. (Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğüne düzenlenen 5.3.2018 tarihli rapor) Bazı raporlarda, “*gün ışığında sözel diyalog mesafesinden yapılan harici muayene*” den söz edilmektedir. (Sincan Adli Tıp Şube Müdürlüğüne düzenlenen 17/05/2017 tarihli rapor. Bu rapor Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesinin 2017/10 Esas sayılı dava dosyası içerisinde bulunmaktadır).

³⁸ Adli Tıp Şube Müdürlüğüne mağdur hakkında düzenlenen bir raporda, “*Yüz sınırları*

bakımından öngörülen cezanın, temel yaralama filine göre çok ağır olduğu dikkate alındığında, isabetli olmayan raporlar ve bu raporlara dayalı olarak kurulan hükümlerin sonucunun çok ağır olacağı açıktır. Niteliği itibariyle subjektif değerlendirme yapılması söz konusu olduğundan ve dolayısıyla farklı sonuçlara ulaşılabildiğinden, kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olunmasına ilişkin TCK'nın 87/1-c maddesindeki düzenleme kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesine aykırıdır. Zira “yüzde sabit iz”in tespiti bakımından objektif ölçütler mevcut değildir. Muayenenin yapıldığı ortam ve aydınlanma durumu, muayene veya inceleme yapan kişinin mağdur ile mesafesi, tespiti yapan kişinin estetik anlayışı, dikkati ve hatta o anki ruh hali gibi birçok etmene bağlı olarak yüzde sabit iz mevcut olduğu veya olmadığına karar verilmekte, bu durum da mahkemelerin benzer olaylar bakımından farklı kararlar verilmesine neden olmaktadır. Her somut olayda, yüzde sabit iz'in mevcut olup olmadığı ve dolayısıyla suçun unsurlarının oluşup olmadığı hususunda subjektif kriterlere dayalı olarak farklı sonuçlara ulaşılması ve hatta aynı olayda farklı raporların düzenlenmesi cezalandırılabilirlik bakımından keyfilik ve belirsizliğe neden olmaktadır.³⁹ Oysa devlet cezalandırma görevini, keyfi olarak yerine getirmemeli, suç ile neyin cezalandırıldığı ve neyin cezalandırılmadığı, subjektif ölçütlere göre düzenlenen yüzde sabit iz meydana gelip gelmediğine ilişkin raporlara bırakılmamalıdır.⁴⁰ O nedenle, suçun ve cezanın belirli olmasını emreden Anayasanın 38, TCK'nın 2 ve 7 ve AİHS'nin

içerisinde tespit edilen yara izinin belirli bir mesafeden belirli bir dikkat sarf etmeden ilk bakışta fark edilebileceği” ve yaralamanın yüzde sabit iz niteliğinde olduğunun belirtilmesi üzerine Bolu 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 27/03/2017 tarih, 2016/716 esas ve 2017/196 sayılı kararı ile, sanık M.C'nin TCK'nın 86/1, 86/3-a, 87/1-c, 29/1, 62/1, 53/1. maddeleri uyarınca 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sanığın istinaf kanun yoluna başvurusu üzerine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi tarafından davanın yeniden görülmesine karar verilerek yapılan yargılama aşamasında mağdurenin muayenesinin yapılarak yüzündeki yaranın sabit iz niteliğinde olup olmadığına ilişkin rapor aldırılmış, mağdure hakkında düzenlenen raporda yüzündeki yaranın yüzde sabit iz niteliğinde olmadığına karar verilmiştir. Bunun üzerine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesinin 28/12/2017 tarih, 2017/1217 E ve 2017/2369 K kararıyla ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, sanığın TCK'nın 86/1, 86/3-a, 87/3, 29, 62, 231/5-11 maddeleri uyarınca 1 yıl 5 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

³⁹ “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir... Kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.”Anayasa Mahkemesi, 3.10.2013, 2013/28 E, 2013/106 K)

⁴⁰ ÜNVER, Yener, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, in:Türk Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, Ankara 2014, s. 15.



7. maddesindeki kanunilik ilkesine . maddesindeki belirlilik ilkesine aykırı olan TCK'nın 87/1-c. maddesindeki düzenleme kanundan çıkarılmalıdır.^{41 42}

TCK'nın 87/1-c maddesindeki hüküm korunacak ise, yüzde sabit izin tespiti bakımından objektif kriterler belirlenmelidir.⁴³ Yakın zamanlarda, ülkemizde, objektif kriterlere göre, “yüzde sabit iz”in tespitine elverişli bir cihaz tasarlanmıştır. “YÜBİTA” (Yüz Bölgesinde İzlerin Tespiti ve Analizi) olarak adlandırılan⁴⁴ bu cihaz ile yüz bölgesindeki yara nedbesine ait izlerin bilimsel görüntü işleme programıyla incelenmesi ve böylece nesnel kriterlere göre, “yüzde sabit iz” konusunda bir karar verilmesi amaçlanmaktadır. Geliştirilen cihaz ile yüzde oluşan nedbe dokusu ile en yakın sağlam doku arasındaki cilt

⁴¹ TCK'nın 102. maddesinin ilk halinde, cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun ruh sağlığının bozulması da suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hali kabul edilmişti. Benzer olaylarda farklı kararlar verilmesi, hatta aynı olay ve mağdur bakımından birbiriyle çelişen raporlar verilmesi nedeniyle bu düzenleme eleştiri konusu olmaktadır. Ancak, söz konusu düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmış; ancak Anayasa Mahkemesi, bilirkişiden görüş alınarak ruh sağlığının cinsel suç nedeniyle bozulup bozulmadığına karar verilebileceği, o nedenle düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Esasen sorun da, bilirkişilerin değerlendirmelerinin objektif kriterlere dayanmaması, benzer ve hatta aynı olaylar bakımından farklı karar vermesidir. Her ne kadar, ruh sağlığının bozulmasını cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılan hal kabul eden düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş ise de, gerek kavramın belirsizliği ve benzer ve hatta aynı olaylarda farklı karar verilmesi gerekse mağdurun birden fazla kez muayene olmasının mağduriyetini artırması sebebiyle 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ruh sağlığının bozulmasını cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali kabul eden hüküm maddeden çıkarılmıştır.(Bkz. **YOKUŞ SEVÜK**, Handan, , “6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt.3, Sayı.2, (2015) s.136; **TANER**, Fahri Gökçen, “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı (2017), s. 67.

⁴² Bu noktada, kanundaki düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olmadığı, uygulamadaki zorluklar ve yüzde sabit iz konusunda verilen değişik kararlar verilmesinin belirlilik ilkesiyle ilgili olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, yüzde sabit ize ilişkin ölçütlerin mevcut olmaması, yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiği üzere, muayeneyi yapan kişi, muayenin yapıldığı ortam ve aydınlanma durumu, muayene veya inceleme yapan kişinin mağdur ile mesafesi,, tespiti yapan kişinin estetik anlayışı, dikkati ve hatta o anki ruh hali gibi birçok etmene bağlı olarak farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Bu da, belirsizliklere, keyfi uygulamalara ve kanunun benzer olaylarda farklı şekilde uygulanmasına yol açmaktadır. Kanımızca, subjektif kriterlere göre bir kavrama farklı anlamlar verilmesi de belirsizlik ilkesinin ihlali anlamına gelir.

⁴³ Dünyada, yüzdeki yara izlerin değerlendirilmesine ilişkin çeşitli yöntem ve ölçütler geliştirilmekle birlikte, günümüz için, herkes tarafından kabul gören bir yöntemin mevcut olmadığı belirtilmiştir. **IDRISS**, Nayla/**MAIBACH**, HowardI. “Scar A sssessment S cales: a D ermatologic O erview”, Skin Research Technology, 2009 Feb;15(1), s.1 vd.<https://onlinelibrary.wiley.com/>(Erişim Tarihi: 2.7.2021)

⁴⁴ <https://arsiv-haberler.itu.edu.tr/haberdetay/2019/11/28/-yubi-ta-projesi-ile-yara-izleri-tespitinde-adli-tipa-destek>. (Erişim Tarihi: 10.10.2021)

renk tonu ve seviye farkı gibi belirleyici unsurların ölçümü, yaranın uzunluk, alan ve hacim olarak büyüklüğünün matematiksel olarak saptanması suretiyle “yüzde sabit iz”e ilişkin değerlendirmenin standart kıstaslara göre yapılması mümkün olmaktadır.⁴⁵ Yüzde sabit iz konusunda tüm ülke genelinde yeknesak bir uygulama yapılabilmesi için sözü edilen cihazın tüm adli tıp merkezlerinde kullanılması büyük önem taşımaktadır.

c. Sabit İz’in Güzelliği Bozmasının Zorunlu Olup Olmadığı

Bu noktada, estetik açıdan olumsuz bir etkiye sahip olmayan ve hatta yüzü güzelleştiren, örneğin bir kadında gamzeye neden olan bir değişikliğin TCK’nın 87/1-c maddesi anlamında yüzde sabit iz kabul edilip edilmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bir görüşe göre, yüzün doğal görünüşünün bozulması, yüzde sabit iz meydana geldiğinin kabulü için yeterlidir; ayrıca çirkinleşmeye neden olması gerekli değildir.⁴⁶ Güzel veya çirkin olsun her insanın kendine ait olan ve zamanla şekillenen yüz şeklini koruma hakkına sahip olduğu ve kişinin yüzünün onun kişiliğinin bir parçası olduğunu savunan bu görüş sahiplerine göre, önemli olan, bir kimsenin görünüşünün değiştirilmiş olmasıdır. Bu itibarla, yaralama sonucu oluşan iz mağduru güzelleştirmiş olsa bile bu fıkra uygulanabilecektir.⁴⁷

Yüzde meydana gelen yaralanma çok istisnai hallerde- yüzde çirkin görünen bir et beninin kesilmesi gibi- bir güzelleşmeye neden olur. Yaralama sonucu yüzde gelen değişiklikler ve izler hemen her zaman yüzün doğal görünümünün bozulmasına ve çirkinleşmesine neden olur. Her ne kadar madde gerekçesinde ve TCK’nın hazırlık çalışmalarında bu konuda bir açıklık bulunmasa da, kanımızca kasten yaralama sonucu yüzde sabit iz neden olunmasının kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hali kabul edilmesinin nedeni, kişinin yüzünün doğal görünüşünün bozulması ve çirkinleşmeye neden olmasıdır. Yüzün doğal görünümünün bozulması ve çirkinleşmesi nedeniyledir ki, yaralamanın sağlığın bozulmasına ve vücut fonksiyonlarına etkisiyle orantılı olmayacak şekilde ceza tayin edilmektedir.

⁴⁵ AŞIÇIOĞLU/GELİR/YALÇIN/ŞENA/YALÇIN, s.11.

Nesnel veriler, yüzde sabit iz konusunda bir karar verilmesini mümkün kılmakla birlikte, kanımızca yüzde sabit iz bakımından yapılacak değerlendirme bazen subjektif bir değerlendirmeyi gerekli kılabilir. Örneğin, kırışık bir yüzde yatay şekilde oluşan bir izin, nesnel kriterlere göre sabit iz sayılması gerekebilir. Ancak kırışık bir yüzde, yatay şekildeki bir izin yüzün doğal görünümüne etkisi çok az veya hiç olmayacaktır. İşte, yüzün doğal görünümü ve estetiği üzerinde çok az etkili olan veya hiç etkili olmayan bir iz nedeniyle sanığın daha ağır ceza ile cezalandırılması adil olmayacaktır.

⁴⁶ KAYMAZ, Seydi/GÖKCAN, Hasan Tahsin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, Ankara 2006, s. 195, ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Suçları, İstanbul 1994, s.108. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide /ÇAKMUT, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 147.

⁴⁷ ÖNDER, s. 109; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 152; GÖKCAN/BALCI, s. 382



Bu açıdan bakıldığında, yüzde bir çirkinleşmeye neden olmayan, hatta estetik açıdan olumlu olarak nitelenebilecek değişiklikler nedeniyle sanığa daha fazla ceza tayin edilmesinin haklı bir nedeni yoktur.⁴⁸

C. MEYDANA GELEN AĞIR NETİCE OLAN “YÜZDE SABİT İZ” BAKIMINDAN SANIĞIN EN AZINDAN TAKSİRLE HAREKET ETMESİ GEREKİR.

Kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olma suçu neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suçtur. Dolayısıyla sanığın meydana gelen ağır netice olan yüzde sabit ize neden olma bakımından taksirinin mevcut olması bu suçun oluşması bakımından yeterlidir. (TCK m.23) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın sucun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. (TCK 22/1 md). Temel suç olan kasten yaralamanın kasten işlenmesiyle, ağır netice bakımından ortaya çıkan tehlikeyle birlikte özen yükümlülüğünü objektif olarak ihlal edilmiş olacaktır. Sanık, kişisel durumu ve içinde bulunduğu koşullar itibarıyla fiili sonucu mağdurun yüzünde sabit iz meydana gelebileceğini öngörebilecek durumda ise subjektif özen yükümlülüğünün gerçekleştiği kabul edilmeli⁴⁹ ve sanık meydana kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olmak suçundan sorumlu tutulmalıdır.

⁴⁸ Yüzün sürekli değişikliğinden söz edilebilmesi için, bu değişikliğin yüzü kötü yönde değiştirmesi, güzelliğini bozması gerektiği belirtilmiştir. **MİSHRA,Praveen/ TİWARİ, Vijay Pratap,**”Forensic Examination Of Simple Hurt And Grievous Hurt: A Spurious Distinction”, *ILI Law Review*, (SummerIssue 2020), s.14. <https://ili.ac.in/pdf/pmv.pdf>. (Erişim Tarihi: 12.5.2021).

Karşılaştırmalı hukukta, yaralama sonucu yüzde değişime neden olunmasının daha ziyade tazminat hukuku bakımından ele alındığı görülmektedir. Amerika’da yüzde sabit bir ize neden olma fiili nedeniyle mağdur lehine hükmedilen tazminat miktarının belirlenmesinde bazı ölçütler dikkate alınmaktadır. Bu ölçütlerden biri de, yüzdeki sabit izin plastik cerrahi ile görülmeyecek bir hale getirilebilmesidir. Eğer yüzdeki sabit iz bir plastik cerrah tarafından görülmeyecek hale getirilebiliyorsa daha az bir tazminata hükmedilmektedir. <https://www.millerandzois.com/face-scar-settlements.html> (Erişim Tarihi: 4.2.2021). Mağdur lehine hükmedilecek tazminat miktarının tespitinde, yüzde sabit iz bakımından yapılacak değerlendirmenin, mağdurun kişisel durumuna, bu bağlamda mağdurun yaşı, cinsiyeti ve yaşadığı sosyal çevreye bağlı olarak subjektif nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Yine estetik zarar bakımından üç unsurun dikkate alınması gerektiği, bunlardan ilkinin, değişimin kötü yönde olması, yani çirkinleşmeye neden olup olmaması, sabit izin kalıcı veya geçici nitelikte olması ve nihayet sabit izin yeri olduğu ifade edilmiştir. Yüzdeki değişimin sürekli olmaması ve düzeltilmesinin mümkün olmaması halinde yüzde sabit iz nedeniyle tazminata hükmedilmesinin haksız zenginleşmeye neden olacağı belirtilmiştir. **VETTER/TORRESPEREİRA/LÍGİABLOCK/MENYRVALZAITTER/NOGUEİRA DE OLÍVEİRA/MARQUES FERNANDES**, s. 178-179.Görüldüğü üzere, yüzdeki değişimin plastik cerrahi yöntemiyle düzeltilmesinin mümkün olması tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Kanımızca, eğer cerrahi bir müdahale ile yüzdeki izin giderilmesi mümkün ise, bu durum neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hal olarak kabul edilmemelidir.

⁴⁹ ÖZGENÇ, s. 285.

Sanığın, TCK'nın 87/1-c maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olma suçundan sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Buna göre, sanığın yüzde sabit iz bakımından olası kastla, hatta doğrudan kastla hareket etmesi halinde de TCK'nın 87/1-c maddesindeki suç oluşacaktır. 765 sayılı TCK'nın 456/2. maddesinde kasten yaralama sonucu çehrede sabit eser meydana getirilmesi kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmişti. TCK'nın 458. maddesinde, fiilin sanığın asıl maksadını aşması halinde ceza indirimi öngörülmüştü. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK bu suç neticesi sebebiyle ağırlaşan suç olarak kabul etmiştir. Bu son halde, TCK'nın 61/1. maddesine göre temel cezanın asgari seviyenin üzerinde belirlenmesi uygun olacaktır.

D. KASTEN YARALAMA İLE YÜZDEKİ SABİT İZ ARASINDA NEDENSELLİK İLİŞKİSİ BULUNMALI VE FİİL FAİLE OBJEKTİF OLARAK İSNAT EDİLEBİLMELİDİR.

Kasten yaralama fiili ile yüz bölgesinde meydana gelen sabit iz arasında nedensellik ilişkisi bulunmalı ve meydana gelen bu ağır netice faile objektif olarak isnat edilebilmelidir.⁵⁰ Yalnızca yaralama fiili ile ağır netice arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olması, failin bu ağır neticeden sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu noktada, uygun tedavi yöntemlerine başvurulmaması veya kusurlu cerrahi müdahale sonucu oluşan yüzdeki sabit iz sebebiyle failin sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerinde durulmalıdır. Eğer yüzdeki sabit iz, fiilin doğrudan sonucu değil de mağdurun kusurlu hareketi, yanlış tedavi yöntemlerine başvurmaması veya hiç başvurmaması sebebiyle oluşmuş ise bu netice faile objektif olarak yüklenemez.

Bazen, yapılan cerrahi müdahaleler sonucu yüzde sabit iz oluşabilir. Kanımızca, bu durumda sabit izin, tedavi için yapılması gereken cerrahi müdahalenin zorunlu bir sonucu olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer sabit iz, yapılması gereken cerrahi müdahalenin zorunlu bir sonucu değil de, kusurlu bir cerrahi müdahale sonucu meydana gelmiş ise, fail bu sonuçtan fail sorumlu tutulmamalıdır.⁵¹ Yargıtay ise, yüzdeki sabit izin yapılması zorunlu bir ameliyatın sonucu olup olmadığı veya sabit izin kusurlu bir ceza cerrahi müdahale sonucu oluşup oluşmaması bakımından bir ayırım yapmaksızın, ameliyat sonucu oluşan yüzdeki sabit izden sanığın sorumlu tutulamayacağına

⁵⁰ Objektif isnadiyet teorisine göre, fiilin neticesinin faile yüklenebilmesi için, netice failin fiilinin eseri olmalı ve fail nedensellik bağı üzerinde hâkimiyet sahibi bulunmalıdır. Kaza ve tesadüfün eseri olan netice faile onun eseri olarak yüklenemez. (KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 131; HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian, (Çeviren: Salih Oktar), *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2021, s. 94.

⁵¹ Erem, yanlış ve acemice bir tedavi sonucu çehrede sabit iz kalması halinden de failin sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir. EREM, s. 420



karar vermektedir.⁵²

SONUÇ

Kişinin yüzü, dış dünya ile ilişkilerde en önemli iletişim araçlarından biridir. Kişinin yüzünün güzel veya çirkin olması, o kişiyle iletişimde bulunanlarda o kişi hakkında bir olumlu veya olumsuz yargıya sebep olur. O nedenledir ki, yüzde oluşacak bir yaralanma ve bu yaralanma sonucu yüzde sürekli bir değişiklik veya iz meydana gelmesi, vücudun diğer bölgelerinden çok daha fazla ızdırap ve acıya neden olur. Ve yine bu nedenledir ki 765 sayılı mülga TCK'da olduğu gibi 5237 Sayılı TCK'da da yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olunması kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı hukukta da yaralama sonucu yüzde daimi bir değişiklik veya yüzde sabit ize neden olunması daha ağır bir yaptırım ile karşılanmıştır.

Bununla birlikte, “yüzde sabit iz”in tespitinin büyük ölçüde subjektif değerlendirmelere dayanması ve benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaşılması, hatta aynı olayda yüzde sabit iz bulunup bulunmadığı hususunda farklı tespitlerin yapılması, TCK'nın 87/1-c maddesinde düzenlenen bu neticesi sebebiyle ağırlaşan halin uygulanmasında belirsizliklere neden olmaktadır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da, kasten yaralama sonucu yüzde sabit ize neden olunmasının değil, yüzün daimi değişikliğine neden olunmasının nitelikli hal olarak kabul edildiği görülmektedir. Yaralamanın yüzde daimi bir değişikliğe neden olup olmamasını tayin etmek, yüzde sabit ize göre daha kolaydır. Yüzdeki yaranın bıraktığı izin TCK'nın 87/1-c. maddesi anlamda sabit iz niteliğinde olup olmadığının tespiti, bu tespiti yapacak kişinin görme yeteneği ve keskinliği, estetik anlayışı, dikkati, mağdura ne kadar uzaktan baktığı, ortamın aydınlatma durumu gibi her olayda değişkenlik gösteren birçok etmene bağlıdır. Bu konuda verilecek karar büyük ölçüde subjektif değerlendirmelere dayanacak ve benzer olaylardan farklı bir karara

⁵² Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, sanık hakkında yüzde sabit ize neden olma suçuna ilişkin hükümlerin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığının tayini açısından, meydana gelen sabit izin tedavi sonucu mu yoksa yaralanma sonucu mu oluştuğunun tespit edilmesini istemiştir. “1) Mağdurun Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 13/06/2014 tarihli adli raporunda; “alt çene kemiği kırığı düzeltme ameliyatına bağlı boyun sağ üst kısımdaki kesi nedbesinin belli bir mesafeden belirli bir dikkat sarfetmeden farkedilebilir özellikle bulunduğu, yüzde sabit iz (çehrede sabit eser) niteliğinde olduğu”nun bildirilmesi karşısında, mağdurun geçici ve kesin raporlarla varsa hastane müşahade kağıtları, film ve grafleri ve tüm hastane evrakları ile birlikte muayene edilmek üzere Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesi'ne gönderilerek meydana gelen sabit ize neden olan yaralanmanın tedavi sonucu mu yoksa yaralama eylemine bağlı olarak mı oluştuğu hususunda rapor aldırılarak sonucuna göre, sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Yargıtay 3.Ceza Dairesi, 03.04.2017, 2016/9613 E, 2017/3887 K)

ulaşılabilecektir. Bu ise, belirsizliğe ve uygulamada da sıkça görüldüğü üzere kanunun aynı hükmünün benzer olaylar bakımından farklı uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bu durum, kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ilkesine aykırı olduğundan, kanımızca, TCK'nın 87/1-c maddesindeki düzenleme kanundan çıkarılmalıdır.

Eğer TCK'nın 87/1-c maddesinin korunması düşünülüyorsa, tespiti yapan kişiden kişiye değişebilen ölçütler yerine, yüzde sabit iz mevcut olup olmadığına ilişkin tespitin mümkün olduğunca objektif ölçütlere göre yapılması yoluna gidilmelidir. Yüzde sabit izin tespiti bakımından, yakın zamanda İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü ile İstanbul Teknik Üniversitesinden akademisyenlerin işbirliğiyle yüzde sabit izin tespiti bakımından tasarlanan cihazdan istifade edilmesi mümkündür. Geliştirilen cihaz ile yüzde oluşan nedbe dokusu ile en yakın sağlam doku arasındaki cilt renk tonu ve seviye farkı gibi belirleyici unsurların ölçümü, yaranın uzunluk, alan ve hacim olarak büyüklüğünün matematiksel olarak saptanması ve değerlendirmenin standart kıstaslara göre yapılması mümkün olmaktadır. Yüzde sabit iz konusunda yeknesak bir uygulama yapılabilmesi için sözü edilen cihazın tüm adli tıp merkezlerinde kullanılması büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

AKTAŞ, Ekin Özgür/**KAYA**, Ahsen, “Yaralama Suçlarının Adli Tıbbi Değerlendirilmesinde Kullanılan Kılavuza Bakış, Adli Tıp Bülteni, Cilt.22, Sayı.1. (2017).

ALKAN, Nevzat, “Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı.58, (2005).

AŞIÇIOĞLU, Faruk/**GELİR**,Ali/**YALÇIN**, Ozan/**ŞENA** Ayşegül/**YALÇIN**, Dilan, “Adli Tıpta İnovatif Yaklaşımlar: Yüzde Sabit İz Tanısında Öznellikten Nesnellığe (Bu Amaçla Optomekanik Sistem Tasarımı)”,(Tebliğ), 15. Adli Bilimler Kongresi, 12-15 Nisan 2018 Antalya, Cilt.1, Sayı.1.

BALANDIZ, Hüseyin, “Adli olgularda dış yaralanmalarının değerlendirilmesi” Gülhane Tıp Dergisi, Cilt. 59, Sayı. 3 (2017).

BALCI, Yasemin/**GÜRPINAR** Kağan/**AFŞİN**, Hüseyin/**ÇOLAK**,Başar, “Diş Kayıplarının Yüzde Sabit İz Olarak Değerlendirilmesi: Bir Anket Çalışması”, Adli Tıp Bülteni, Cilt.26, Sayı.2 (2021).

BAYTAZ, Abdullah, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, İstanbul 2018.

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide /**ÇAKMUT**, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 2. Baskı, İstanbul 2011.



- EREM**, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Cilt.III, Ankara 1985.
- ERMAN**, Sahir/ **ÖZEK**, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994.
- GÖKCEN**, Ahmet/ **BALCI**, Murat, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt. 21, Sayı.2, (2016).
- HILGENDORF**, Eric/**VALERIUS**, Brian, (Çeviren: Salih Oktar), *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2021,
- IDRISS**, Nayla/**MAIBACH**, HowardI. “Scar Assessment Scales: a Dermatologic Overview”, *Skin Research Technology*, 2009 Feb;15(1). <https://onlinelibrary.wiley.com/> (Erişim Tarihi: 2.7.2021)
- KANGAL**, Zeynel, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı.17, (Aralık 2011).
- KAYMAZ**, Seydi/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, Ankara 2006.
- KENDİ**, Özer/ **BİLGE**, Yaşar, Çehrede Sabit Eser, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.47, sayı.1, (1998).
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı Ankara 2019.
- KUMRAL**, Bahadır/**GÜNDOĞMUŞ** Ümit Naci/**İNCE**, Cengiz Haluk/**İNCE**, Gülsüm Nurhan, “Travma Olgularında Yüzde Sabit İz Kavramının Değerlendirilmesi”, *Nobel Medicus*, Cilt.10, Sayı.1, (2014).
- MERAL**, Orhan/**AYAZ**, Nusret, “Yüzde Sabit İz Yönünden Değerlendirilen Adli Olgular”, *Smyrna Tıp Dergisi*, Sayı.2, (2020).
- MİSHRA**, Praveen/ **TİWARI**, VijayPratap, “Forensic Examination Of Simple Hurt and Grievous Hurt: A Spurious Distinction”, *ILI Law Review*, (Summer Issue 2020).
- ÖNDER**, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Suçları*, İstanbul 1994.
- ÖZBEK**, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı TCK İzmir Şerhi*, Cilt.2, Ankara 2010.
- ÖZDEMİR**, M.Hakan/**ÖZDEMİR** Aynur Uzunoğlu, “Travma Sonrası Kesici Diş Kırıkları Yüzde Sabit İz Kapsamında Değerlendirilmeli Mi?” *Adli Tıp Bülteni*, Cilt. 17, Sayı.1, (2012)
- ÖZDEMİR**, Yusuf, “Adli Tıp Pratiğinde Yüzde Sabit iz Kavramı”, *Uzmanlık*

Tezi, Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Diyarbakır 2019.

ÖZEN, Cahit/AKAY, Erdem, “Yüz Yaraları Komplikasyonları ve Adli Tıp Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt.41, Sayı.1-2, (2011),

SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık/YAŞAR, Osman, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Cilt.6, Ankara 2003.

TANER, Fahri Gökçen, “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı (2017).

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

THORNE Charles H, “TechniquesAndPrinciples in PlasticSurgery”, İn: GRABB and SMITH's Plastic Surgery, 6th Edition, Philadelphia USA, 2007.

ÜNVER, Yener, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, in:Türk Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, Ankara 2014.

VETTER, Flávia/ TORRESPEREİRA, Rodrigo/ LÍGIABLOCK, Lilian/ MENYRVALZAITTER, Wellington/NOGUEİRADE OLIVEİRA,Rogério/ MARQUES FERNANDES, Mário, “Critical Analysis of Methodologies forValuation of Esthetic Damageandt he Forensic

Application in Brazil, RSBO RevistaSul-Brasileira de Odontologia, Volume.14, No. 3, (Julio- Septiembre, 2017).

YOKUŞ SEVÜK, Handan, , “6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt.3, Sayı.2, (2015).



YABANCILIK UNSURU İÇEREN RESMÎ VASİYETNAMELERE UYGULANACAK HUKUK

Law Applicable to Official Wills Involving Foreign Elements

Furkan OLGAC*

Özet

Resmî vasiyetname, günümüz yaşamında ülkemizde en çok tercih edilen ölüme bağlı tasarruf şeklidir. Ulaşım ve bilişim teknolojisinin gelişmesiyle paralel olarak toplumlar arasındaki etkileşim, bilinen tarihin hiçbir döneminde görülmemiş biçimde artış göstermiştir. Böylelikle kişiler, yabancılık unsuru ihtiva etmeyen yerel hukuk düzeni işlemlerinin ötesinde, yabancılık unsuru taşıyan çok çeşitli hukukî işlemler gerçekleştirmektedir. Bunun sonucu olarak, yabancılık unsuru içeren ölüme bağlı tasarrufların sayısı da gitgide artmaktadır. Bu doğrultuda vasiyetnamelerin düzenlenmesi ve geçerliliği hususunda ulusal hukuk düzenlerinin zaman zaman yetersiz kaldığı görülerek bazı milletlerarası sözleşmeler de tanzim edilmiştir. Eldeki çalışmada, yabancılık unsuru taşıyan resmî vasiyetnameler yönünden uygulanacak hukuk etraflıca izah edilmiştir. Bu çerçevede resmî vasiyetname bağlamında yabancılık unsuru oluşturan haller üzerinde durulduktan sonra, bu içerikteki resmî vasiyetnamelerin şekil ve esasına uygulanacak hukuk kurallarının saptanması ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ölüme bağlı tasarruf, resmî vasiyetname, yabancılık unsuru, yetkili hukuk, milletlerarası sözleşme

Abstract

Official will is the most preferred testamentary disposition in our country in today's life. In parallel with the development of transportation and information technology, the interaction between societies has increased in a way that has not been seen in any period of the known history. In this way, individuals carry out a wide variety of legal transactions with foreign elements, beyond transactions with local legal systems that do not contain foreign elements. As a result, the number of testamentary disposition with foreign elements is gradually increasing. In this direction, it was seen that national legal systems were inadequate from time to time regarding the regulation and validity of wills and some international conventions were drawn up. In the present study, law applicable to official wills involving foreign elements is explained. In this framework, after focusing on the cases that constitute a foreign element in the context of the official will, determination of the legal rules to be applied to the form and principle of the official wills in this content is discussed.

Anahtar Kelimeler: Testamentary disposition, official will, foreign elements, competent law, international conventions

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, olgacfurkan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4155-925X>

GİRİŞ

Kişinin, hayatta olduğu zaman diliminin ötesinde ölümünden sonraki döneme de yön verme arzusu, eski çağlardan bu yana hukukî işlemler yoluyla pek çok hukuk düzeninde karşılık bulmuştur. Böylelikle sağlararası hukukî işlemlerin yanı sıra, ölüme bağlı tasarruflar yürürlükteki hukuk kurallarına işlenmiştir. Türk hukuku açısından da bakıldığında, ölüme bağlı tasarruflar, miras hukukunun önemli bir kısmını işgal etmektedir. En yalın ifadesiyle ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın, ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini içeren hukukî işlemlerdir.

Ölüme bağlı tasarruflar, şeklî ve maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere esasen iki kategoride ele alınmaktadır. Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğurması amacıyla irade beyanında bulunurken uyması gereken şeklî usul ve kalıplardır. Farklı bir söyleyişle mirasbırakanın, son istek ve arzularını ortaya koyduğu irade beyanının büründüğü şekillerdir. Hukukumuzda vasiyetname ve miras sözleşmeleri, yegâne şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflardır. Vasiyetnameler, kendi içerisinde resmî, el yazılı ve sözlü vasiyetname şeklinde alt başlıklar içerir. Miras sözleşmeleri ise (olumlu) miras sözleşmesi ve mirastan feragat sözleşmesi biçiminde ikili bir ayrıma tâbidir.

Ülkemizde en çok tercih edilen vasiyetname türü, hiç şüphesiz ki resmî vasiyetnamedir. Hâlihazırda yargı önündeki resmî vasiyetname temelli uyumsuzlukların pek çoğu, esasen Türkiye’de ve Türk vatandaşlarınca gerçekleştirilen yabancılık unsuru içermeyen resmî vasiyetnamelerden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte resmî vasiyetname özelinde bazı hallerde yabancılık unsuruyla karşılaşmak mümkündür. Eldeki çalışmada, resmî vasiyetname bağlamında yabancılık unsuru ihtiva eden durumlar ile bu çerçevede bahse konu ölüme bağlı tasarrufların usul ve esasına uygulanacak hukuk incelendikten sonra, yabancılık unsuru taşıyan resmî vasiyetnamelerin geçerliliğini temin etmeye ve mirasbırakanın ölümünden sonra açılmasını sağlamaya dönük milletlerarası sözleşmeler detaylıca ele alınacaktır.

Çalışma kapsamının, münhasıran, yabancılık teması bulunan resmî vasiyetnamelerle sınırlı olması karşısında, eldeki makalenin temel amacı, öncelikle bir resmî vasiyetnamenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına dair kriterleri irdeleyerek söz konusu ayrımı belirginleştirmektir. Ardından ise yabancılık unsuru bulunan resmî vasiyetnamelerin şekil şartlarına ve içeriğine tatbik edilecek yetkili hukukun, millî ve milletlerarası kanunlar ihtilâfî kurallarınca saptanmasıdır. Bu suretle çalışmanın gayesi, uygulamada gün be gün artan bir eğilim içerisinde artık sıklıkla karşılaşılan söz konusu uyumsuzluklara dair bütüncül ve isabetli çözümlere katkı sunulmasından ibarettir.

I. RESMÎ VASİYETNAMELERDE YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN HALLER

Türk vatandaşı mirasbırakan T'nin, Türkiye'de bir noterde yurt içinde bulunan taşınır ve taşınmaz mallarına yönelik olarak başka bir Türk vatandaşı L lehine kazandırmada bulunmak maksadıyla düzenlediği bir resmî vasiyetnamenin iptali yahut tenkisi, mirasbırakanın Türk mirasçıları tarafından yine Türk mahkemesinde talep edildiğinde, Türk hâkimi, önüne gelen bu uyuşmazlığın hallinde Türk hukukunu uygulamak zorundadır. Zira ölüme bağlı tasarrufun tanziminden, tasarrufun hükümsüzleştirilmesine kadar süregelen hukuki ilişkiler, bütünüyle Türk vatandaşları arasında ve Türkiye'deki tereke değerlerine ilişkin şekilde cereyan etmiştir. Söz konusu örnekte hukukî olaylar ve uyuşmazlıklar aynı ülke vatandaşlarını ilgilendirmekte; ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçları aynı ülkede tezahür etmekte ve tasarrufun hükümden düşürülmesi için aynı ülkede dava açılmakta olup; bu tür uyuşmazlıkların çözümünde o ülkenin maddî hukukunun tatbik edileceği açıktır. Böylelikle milletlerarası özel hukukun kapsamına dâhil olmayan ilgili uyuşmazlıkların giderilmesi için ayrıca kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurulmasına ve yetkili hukuk araştırması yapılmasına ihtiyaç yoktur.

Buna karşın örneğin Türk vatandaşı T'nin, Almanya'da bulunduğu bir sırada Alman resmî makamları önünde düzenlediği bir resmî vasiyetname yönünden aynı sonuca varmak mümkün değildir. Çünkü ölüme bağlı tasarrufun şekli bakımından yabancı bir husus ortaya çıkmıştır. Keza Fransız vatandaşı F'nin, İsviçre ülkesinde ölüme bağlı tasarrufa resmiyet kazandırmaya yetkili bir memur huzurunda Türkiye'deki taşınmaz malını ölümünden sonra eşine bırakmasına yönelik düzenlediği bir resmî vasiyetname açısından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda farklı hukuk düzenlerini ilgilendiren detaylar mevcuttur. İşte birden çok hukuk düzeniyle ilişki içinde bulunmasından ötürü milletlerarası özel hukukun konusuna giren böyle uyuşmazlıklarda yeknesak, dengeli ve hakkaniyetli sonuçlara ulaşılabilmesi için öncelikle yetkili hukukun tayin edilmesi gerekir.

Bu cümleden olmak üzere bir hukukî işlemde “yabancılık unsuru” (milletlerarası unsur/uluslararası unsur), ilgili hayat olayı ya da hukukî ilişkinin, aynı anda yabancı bir veya birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olmasını ifade eder¹. Genel olarak yabancılık unsuruyla, hukukî işlemin niteliğine göre çok

¹ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Kuralları* (13.Bası, Vedat 2020) 20; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22.Bası, Beta 2017) 5; Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz 1989) 3; Aysel Çelikel ve B.Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16.Bası, Beta 2020) 5; Neşe Baran Çelik, *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini* (Yetkin 2011) 28; Hacı Can ve Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3.Bası, Adalet 2018) 48; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4.Baskı, Savaş 2017) 6-7; Mesut Aygün ve Ayşe Kübra Altıparmak, “650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü'nde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti” (2016) 11(143) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29, 33.



çeşitli noktalarda karşılaşılabılır. Buna göre hukukî işlemin tarafı olan kişilerin yabancı ülke vatandaşı olması ya da bu kişilerin yerleşim yeri veya mutad meskenlerinin yabancı ülkede yer alması; hukukî işlemin konusunun yabancı ülkede bulunması; hukukî işlemin şeklen yabancı bir ülkede yapılması; sözleşmeler açısından ifa yerinin veya haksız fiiller bakımından haksız fiilin ya da zararın meydana geldiği yerin yabancı ülke olması; sözleşmeler yönünden hukukî işlemin taraflarınca sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi; hukukî işleme dair uyuşmazlığın yabancı bir ülke mahkemesine götürülmesi gibi sebepler, bir uyuşmazlıkta yabancılık unsurunu gündeme getirebilir. Esasen bir hukukî işlemde birden fazla hususta yabancılık unsuru da mevcut olabilir. Uyuşmazlığın giderilmesi için dava açılan mahkemenin tâbi bulunduğu hukuk düzeni temel alındığında, hukukî işlemin örneğin hem kişi hem de konu gibi birden fazla noktada yabancılık unsuru taşıması da pekâlâ mümkündür.

Resmî vasiyetname düzenlenirken kişi, yer ve konu başlıklarına bağlı olarak farklı sebeplerden ötürü ölüme bağlı tasarrufa dair uyuşmazlık, milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girebilir. Eş söyleyişle ölüme bağlı tasarrufa dâhil olanlar, tasarruf konusu tereke değerinin bulunduğu yahut tasarrufun yapıldığı yer ya da varsa mirasbırakana tanınan hukuk seçimi yetkisi nedeniyle yabancılık unsuru tezahür edebilir². Bununla birlikte mirasbırakana miras statüsü yönünden hukuk seçimi yetkisi tanınan düzenlerde dahi, tümüyle iç hukuku ilgilendiren bir miras ilişkisinde, mirasbırakanın yaptığı hukuk seçiminin ilişkiye tek başına yabancılık unsuru kattığı söylenemez. Bu halde kişi, yer veya konu nedeniyle de bir yabancılık unsuru bulunmadığından, artık ölüme bağlı tasarrufa dair uyuşmazlık milletlerarası özel hukuk kapsamında kalmayacaktır. Resmî vasiyetnameler yönünden yabancılık unsurunu bu perspektifle detaylandırmak yerinde olacaktır.

i- Buna göre ölüme bağlı bir tasarrufta ilk akla gelen yabancılık unsuru, şüphesiz ki şahıs bakımından yabancılık unsurudur. Örneğin İran vatandaşı İ'nin, Türkiye gezisi sırasında yetkili resmî makam önünde düzenlediği bir resmî vasiyetnameyle ilgili Türk mahkemesinde açılan bir davada, hukukî

² Tekinalp (n 1) 20; Nomer (n 1) 5; Uluocak (n 1) 2-4; Baran Çelik (n 1) 28; Can ve Toker (n 1) 49; Pelin Güven, "Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı" (2006) 10(1-2) EBYÜHFD, 341, 341; Diğer unsurlara iştirak etmekle birlikte Türk hukukunda mirasbırakana yabancılık unsuru taşıyan miras ilişkilerinin tâbi olacağı hukuku kendi iradesiyle seçme hakkı tanınmadığı konusunda bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9.Bası, Beta 2021) 259-260 ve 262 dn.295; Türk hukukunda mirasbırakanın mirasa uygulanacak hukuku seçme imkânı olmadığı hakkında bkz. Ayşe Kübra Altıparmak, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2017) 106; Avrupa Birliği Miras Tüzüğü çerçevesinde ölüme bağlı tasarruflara uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz. Aygün ve Altıparmak (n 1) 45-49.

işlemin tarafının yabancı ülke vatandaşı bulunması sebebiyle, uyumsuzluğa kişi yönünden yabancılık unsuru karışmış olacaktır. Aynı sonuç, yurt dışındayken o ülkenin maddî hukukuna riayet ederek usulünce bir resmî vasiyetname tanzim eden Türk vatandaşı T'nin ölümüne bağlı tasarrufunun, yine ilgili ülkede ihtilâf konusu olması durumunda da geçerlidir.

Öte yandan mirasbırakanın birden fazla vatandaşlığının bulunması ihtimalinde ise, mevcut vatandaşlıklar arasında Türk vatandaşlığı olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gitmek lazımdır. Bu kapsamda MÖHUK³ md.4/1-b ve c gereğince “*Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku uygulanır*”. Böylelikle örneğin mirasbırakan M'nin, vasiyetname tanzim tarihi itibarıyla aynı anda Türk, Fransız ve İtalyan vatandaşı olması halinde, resmî vasiyetname bakımından başkaca bir yabancılık unsuru söz konusu değilse, uyumsuzluğun giderilmesi için Türk hukuku temel alınacaktır. Böylece söz konusu uyumsuzluk için esasen bir yabancılık unsurundan da bahsedilemeyecektir. Yeri gelmişken Türk vatandaşı bir kişinin birden fazla vatandaşlığı bulunup bulunmadığı hususunun, onun nüfus aile kayıt kütüğünden kontrol edilebileceği de ifade edilmelidir. Zira herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılır (TVK⁴ md.44). Bunun haricinde mirasbırakanın sahip olduğu birden fazla ülke vatandaşlığı arasında Türk vatandaşlığı mevcut değilse, vatandaşlık yönünden daha sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukuku tatbik edilecektir. Aynı örnekte mirasbırakan M'nin, sadece Fransız ve İtalyan vatandaşlıkları bulunmakla birlikte M'nin çok uzunca bir zamandır Fransa'da ikamet etmesi, Fransa'da evli ve çalışıyor olması ile neredeyse tüm malvarlığının Fransa'da yer alması durumunda, artık ölümüne bağlı tasarrufa dair uyumsuzluk yönünden Fransız hukuku esas alınacaktır.

Mirasın açılması, mirasın kazanılması ve taksimine yönelik konularda mirasbırakanın Türk vatandaşı olmakla birlikte yerleşim yeri veya mutad meskeninin yabancı bir ülkede olması ya da mirasbırakanın yabancı bir ülkede vefat etmesi halleri de, tereke uyumsuzluklarına yabancılık unsuru katacaktır.

³ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

⁴ Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 12.06.2009/27256.



Bunun yanında sadece ölüme bağlı tasarrufun sahibi olan mirasbırakanın değil, tasarruf lehdarının da yabancı olması, hukukî işleme kişi bakımından yabancılık unsuru katacaktır. Örneğin Türk vatandaşı T tarafından, Türkiye’de Türk hukukuna riayet edilerek tanzim edilen bir resmî vasiyetnameyle yabancı uyruklu Y’yi mirasçı atanması yahut Y yararına bir vasiyette bulunulması ihtimali, uyuşmazlığa uygulanacak yetkili hukukun belirlenmesi zorunluluğunu getirecektir.

ii- Resmî vasiyetnameye yabancılık unsuru ekleyen diğer bir husus, ölüme bağlı tasarrufun bizatihi yabancı bir ülkede gerçekleştirilmesidir. Örneğin Türk vatandaşı T’nin, İtalya’da İtalyan Medeni Kanunu’na göre yetkili resmî makam huzurunda yaptığı bir resmî vasiyetname Türk mahkemesinde dava edildiğinde, hukukî işlemin şeklen yerine getirildiği yer bakımından yabancılık unsurundan söz edilecektir. Aynı örnekte ölüme bağlı tasarrufun Türkiye’de değil de misalen İsviçre mahkemesinde uyuşmazlık konusu olması ihtimalinde, hem kişi hem de işlemin yapıldığı yer açısından yabancılık unsuru oluşacaktır.

iii- Çalışma konusu açısından bir diğer yabancılık unsuru noktası ise resmî vasiyetname içeriğindeki tereke kıymetlerinin kısmen veya tamamen yabancı bir ülkede yer almasıdır. Farklı bir ifadeyle maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufun, yabancı ülke sınırlarında bulunmasıdır. Örnek vermek gerekirse Türk vatandaşı T’nin, Bulgaristan’daki taşınır ve taşınmaz mallarını, yine bir başka Türk vatandaşı V’ye vasiyet etmesi tasarrufuna yönelik Türk mahkemesinde açılan bir davada, yalnızca konu bakımından yabancılık unsurundan bahsedilecektir.

iv- Bunlar dışında uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin bulunduğu yer itibariyle de bir yabancılık unsurundan bahsedilebilir. Örneğin Yunan vatandaşı Y’nin, Yunanistan’da Yunan Medeni Kanunu hükümlerine tâbi olarak düzenlediği bir resmî vasiyetnameye ilişkin dava Türkiye’de açıldığı takdirde, uyuşmazlık davanın açıldığı yer bakımından yabancılık unsuru taşıyacağından, yine milletlerarası özel hukukun kapsamına giren bir mesele oluşturacaktır.

Buna karşın şeklî veya maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufa dolaylı dahi olsa temas eden her yabancılık etkeninin, hukukî işleme yabancılık unsuru ekleyeceğini söylemek doğru değildir. Resmî vasiyetname özelinde örneklendirmek gerekirse Türkiye’de yetkili resmî Türk makamı önünde Türk hukukuna göre düzenlenen bir resmî vasiyetname içeriğinde yabancı dille yazılmış pasaj veya bölümlerin bulunması, tasarrufa kendiliğinden bir yabancılık unsuru katmaz⁵. Yargıtay da kısmen benzer bir uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince kambiyo senetlerine özgü takibe dayanak senette keşide yeri veya keşide yeri olarak kabul edilebilecek keşidecilerin adları yanında

⁵ Altıparmak (n 2) 9-10.

idari birim niteliğinde yer ismi gösterilmediğinden bahisle takibe konu dayanak belgenin kambiyo senedi niteliği taşımadığı gerekçesiyle takibin iptaline dair verilen kararın temyiz incelemesinde, İngiliz dilinde tanzim edilmiş kambiyo senedi metnine yönelik olarak söz konusu yabancı dili, bu belgenin imza edildiği ülke ile ödeme yeri ülkesinin hukukunu inceleyebilecek yeterlikte uzman bir hukukçu bilirkişiye inceleme yaptırılarak, bu belgedeki kayıtların kambiyo hukukundaki karşılıklarını açıklayacak bir rapor alındıktan sonra gerekirse kanunlar ihtilâfi kurallarının tatbik edilmesi gerektiğine isabetli olarak işaret etmiştir⁶.

Keza Türk vatandaşı mirasbırakanın yabancı bir ülkede bulunan Türk konsolosluğunda TMK⁷ hükümlerince resmî vasiyetname tanzim ettirmesi halinde, ölüme bağlı tasarruf Türk hukukuna göre yapılmış olduğundan bir yabancılık unsuru taşımayacaktır. Yine Türk hukukuna riayet edilerek düzenlenen resmî vasiyetnamenin şekli merasimine katılan resmî memurun ya da tanıkların, yabancı uyruklu olması veya birden fazla vatandaşlığının bulunması ya da yerleşim yerlerinin yabancı bir ülkede bulunması gibi haller, tek başına bir yabancılık unsuru teşkil etmez. Aynı şekilde başkaca herhangi bir ülke vatandaşlığına sahip olmamakla birlikte, sosyoekonomik koşullar nedeniyle öğrenim görmediği için Türkçe bilmeyen ve yalnızca misalen Arapça, Farsça, Kürtçe, Süryanice, Rumca, Ermenice, İbranice vb. dilde okuyuzar olan Türk vatandaşı bir mirasbırakanın tanzim ettiği resmî vasiyetname merasimine bir tercümanın eşlik etmesi durumunda, hukukî işleme yabancılık unsuru temas etmez.

II. YETKİLİ HUKUKUN BELİRLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Yabancılık unsurunun varlığının tespiti, söz konusu resmî vasiyetnameye uygulanacak yetkili hukukun tayin edilmesi zorunluluğunu da doğurmaktadır. Bunun içinse MÖHUK md.1 uyarınca esas olarak ilgili kanun ve milletlerarası sözleşmelerin hükümlerine bakılmalıdır. Buna göre hâkimin, yetkili yabancı hukukun kapsam ve içeriğinin saptanması hususunda, gerekirse uyuşmazlığın taraflarından da yardım alarak Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı; ilgili yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde Türk hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır (MÖHUK md.2/1-2). Bunun haricinde MÖHUK sisteminde atf meselesine, konu ve derece bakımından sınırlama getirilmiş olup; “*Uygulanacak yabancı*

⁶ Yargıtay 12 HD, 23883/5503, 09.03.2010; Benzer yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 22462/24968, 14.12.2005; Yargıtay 12 HD, 15420/19351, 07.10.2003 (UYAP).

⁷ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.



hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.” denilmek suretiyle yalnızca kişiler hukuku ve aile hukuku uyuşmazlıklarında iki dereceli atıf müessesesi benimsenmiştir (MÖHUK md.2/3). Bu itibarla kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlı kapsam dâhilinde kalmadığı için, miras hukuku alanında atıf teorisi uygulanmayacaktır⁸.

Yabancılık unsuru taşıyan resmî vasiyetnameler bakımından uygulanacak kanunlar ihtilâfî hükümleri, “Miras” başlıklı MÖHUK md.20’de düzenlenmiştir. Bu çerçevede yabancılık unsuru barındıran miras davalarının esasına uygulanacak hukuk olarak tanımlanabilecek “miras statüsünün”, ölenin millî hukukuna tâbi bulunduğu; ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukukunun uygulanacağı; mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümlerin, terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğu

⁸ Ekşi, söz konusu fıkrayı, Türk mahkemelerinin şahsın hukuku ve aile hukuku ile ilgili her konuda atıf teorisini uygulamak zorunda kalmasının doğru olmadığı; kaldı ki diğer alanlarda atıf teorisi uygulamamasının bütünüyle bertaraf edilmesinin de isabetli sayılmayacağı; fıkranın, mahkeme hâkimine, hukukî ilişkilerin özelliklerine göre tarafların menfaatleri ve hakkaniyet gerektirdiğinde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarını nazara alabilecek biçimde genişletilmesinin, atıf teorisinin uygulamasından doğacak zorlukları en aza indirebileceği; böylelikle atfın uygulanmasının gerekli olduğu tüm hallerde atfın dikkate alınabilmesine imkân sağlayacağı gerekçeleriyle eleştirmektedir. Nuray Ekşi, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku* (Beta 2013) 84-85.

⁹ Miras statüsüne yasal ve atanmış mirasçıların kim olduğu ve bu bağlamda mirasçılık payları ile mirasçılık belgesi; cenin, gaip ve evlâtlığın mirasçılığı; birlikte ölüm halinde kimin önce öldüğüne dair karıneler; tereke kapsamındaki malların neler olduğu ile terekenin intikaline dayalı defter tutma ve resmî tasfiye talepleri; mirasçı atama ve belirli mal bırakma; ölüme bağlı tasarrufun koşul ve yüklemeye bağlanıp bağlanamayacağı; yedek, ön ve artmirasçılık olup olmadığı; vakıf kurma; vasiyeti yerine getirme görevlisi ve yetkileri; saklı pay ve tasarruf oranı ile oranın aşılmayıp aşılmadığı; saklı paylı mirasçıların olup olmadığı veya kimler olduğu; mirasın kabulü yahut reddi; mirasçılıktan çıkarma sebepleri ve şartları; mirastan yoksunluk ve feragat; tenkis ve miras sebebiyle istihkak davası; tereke borçlarından mirasçıların sorumluluğu vb. hususların dâhil olduğu hakkında bkz. Ekşi (n 8) 39; Çelikel ve Erdem (n 1) 347; Altıparmak (n 2) 107; Tekinalp (n 1) 236-240; Doğan (n 1) 334 vd.; Can ve Toker (n 1) 417; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi* (Seçkin 2017) 798; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali* (Seçkin 2015) 51-52; Zekeriyâ Kurşat, *Terekenin Korunması Önlemleri* (Filiz 2010) 347-348; Güven (n 2) 347-348; Osman Fazıl Berki, “*Türk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet*” (1945) 2(2) AÜHFHD, 175, 175 vd.; Evlâtlığın mirasçılığına ve mirasın reddine ilişkin kısım haricinde benzer yönde bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, (n 2) 266-267 ve 272 dn.318; Ölüm ve gaiplik kararı, mirasın kabul veya reddi, terekenin korunmasına ilişkin geçici koruma önlemleri, defter tutma ve resmî tasfiye, mirasın paylaşılması, miras payı üzerinde yapılan temlikler ve mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğu, mirasta denkleştirme hükümleri yönünden aksi görüş için bkz. Uluocak (n 1) 118 ve 127-136; Aksi görüşle benzer şekilde bkz. Nomer (n 1) 294-297.

ile Türkiye’de bulunan mirasçısız terekenin Devlete kalacağı açıklanmıştır (MÖHUK md.20/1-3). Ölüme bağlı tasarrufların şekli bahsinde, hukukî işlemlerde şekil başlıklı 7 nci maddeye ve ölenin millî hukukuna gönderme yapılmıştır (MÖHUK md.20/4). Bunun haricinde ölüme bağlı tasarruf ehliyeti bakımından ise tasarruf sahibinin, tasarruf anındaki millî hukuku yetkili kılınmıştır (MÖHUK md.20/5).

B. RESMÎ VASIYETNAMENİN ŞEKLİ YÖNÜNDEN UYGULANACAK HUKUK

1. MÖHUK KAPSAMINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER

Ölüme bağlı tasarrufların şeklen geçerliliği hususunda getirilen ilk kıstas, hukukî işlemlerin genel şekli geçerliliğini belirleyen MÖHUK md.7’ye uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğidir. MÖHUK md.20/4’ün atıf yaptığı MÖHUK md.7 gereğince “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*”. Bu maddeye göre resmî vasiyetnamenin şekil şartları, düzenledikleri yer hukukunun veya işbu vasiyetnamenin esasına tatbik edilecek hukukun maddî hükümlerinden herhangi birisine uygunsa, resmî vasiyetname şeklen geçerli kabul edilmektedir. Söz konusu şekil şartı kriteri, ölüme bağlı tasarrufun sıhhat şartı olarak öngörülmüştür. Maddede işaret edilen iki hukukun maddî hukuk hükümlerince aranan merasim koşullarını sağlamayan resmî vasiyetname artık şeklen geçersiz olup; tasarrufun şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzleşmesi sağlanabilecektir. Böylelikle yabancılık unsurlu bir resmî vasiyetnamenin,

- i- Yapıldığı yer hukukunun maddî hükümleri (MÖHUK md.7),
- ii- Mirasbırakanın taşınır ve Türkiye dışında yer alan taşınmaz terekesine ilişkin mirasbırakanın millî hukukunun maddî hükümleri (MÖHUK md.7 delaletiyle MÖHUK md.20/1),
- iii- Mirasbırakanın Türkiye’de yer alan taşınmaz terekesine ilişkin Türk hukukunun maddî hükümleri (MÖHUK md.7 delaletiyle MÖHUK md.20/1),
- iv- Mirasbırakanın Türkiye’de yer alan taşınmaz terekesine ilişkin mirasbırakanın millî hukukunun maddî hükümlerinden (MÖHUK md.20/4) herhangi birine uygun olarak tanzim edilmesi, şekil bakımından geçerli olabilmesi için yeterlidir¹⁰.

Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda MÖHUK md.7 ve 20 hükümlerine atıfta bulunarak ölüme bağlı tasarrufun şekli bağlamında yetkili hukukun

¹⁰ Ekşi (n 8) 51; Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 280-282; Çelikel ve Erdem (n 1) 351-352; Can ve Tokar (n 1) 424-425; Baran Çelik (n 1) 150.



detaylıca araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu cümleden olmak üzere bir olayda vasiyetnameye konu taşınmazın maliki ve vasiyetnameyi düzenleyen kişinin İngiliz vatandaşı olduğuna dikkat çekerek, MÖHUK md.2/1 uyarınca tarafların yardımının istenmesi gerektiğinde Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılmak suretiyle, vasiyetçinin millî hukukunun muhtevasının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı kabul etmiştir¹¹.

Resmî vasiyetnamenin şeklen geçerliliği noktasında yapıldığı yer hukuku da yetkili kılındığı minvalde, söz konusu hukuk düzeninde resmî vasiyetname tanzim koşullarının değerlendirilmesi gerekecektir. Öncelikle tanzim yeri olan yabancı hukukun, işleme resmîyet kazandırma kuvveti bulunan yetkili merci katılımı suretiyle mirasbırakanın herhangi bir vasiyetname yapmasına izin verip vermediği irdelenmelidir. Tüm yabancı hukuk düzenlerinde, TMK md.533-535'teki kapsamda bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf benimsenmemiş olabilir. Şayet söz konusu yabancı hukuk, resmî vasiyetnameyi hukuk düzeninden dışlamış ise artık ölüme bağlı tasarruf, yapıldığı yer hukukunun maddî hükümlerince ayakta tutulamayacaktır. Elbette ki, ilgili yabancı hukuk düzenlerinde kabul edilen ölüme bağlı tasarrufun, Türk hukuku anlamında bir resmî vasiyetname sayılıp sayılmayacağı bir vasıflandırma sorunudur. Bu çerçevede doktrinde genel olarak vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağına yönelik farklı görüşler mevcut olmakla, kanaatimizce vasıflandırmanın kural olarak hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre yapılması uygun olur. Böylelikle *lex fori*'nin vasıflandırmasıyla tespit edilen yetkili hukuk kapsamınca varılan sonuçlar somut olay adaleti bağlamında tatmin edici nitelikte ise, ayrıca uyuşmazlığın çözümünde yetkili hukuk (*lex causae*) açısından vasıflandırma gerekmeyecektir. Şayet *lex fori* vasıflandırması, hak ve nesafet kurallarıyla bağdaşmıyor ise, bu takdirde *lex causae* uyarınca vasıflandırmanın ele alınması isabetli olur. Bu halde kanımızca söz konusu nitelendirmede olmazsa olmaz unsurlar mirasbırakan ve resmî memurdur. Buna göre bir vasiyetnamenin Türk hukuku anlamında resmî vasiyetname kabul edilebilmesi için, mirasbırakanın maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflarının muhakkak bir resmî memur huzurunda yapılarak şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf haline bürünmesi gerekir. Mirasbırakanın ölüme bağlı son istek ve arzularının resmî memura iletilmesi koşuluyla, yabancı hukuklarda farklı şekil ve usuller öngörülmesi, yapılan şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufu resmî vasiyetname olmaktan çıkarmaz.

Bu cümleden olmak üzere işleme katılan resmî memurun niteliği ya da sayısı; işleme tanık katılımının zorunlu olup olmadığı; mirasbırakanların son

¹¹ Yargıtay 2 HD, 13740/14696, 06.11.2008 (UYAP).

arzularını hangi usul ve biçimde vasiyetnameye dönüştürdükleri; bu kapsamda vasiyetname tanzim kronolojisi ve metinde yer alan unsurlar; vasiyetnamenin hukuk düzenince yetkilendirilmiş bir makam tarafından saklanıp saklanmadığı vb. hususların söz konusu nitelendirmeye etkisi olmayacaktır. Örneğin Fransız hukukunda resmî vasiyetname çerçevesinde mirasbırakanın beyanlarının, herhangi bir tanık katılmaksızın iki noter tarafından veya iki tanığın katılımı koşuluyla tek noter tarafından alınabileceği açıkça düzenlenmiştir (Fransız Medeni Kanunu md.971)¹². Öte yandan vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan makamın, o yabancı ülkede vasiyetname düzenleme yetkinliğine sahip olması lazımdır. Bu kimse çoğunlukla noter olmakla birlikte, ilgili hukuk düzeninde usulüne uygun şekilde kendisine yetki tanınan herhangi bir kişi de olabilir. Sözelimi bir yabancı ülkede sertifikasyon sonucu oluşturulan fahrî vasiyetname memurluğu gibi bir unvan mevcutsa, bu kimse dahi resmî memur olarak kabul edilebilecektir.

Bununla birlikte fikrimizce resmî memurun bilfiil iştiraki sonucu düzenleme şeklinde oluşturulan vasiyetnamelerin yanında, mirasbırakanın haricen düzenleyerek işleme resmîyet atfeden kamu makamınca sonrasında onay verilen vasiyetnameler de ilgili yabancı hukuk düzeninde resmî vasiyetname olarak kabul ediliyorsa, resmî vasiyetnamenin Türk hukukunda salt düzenleme şeklinde yapılabilmesinden bahisle bu yönde nitelendirme yapılarak ölüme bağlı tasarruf geçersiz sayılamayacaktır. Böylelikle A ülkesi Medeni kanununda mirasbırakanın adi yazılı olarak tevsik ettiği bir ölüme bağlı tasarruf, resmî memur tarafından örneğin ehliyet kontrolünden sonra içeriği de denetlenmek suretiyle tarih ve mühür eklenerek muhafaza edildiğinde, bu belge söz konusu maddî hukuk bakımından resmî vasiyetname muamelesi görmekteyse, artık yapılan ölüme bağlı tasarrufun Türk hukuku için de bir resmî vasiyetname sayılması gerekir. Yabancı devlette tanzim edilen ölüme bağlı tasarrufun, o yer maddî hukukunca resmî vasiyetname muamelesi görmesi halinde Türk hukuku itibariyle de resmî vasiyetname özelliği göstereceğine dair çıkarım, esasen Türk hukukunda resmî vasiyetname düzenlenmesi sırasında anlatılan ehliyet, şekil şartları, özel durumlar ve varsa tanıklık yasakları için de geçerlidir. Böylelikle örneğin Türk hukukunda resmî vasiyetname düzenlemesine tanık olarak katılabilmek için gerekli niteliklerden biri olan yakın hısımlığın bulunmaması koşulu (TMK md.536/1), ilgili yabancı ülke hukukunda işleme iştirak eden tanıklar bakımından lazım gelen şartlar arasında aranmıyorsa, yabancı devlet sınırlarında düzenlenen ve resmî vasiyetname olarak benimsenen ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın Türk hukukuna göre katılma yasaklı yakın

¹² Fransız Medeni Kanunu'nun ilgili maddesi için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150547?isSuggest=true#LEGIARTI000006434084> Erişim Tarihi: 15.01.2021.



hısmımları Şekli merasime dâhil olsalar bile, Türk hukuku nezdinde de bir resmî vasiyetname olarak kabul görecektir.

2. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER KAPSAMINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER

a. VASIYET TASARRUFLARININ BİÇİMİNE İLİŞKİN KANUN UYUŞMAZLIKLARI KONUSUNDA LA HAYE SÖZLEŞMESİ

Çalışmanın bu aşamasında ölkemizin de taraf olduğu 05.10.1961 tarihinde düzenlenen, 05.01.1964 tarihinde yürürlüğe giren ve 17.01.1983 tarihinde Türkiye’de yürürlük kazanan “Vasiyet Tasarruflarının BiÇimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi”ne¹³ değinme zorunluluğu hâsil olmaktadır. Söz konusu milletlerarası sözleşmenin amacı, âkit devletlerdeki vasiyet tasarruflarının Şekli konusundaki kanunlar ihtilâfını çözümlen müşterek kurallar öngörölmesi yöntemiyle vasiyet tasarruflarının, ölüme bağlı tasarruf hakkına sayĐı ilkesince mümkün olduğunca ayakta tutulması ve vasiyetlerin düzenlenmesi ile geri alınması işlemlerinde salt gerekli Şekil Şartlarına uyulmamış olması nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun geçersiz kılınmasının önlenmesi; taşınır ve taşınmaz ayırımına gidilmeksizin tüm terekenin aynı Şekil Şartlarına tâbi tutularak âkit devletlerce benzer biÇimde uygulanması ve âkit devletler mahkeme kararlarının tekdüzelik ve uyumun saĐlanmasıdır¹⁴. Bu sözleşme uyarınca bir vasiyet tasarrufu,

- i- Vasiyetçinin, vasiyet tasarrufunu yaptığı yer maddî hukukuna,
- ii- Vasiyetçinin, vasiyet tasarrufunu yaptığı andaki millî hukukunun maddî hükümlerine,
- iii- Vasiyetçinin, ölümü anındaki millî hukukunun maddî hükümlerine,
- iv- Vasiyetçinin, vasiyet tasarrufunu yaptığı anda ikametĐahının bulunduğu hukukun maddî hükümlerine,
- v- Vasiyetçinin, ölümü anında ikametĐahının bulunduğu hukukun maddî hükümlerine,
- vi- Vasiyetçinin, vasiyet tasarrufunu yaptığı anda mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun maddî hükümlerine,
- vii- Vasiyetçinin, ölümü anında mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun maddî hükümlerine,
- viii- Vasiyet konusunun taşınmaz olması halinde işbu taşınmaz malların

¹³ RG 17.01.1983/17931; Sözleşmeye taraf olan devletler ile üyelik tarihleri hakkında bkz. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40>> Erişim Tarihi: 15.01.2021.

¹⁴ Ekşi (n 8) 56; Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 283; Çelik ve Erdem (n 1) 351; Uluocak (n 1) 284-285; Tekinalp (n 1) 246-247 ve 250; Baran Çelik (n 1) 146; Altıparmak (n 2) 139; Can ve Tokar (n 1) 425.

buldukları yer hukukunun maddî hükümlerinden herhangi birine uygunsu vasiyetname şekil yönünden geçerli kabul edilecektir (Sözleşme md.1/1).

Sözleşme kapsamında uygulanacak hukuk yönünden, millî hukukun tek bir hukuk düzeninden oluşması ya da birden fazla hukuk düzeni bulunmakla beraber işbu hukuk düzenlerinin kanunlar ihtilâfı kuralları açısından birleştirilmiş olması halinde herhangi bir tereddüt bulunmayacaktır. Örneğin yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerde tüm ülke çapında uygulanan tek bir hukuk düzeni mevcut olduğundan, bu Sözleşmeyle belirlenen kanunlar ihtilâfı kurallarının ilgili millî hukuk esas alınarak tatbiki konusunda bir sorun çıkmayacaktır. Bununla birlikte millî hukuku birden çok hukuk düzeninden oluşan sistemlerde ise Sözleşmede ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre şayet millî hukuk birleştirilmemiş bir sistemden oluşmuşsa, Sözleşmenin amaçları gözetildiğinde uygulanacak hukuku, söz konusu sistemde yürürlükte olan kurallar belirler (Sözleşme md.1/2). Örnek vermek gerekirse federal/konfederal bir devlette, bölgesel ve anayasal olarak federasyonun/konfederasyonun bir parçası olan federe devletler (eyalet, il, bölge, kanton, emirlik vs.) ile bunların ayrılma veya birleşme yoluyla bir araya gelmesinden teşekkül eden federal/konfederal devletin yetki bölüşümü çerçevesinde ayrı hukuk düzenleri söz konusu olmaktadır. Bahse konu birbirinden farklı hukuk düzenleri, milletlerarası özel hukuk kapsamında bağlama kurallarının saptanması amacıyla federe devletler ile federal devlet arasındaki ilişki doğrultusunda tekleştirilmiş yahut bağlama kuralları hususunda bir takım özel hükümler öngörülmüş olabilir. Bu halde Sözleşme bakımından ilgili millî hukuk birleştirilmiş olduğundan, Sözleşmenin uygulanması aşamasında artık bu kurallar tatbik edilecektir. Ancak bu bağlamda millî hukukun birleştirilmesine dönük böyle özel hükümlerin bulunmaması durumunda ise uygulanacak hukuku, mirasbırakanın bu sistemi oluşturan hukuk düzenlerinden biri ile olan en sıkı ilişkisi tayin eder (Sözleşme md.1/2). Belirtilmelidir ki Sözleşmedeki bu hükmün bir benzeri, MÖHUK md.2/5'te "*Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Vasiyetçinin belli bir yerde ikametgâhının bulunup bulunmadığı, o yer hukukuna göre belirlenir (Sözleşme md.1/3). Buna göre sözleşme ile vasiyetnameler bakımından birbirinden farklı sekiz farklı bağlama kuralı benimsenmiştir. Çalışmanın kapsamı gereğince değerlendirilecek olduğunda, sözleşmeye taraf devletlerde tanzim edilen yabancılik unsuru ihtiva eden bir resmî vasiyetname, maddede sayılan yer hukuku maddî hükümlerinden herhangi birinin öngördüğü şekil şartlarına riayet edilerek düzenlenmiş ve

İşbu hukuk düzenince geçerli kabul ediliyorsa, tüm âkit devletlerce de geçerli sayılacaktır.

Yargıtay da yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnameler bakımından sıklıkla söz konusu milletlerarası sözleşme hükümlerine vurgu yaparak bozma kararları vermektedir. Bu kapsamda ilk derece mahkemesince, mirasbırakanın yalnızca taşınmaz mallardan oluşan terekesi yönünden oğullarını birlikte mirasçı ataması tasarrufuna ilişkin olarak, taşınmaz malların bulunduğu yer olan Türk hukukunun uygulanacağından bahisle TMK md.532 vd. hükümlerine aykırı olarak tanıksız şekilde tanzim edilen resmî vasiyetnamenin iptaline karar verilmiştir. Hükmün temyizi üzerine Yargıtay, tarafların mirasbırakanının Türk vatandaşı olup, vasiyetnamenin Almanya'da düzenlendiği; vasiyetnamelerin geçerliliğini sağlamak amacı ile Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 05.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne Türkiye'nin 1983 yılında ve Almanya'nın ise 31.08.2005 tarihli itibarıyla taraf olduğu; vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte Türkiye'nin de taraf olduğu bahse konu sözleşme nazara alınmadan dava dilekçesindeki talepler yönünden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilerek karar bozulmuştur¹⁵.

Başka bir olayda tarafların mirasbırakanı tarafından Almanya Heindeheimde Noterliği'nce düzenlenen ve mirasbırakanın tüm serveti yönünden kardeşi Hayri'yi(davalıların mirasbırakanı) varis olarak tayin ettiği vasiyetnamenin TMK hükümlerine uygun olarak düzenlenmediği iddiasıyla açılan bir vasiyetnamenin iptali davasında mahkemece, taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olabilmesi için Türk Hukuk sistemindeki usul ile yapılmış olması gerektiği ve davaya konu vasiyetnamenin TMK md.532 vd. hükümlerine uygun şekilde düzenlenmediği gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karar temyiz edilmiştir. Yargıtay ölüme bağlı tasarruflarda şekil konusunun taşınır-taşınmaz miras ayrımı yapılmadan düzenlendiği; vasiyetnamelerin geçerliliğini sağlamak amacı ile Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 05.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne Türkiye'nin 1983 yılında taraf olduğunu; Almanya'nın da söz konusu sözleşmenin tarafı bulunduğunu; iptali istenen vasiyetnamenin Alman hukukuna uygun düzenlenmesi halinde geçerli olacağı açık olmasına rağmen mahkemece dava konusu vasiyetnamenin Alman Kanunlarına uygunluğu yönünden yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığına dayanılarak karar bozulmuştur¹⁶. Değinilen kararlar, içerik itibarıyla kanaatimizce isabetli bulunmakla beraber, az ileride ifade edileceği şekliyle

¹⁵ Yargıtay 3 HD, 2397/4054, 12.03.2015 (UYAP).

¹⁶ Yargıtay 3 HD, 14723/12905, 17.11.2016 (UYAP); Aynı yönde bkz. Yargıtay 3 HD, 398/8049, 22.12.2020; Yargıtay 3 HD, 7547/6014, 01.07.2019; Yargıtay 3 HD, 3217/10980, 05.11.2018; Yargıtay 14 HD, 13302/5712, 05.07.2017; Yargıtay 3 HD, 16494/9267, 09.06.2016; Yargıtay 3 HD, 14723/12905, 17.11.2016 (UYAP).

söz konusu sözleşmenin uygulanabilmesi için herhangi bir karşılıklılık koşulu aramayan 6. maddesi çerçevesince, mirasbırakanların vatandaşı olduğu ülkenin sözleşmeye taraf olup olmamasının sonuca herhangi bir etkisi olmayacağı için bozma kararlarında bu kısma dair vurgu anlamlı değildir.

Buna karşın Yargıtay bazı kararlarında ise, mirasbırakanın ölümü söz konusu sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra bulunmakla birlikte 1961 tarihli La Haye sözleşmesine herhangi bir gönderme yapmaksızın, yalnızca MÖHUK kurallarına göre bozma kararları vermiştir. Örneğin 2010 yılında vefat eden mirasbırakanın, Almanya ülkesinde iken düzenlediği bir resmî vasiyetnamenin iptali aksi halde tenkis istemli davada ilk derece mahkemesi, vasiyetnameyle mirasbırakanın oğlu olan davalının tüm servetin varisi tayin edildiği ve mirasbırakanın servetinin taşınmaz mallardan oluştuğundan bahisle taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olması için vasiyetnamenin geçerliliği hususunda Türk hukukunun yetkili olduğuna dayanarak bu şekil kurallarına uygun düzenlenmeyen vasiyetnamenin iptaline karar vermiştir. Hükmün temyizi üzerine Yargıtay, MÖHUK md.20/4 ve 7 hükümlerine gönderme yaparak dava konusu vasiyetnamenin yapıldığı ülke hukukunun muhtevasının araştırılması, bu hususta tarafların yardımının istenmesi, gerekirse vasiyetnamenin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması; vasiyetnamenin, yapıldığı ülke hukukuna uygun olarak yapıldığının anlaşılması halinde ise davada ileri sürülen diğer iptal sebepleri de araştırılarak, sonucu dairesinde hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur¹⁷. Şüphesiz ki öncelikli olarak 1961 tarihli La Haye sözleşmesinde gösterilen bağlama kurallarının ele alınması gerekirken, doğrudan doğruya MÖHUK hükümlerince sonuca varılması isabetli olmamakla birlikte karar sonucu itibariyle doğrudur¹⁸.

Benzer mahiyetteki başka bir olayda ise Yargıtay, taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olması için Türk hukukuna uygun yapılmış olması gerekirken şekil şartlarına uygun düzenlenmediği gerekçesiyle vasiyetnamenin iptaline karar verilmesini hatalı görmüş ve ilk derece mahkemesince başka bir iptal sebebine binaen vasiyetnamenin iptali hükmünü gerekçesini düzeltmek suretiyle onamıştır¹⁹. Hâlbuki maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf olan belirli mal bırakmanın (muayyen mal vasiyeti) bütünüyle taşınmaz mallara ilişkin olması

¹⁷ Yargıtay 3 HD, 9575/1629, 26.02.2018 (UYAP); Aynı yönde bkz. Yargıtay 3 HD, 16980/17188, 24.12.2014 (UYAP).

¹⁸ Ekşi, Yargıtay tarafından benzer şekilde, salt dava tarihinde yürürlükte bulunan 2675 sayılı Kanun hükümlerine göre yetkili hukukun belirlendiği bir olayda (Yargıtay 2 HD, 7372/8705, 29.09.1992), kararın sonucu itibariyle doğru bulunmasına rağmen 1961 Konvansiyonu'nun uygulanmamasını yöntem olarak yanlış bularak eleştirmiştir. Ekşi (n 8) 57-58.

¹⁹ Yargıtay 3 HD, 14495/5129, 29.03.2011; Benzer yönde bkz. Yargıtay 3 HD, 11537/20219, 09.12.2010 (UYAP).



yahut yalnızca taşınmaz malları bulunan mirasbırakanın yaptığı mirasçı ataması, ölüme bağlı tasarrufun şekli yönünden geçerliliğinin irdelendiği şekle aykırılık nedeniyle iptal davasında sonuca tek başına etkili değildir. Bu bahis, ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanacak hukuk bağlamında, resmî vasiyetnamenin şekli geçerliliği bakımından diğer kıstasların yanında öngörölmüş seçimlik bir diğer kriterdir. Bu sebeple fikrimizce özellikle vasiyetnamenin tenfizi aşamasında değerlendirilebilecek olan ve fakat şekli geçerlilik açısından da birden fazla bağlama kuralından yalnızca birisini teşkil eden vasiyetnamenin esasına uygulanacak yetkili hukukun maddî hükümlerinin, zuhulen vasiyetnamenin şeklen denetlendiği iptal davasında yegâne şart olarak gözetilmesi hukuken mümkün değildir²⁰. Zira bir an için 1961 tarihli La Haye sözleşmesi hükümleri değil de MÖHUK hükümlerinin tatbik edileceği kabul edilse dahi, MÖHUK md.20/4'de yer verilen ve MÖHUK md.7 içeriğiyle aralarında ölenin millî hukukunun da bulunduğu yetkili hukukların herhangi birisine uygun olarak tanzim edilen vasiyetname, artık şeklen geçerli kabul edilmek zorundadır.

Sözleşmenin 1.maddesinde belirtilen bağlama kuralları, vasiyetin geri alınması açısından da geçerli kabul edilerek, vasiyetname düzenleme ve geri alınması şekilleri arasında paralellik oluşturulmuştur (Sözleşme md.2). Bunun yanında sözleşmenin, yukarıdaki maddelerde öngörölen bir hukuktan başka bir hukukun şekil şartlarına uygun olarak yapılmış vasiyet tasarruflarını tanıyan âkit devletlerin mevcut veya gelenekteki kurallarını etkilemeyeceği açıkça ortaya konulmuştur (Sözleşme md.3). Sözleşmenin iki veya daha çok kişinin tek bir belgeyle yaptıkları vasiyet tasarruflarının biçimlerine de uygulanacağı açıkça belirtildiğinden, ortak vasiyetnamelerin geçerliliği ilk maddede yer verilen bağlama kurallarına göre saptanacaktır (Sözleşme md.4). Bu kapsamda ortak vasiyetname düzenlenip düzenlenemeyeceği meselesinde doktrin genel olarak Türkiye'nin, âkit devletlerin öngörölen şartların gerçekleşmesi durumunda yabancı ülkede yapılan bir kısım vasiyet tasarrufu şekillerini tanımama hakkını düzenleyen 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi md.11'e herhangi çekince koymadığını; meselenin aslında bir vasıflandırma sorunu olduğunu; ortak vasiyetnamelerin ölüme bağlı tasarrufun şeklinden ziyade amaç ve konusunu oluşturduğundan bahisle ölüme bağlı tasarrufun maddî içeriğine karşılık geldiğini ve mirasın esasına dair bulunduğunu; bu sebeple de miras statüsüne

²⁰ Ekşi de bahse konu kararın eleştirisi bağlamında vasiyetnamenin düzenlendiği yerin Maryland eyaleti olduğundan uyumsuzlukta yabancılık unsuru bulunduğunu; ölenin Türk vatandaşı olduğu ve vasiyetnamenin yapıldığı yer hukukunun ise Amerikan hukuku olduğunu; mirasın esasına uygulanacak hukukun Türkiye'de bulunan taşınmazlar için Türk hukuku ve geri kalan tereke yönünden ise ölenin millî hukuku olarak yine Türk hukuku olduğunu; o halde vasiyetnamenin şeklen geçerli olması için Türk hukuku veya Amerikan hukukuna uygun biçimde düzenlenmesinin yeterli olduğunu; Yargıtay'ın burada MÖHUK md.20/4 hükmünde gösterilen hukukların birbirine alternatif olduğu hususunu gözden kaçırdığını ifade ederek kararın isabetsiz olduğunu belirtmiştir. Ekşi (n 8) 51-53.

tâbi kılınması gerektiğini; mirasbırakan, millî hukukunca ortak vasiyetname yapabiliyorsa, ortak vasiyetnamenin geçerli olacağını savunmaktadır²¹.

Yargı uygulaması yönünden de benzer bir yaklaşımdan bahsedilebilir. Buna göre ilk derece mahkemesinin, mirasbırakanın, eşi olan davalıyla Almanya’da noter huzurunda düzenlenen ve mirasbırakan ile eşinin birbirlerini karşılıklı mirasçı atadıkları resmî vasiyetnamenin ortak vasiyetname niteliği taşıdığı; vasiyetname Almanya’da yapıldığı için MÖHUK md.20/4 atfıyla MÖHUK md.7 uyarınca Alman kanunlarına aykırılık içermediğinden geçerli sayılması gerektiği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararını Yargıtay, mirasbırakanın Türk vatandaşı olduğu ve mirasbırakan ile eşi olan davalının düzenlemiş olduğu ortak vasiyetnamenin bu hali ile mirasbırakanın millî hukuku olan Türk hukukuna uygun şekilde yapılmamış olduğundan hareketle iptali edilmesi gerektiği düşüncesiyle bozmuştur²². Fikrimizce ortak vasiyetnamenin alt türlerini oluşturan ve tek bir belgede (uno actu) toplanmamış karşılıklı vasiyetname veya birbirine bağlı vasiyetnamelerin Türk hukuku açısından dahi geçerli sayılmalarının önünde herhangi bir engel bulunmayıp; geçersizlik sadece birlikte vasiyetnameyle sınırlı olarak ele alınmalıdır²³. Bu itibarla ilk derece mahkemesi ve Yargıtay ilamında mirasbırakan tarafından düzenlenen ortak vasiyetnamenin, esasen uno actu nitelikte birlikte vasiyetname özelliği taşıyıp taşımadığı tam olarak anlaşılammakta ise de, kararlardaki ifade ve kabullerden dava konusu resmî vasiyetnamenin “karşılıklı vasiyetname” mahiyetinde olduğu değerlendirilmektedir. Bu ihtimalde ise vasiyetname, Türk vatandaşı olan mirasbırakanın millî hukuku olan Türk hukukuna göre tek başına bu sebeple hukuka veya ahlâka aykırı sayılamayacağından vasiyetnamenin geçersizliği gündeme gelemeyeceği için Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir. Bu bağlamda kanaatimizce birlikte vasiyetname de dâhil olmak üzere tüm ortak vasiyetname türlerinin düzenlenmesi, şekilden ziyade ölüme bağlı tasarrufun içeriğine ilişkin bulunduğundan ölüme bağlı tasarrufların esas hakkında uygulanacak hukuka (*lex successions*) tabi kılınmalıdır. Böylelikle tasarrufun esasına tatbik edilecek hukuk düzeninde mirasbırakanın ortak vasiyetname yapması mümkün ise, o takdirde tanzim olunan ortak vasiyetname de geçerli sayılmalıdır. Şüphesiz ki bir vasiyetnamenin ortak vasiyetname mahiyetinde olup olmadığı da esasen bir vasıflandırma sorunu olarak karşımıza çıkacaktır. Genel itibariyle vasıflandırmanın, hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre

²¹ Ekşi (n 8) 63; Baran Çelik (n 1) 152-153; Uluocak (n 1) 147-148 ve 289; Altıparmak (n 2) 142; Sorunun bir şekil sorunu olduğundan bahisle şekil statüsüne (MÖHUK md.7) tâbi olması yönünde aksi görüş için bkz. Nomer (n 1) 298; Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 277 dn.329.

²² Yargıtay 3 HD, 15904/25905, 17.12.2012 (UYAP).

²³ Detaylı bilgi için bkz. Furkan Olgaç, *Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri* (Seçkin 2021) 44 vd.



yapılması ve fakat ulaşılan sonuçların hakkaniyete aykırı olması durumunda ise *lex causae* uyarınca vasıflandırma yapılarak ölüme bağlı tasarrufun ortak vasiyetname olup olmadığına karar verilmesi lazımdır.

Sözleşmenin dikkat çeken bir diğer özelliği, vasiyet tasarruflarının kabul edilen şekillerini sınırlayan ve vasiyetçinin yaşına, vatandaşlığına ve diğer kişisel niteliklerine ilişkin hükümler ile şahitlerde aranacak nitelikleri vasiyetname şekline dâhil sayarak vasıflandırma uyuşmazlıklarını engellemiş olmasıdır (Sözleşme md.5)²⁴. Yine sözleşmede öngörülen kanunlar ihtilâfi kurallarının tatbiki, hiçbir karşılıklılık şartına bağlı tutulmadığından, sözleşme hükümlerinin ilgili kişilerin vatandaşlığı veya yukarıdaki maddeler gereğince uygulanacak hukuk, bir âkit tarafın vatandaşlığı veya hukuku olmasa dahi uygulanmak suretiyle sözleşme hükümleri yeknesak milletlerarası özel hukuk kuralı haline getirilmiştir (Sözleşme md.6). Ayrıca sözleşmenin, mirasbırakanın sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra öldüğü bütün hallerde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (Sözleşme md.8)²⁵.

Söz konusu La Haye Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerden olan ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkına ilişkin bulunduğu 1982 Anayasası md.90/5 uyarınca kanun hükmünde olup; ayrıca MÖHUK md.1/2 doğrultusunda Türk hukukunda öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Değişik bir ifadeyle ilgili sözleşme ile MÖHUK arasında sözleşme kapsamında kalan konularda farklı hükümler taşımaları nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası sözleşme karakterinden bahisle 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümleri esas alınacaktır. Böylelikle MÖHUK md.20/4 hükmünün yalnızca mirasbırakanın sözleşmenin yürürlüğünden önce öldüğü haller, Türkiye'nin çekince koyduğu durumlar²⁶ ile sözleşmenin düzenleme alanı dışında kalan ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmeleri açısından uygulama imkânı sürecektir²⁷.

²⁴ Söz konusu hükmün tanıkları da kapsadığı hususu ile hükmün yalnızca özel bazı sınırlamalara ilişkin bulunduğu bahisle ölenin milli hukukunda düzenlenen ehliyet şartlarını hafifletmeyeceği hakkında bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 285-286.

²⁵ “*Temyiz ilamında bildirilen gerektirici sebeplere, özellikle 05.10.1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki Sözleşmenin 8. maddesi ‘işbu sözleşme hükümleri, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra vasiyetçinin öldüğü hallerde uygulanır’ hükmü gereğince ilgili sözleşmenin vasiyetçi Anthony François E... 21.10.1892’de ölmüş olduğundan uygulama olanağı olmamasına göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440. maddesinde sayılan sebeplerden hiçbirisine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin reddine (...)*” Yargıtay 2 HD, 131/3253, 13.03.2006 (UYAP).

²⁶ i-Mirasbırakanın ikametgâhının bulunmuş olduğu yerin, mahkemenin bulunduğu yer hukukuna göre tespit etmek hakkı; ii-Aynı zamanda başka bir Devlet vatandaşı olmayan kendi vatandaşlarının, olağanüstü durumlar dışında, sözlü olarak yaptıkları vasiyet tasarrufların tanımama hakkı ve iii-Kendi hukukuna göre miras niteliğinde olmayan vasiyet tasarrufu hükümlerini sözleşmenin uygulanması dışında bırakma hakkının saklı tutulması.

²⁷ Ekşi (n 8) 78-79; Tekinalp (n 1) 246; Altıparmak (n 2) 138-139; Çelikel ve Erdem (n 1)

1961 tarihli La Haye sözleşmesinin yanında istisnaen, Türkiye'nin bazı devletlerle yaptığı özellikle daha eski tarihli olan bir kısım konsolosluk sözleşmelerinde de miras statüsünün ve/veya ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hakkında yetkili hukukun tayini bağlamında düzenlemeler sevk edilebilmektedir. Örneğin 28.05.1929 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti arasında Konsolosluk Mukavelenamesi md.20'de düzenlenen “Âkit taraflardan birinin tebaasının diğer taraf ülkesindeki terekesi hakkında konsoloslar işbu mukavelename merbutunda zikredilen salâhiyetleri haizdirler.” hükmüne istinaden akdedilen ek “Konsolosluk mukavelenamesinin 20 inci maddesinin merbut terekeye ait ahkâmı” bent 16 gereğince “1-Ölüme bağlı tasarruflar, tanzim edildikleri memleketin veyahut işbu tasarruflar tanzim edildiği zaman murisin tebaasından bulunduğu memleketin kavaninine göre yazıldıkları takdirde şekil itibariyle muteberdir. 2-Bu tasarrufların fesih ve iptalinde de aynı hüküm caridir”²⁸. Benzer şekilde 09.09.1929 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Krallığı arasında mün'akit Konsolosluk Mukavelenamesi md.21/11'de “Miras hakkı ve menkul terekenin taksimi müteveffanın millî kanununa tâbi olacaktır. Terekenin miras veya vasiyet hüccet ve senedine istinat ve işbu mirasa veya onun taksimine taallük eden bütün mesail müteveffanın mensup olduğu devlet arazisindeki mehakim veya sair salâhiyettar makamlar tarafından müteveffanın millî kanunlarına tevfikan halledilecektir. Bu kararlar diğer memlekette tanınacaktır.” hükmü sevk edilmiştir²⁹.

Bu bilgiler ışığında aralarında resmî vasiyetnamenin de yer aldığı şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların şeklen geçerliliği hakkında yapıldığı yer hukuku, tasarrufun esası hakkında yetkili hukuk, mirasbırakanın ikametgâh veya mutat meskeninin bulunduğu yer hukuku ve mirasbırakanın millî hukuku yetkili kılınmıştır (Sözleşme md.1/1, MÖHUK md.20/4 ve 7)³⁰. Örnek vermek

352-353; Can ve Toker (n 1) 425; Baran Çelik, sözleşmenin yürürlüğünden önce düzenlenen vasiyetnamelerin de (Sözleşme md.13) sözleşme kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir. Baran Çelik (n 1) 148; Sözleşmenin “*loi uniforme*” (yeknesak kanun) niteliği taşıması sebebiyle düzenlediği konular bakımından MÖHUK md.20'nin yerine geçeceği hususunda bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 281 ve 284-285; Çelikel ve Erdem (n 1) 352-353; Uluocak (n 1) 285; Tekinalp (n 1) 250.

²⁸ RG 08.06.1930/1514.

²⁹ RG 07.04.1931/1768.

³⁰ “Vasiyetnameyi düzenlettiren Yunan tabiiyetindedir. Vasiyetname de Yunanistan'da düzenlenmiştir. Böyle bir vasiyetnamenin Türkiye'de infaz edilebilmesi için ilk şart, vasiyetçinin Millî Kanununa uygun olarak tanzim edildiğinin tespit edilmesidir. Bu vasiyette, vasiyetnamenin Yunan Kanununa göre geçerli bir vasiyetname olup olmadığını Türk Mahkemelerinin tayin etmesi gerekir. Davalılar, Yunanistan'daki noterlerce dört sahifelik çift yapraklı büyük kütadaki kâğıtların kullanıldığı, bu itibarla bir sahifeye atılan imzanın dahi maksadı temin edeceğini, ayrıca tercümenin de sahife ve yaprak ibareleri bakımından yanlış olduğunu beyan etmişlerdir. Mücerret imza noksanı iptal sebebi yapıldığına göre



gerekirse Türkiye’de ikamet eden Rus vatandaşı R’nin, Türkiye’de düzenlediği ve Yunanistan’daki taşınmazını vasiyete konu ettiği resmî vasiyetnamenin şeklen geçerliliği hususunda Türk, Rus ve Yunan hukuklarının her biri yetkili olacaktır. Şüphesiz ki yabancılık unsuru içeren bu varsayımda da mirasbırakanın ölüm tarihinin sözleşme tarihinden sonra olması ve Türkiye tarafından çekince konulan konuları içermemesi durumunda, şekli geçerlilik kapsamında öncelikle 1961 tarihli La Haye sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

b. YABANCI RESMÎ BELGELERİN TASDİKİ MECBURİYETİNİN KALDIRILMASI SÖZLEŞMESİ

Bir diğer mesele olarak yabancı ülkelerde işlem görece ve noter tarafından düzenlenen resmî vasiyetnamelerin onaylanma usulüne de değinmek yerinde olur. Buna göre Türkiye’de usulüne uygun olarak yapılan ve yabancı bir memlekette kullanılacak olan işlemin altındaki noterin imza ve mührünün, noterliğin bulunduğu yer valiliğince onaylanması gerekir (NK³¹ md.199, NKY³² md.65/1). Ancak onama sadece mühür ve imzaya yönelik olduğundan, noterlik işleminin içeriğini kapsayıcı özellikte olmayıp; noterlikçe, işin görüleceği yabancı ülkenin Türkiye temsilcilüğince yapılması gerekli muamelenin işin ilgisince yaptırılması hususu ayrıca bildirilir. (NKY md.65/1). Söz konusu hüküm, noterce tanzim edilen resmî vasiyetname için de şüphesiz geçerlidir.

Yabancı memleketlerde usulü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki o memleketin yetkili merciinin imza ve mührü ise, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla kural olarak konsolos tarafından onanır (NK md.195, NKY md.65/2). Keza aynı husus medeni usul hukukunda zikredilmiş ve yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin Türkiye’de bu vasfi taşınmasının, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlı bulunduğu ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümlerinin saklı olduğu vurgulanmıştır (HMK md.224).

Tam da bu noktada ülkemizin taraf olduğu 05.10.1961 tarihinde La Haye’de imzalanan “Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi”³³ çerçevesinde, yabancı resmî belgelerin diplomasi veya konsolosluk temsilciliklerince tasdiki mecburiyetinin kaldırılması yönünde ortaya konulan sözleşme amacıyla birleşilmesine atfen, aralarında

bu müdafaa usulen tahkik edilmek icap ederken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2 HD, 2257/2397, 15.04.1963 (Esat Şener, *Miras Hukuku* (Olgaç 1977) 227; Esat Şener, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)* (Seçkin 1988) 1076; Esat Şener, *Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Vasiyet Hukuku* (Seçkin 1995) 415).

³¹ Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG 05.02.1972/14090.

³² Noterlik Kanunu Yönetmeliği, RG 13.07.1976/15645.

³³ RG 16.09.1984/18517.

savcı, zabıt kâtibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dâhil olmak üzere, devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler ile noterlik senetlerinin açıkça sayıldığı bir kısım resmî belgenin, âkit devletlerden birinin ülkesinde düzenlenmesi ve diğer bir âkit devlet ülkesinde kullanılacak olması durumunda ilgili belgelerin tasdik işleminden bağışık tutulması öngörülmüştür (Sözleşme md.1 ve 2). Sözleşme kapsamında tasdik işleminden ise yalnız, belgenin kullanıldığı ülkenin diploması veya konsolosluk memurları tarafından belgedeki imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin hangi sıfatla imzaladığının veya gerekirse üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi işlemi anlaşılır (Sözleşme md.2/c.2).

İmzanın doğruluğu, belgeyi imzalayan kişinin sıfatı ve gerektiğinde bu belge üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğu noktalarının teyidi için zorunlu görülebilecek tek işlem, Sözleşme md.4'te tanımlanan tasdik şerhinin belgenin verildiği devlet yetkili makamınca bu belgeye konulmasından ibaret olmakla birlikte; söz konusu işleme uyulması, gerek belgenin kullanıldığı ülkede yürürlükte bulunan yasa, yönetmelik veya uygulamalarla, gerekse iki veya daha çok âkit devlet arasındaki bir anlaşma ile böyle bir işlemin kaldırılmış, basitleştirilmiş veya tasdikten tüm bağışık tutulmuş olması hallerinde istenemez (Sözleşme md.3). Bir önceki cümlede gösterilen tasdik şerhi, bunu koyan makamın resmî dilinde yahut ikinci bir dilde olmak üzere işbu sözleşmeye ekli örneğe uygun biçimde, bizzat belgenin veya buna eklenecek bir kâğıdın üzerine konulacaktır (Sözleşme md.4). Öte taraftan iki veya daha çok âkit devlet arasında bir imza, mühür veya damganın tasdikini belirli formalitelere bağlı tutan hükümler içeren bir antlaşma, sözleşme veya anlaşma bulunduğu takdirde, işbu sözleşme, ancak o hükümlerin sözleşmenin 3 ve 4'ncü maddelerinde öngörülen formalitelerden daha katı olması halinde, söz konusu hükümlerin yerine geçer (Sözleşme md.8).

c. DİPLOMASİ VE KONSOLOSLUK MEMURLARINCA DÜZENLENEN BELGELERDE ONAY İŞLEMİNİN KALDIRILMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Yine ülkemizin taraf olduğu ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerarasında benzer mahiyette 07.06.1968 tarihinde Londra'da imzalanan "Diplomasi ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi"³⁴ gereğince, sözleşmede kullanılan tasdik teriminden, bir belgeye vazedilen imza ile belgeyi imzalayanın sıfatının doğruluğunu ve gerektiğinde belgeye vazolunan mühür veya damganın uygunluğunu teyide matuf formalite kastedilmekte olup (Sözleşme md.1);

³⁴ RG 12.04.1987/19429.



benzer amaçlar etrafında işbu sözleşme, herhangi bir ülkede görevlerini ifa etmekte olan âkit devletlerin diploması ve konsolosluk memurlarının resmî sıfatlarına dayanarak düzenledikleri ve diğer bir âkit tarafın ülkesinde ye da işbu sözleşmeye taraf olmayan bir devletin toprakları üzerinde görev yapmakta olan bir başka âkit tarafın diploması ve konsolosluk memurlarına, ibraz edilecek resmî belgelerin yanında, aynı zamanda diploması ve konsolosluk memurlarınca vazolunan imza tasdikleri gibi resmî beyanlara da uygulanacaktır (Sözleşme md.2). Böylece sözleşme, gerektiğinde sözleşme kapsamına giren belgelerin doğruluğunun teyidini sağlama imkânı saklı kalmakla beraber ve âkit Taraflar arasındaki başkaca antlaşma, sözleşme ve anlaşmaların, diploması ve konsolosluk memurlarının imzalarının, sıfatlarını ve gerektiğinde belgenin taşıdığı mühür ve damgaların doğruluğunu tasdiğe tâbi tutan hükümlerini geçersiz kılacak şekilde âkit taraflardan her birini, sözleşmenin kapsadığı belgeleri tasdikten muaf kılmıştır (Sözleşme md.3,4 ve 5).

Yukarıdaki maddelerden hareketle bahsi geçen sözleşmeler, 1982 Anayasası md.90/5 gereğince öncelikli olarak uygulanacağından, söz konusu uluslararası sözleşmelerin kapsamında giren hallerde, NK md.199 ve NKY md.65 hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak her iki sözleşmenin kapsamlarının birebir aynı olmadığı; değişik bir söyleyişle 1968 tarihli Avrupa Konseyi sözleşmesi yalnızca âkit devletlerin diploması ve konsolosluk memurlarının resmî sıfatlarına dayanarak düzenledikleri resmî belge ve beyanlara uygulanacakken; 1961 tarihli La Haye sözleşmesinin, diğerine nazaran daha geniş kapsamlı olarak sözleşmede açıkça sayılan tüm resmî belgelerdeki tasdik zorunluluğunu bertaraf ettiği; bu itibarla Türkiye’de tanzim edilip de âkit bir devlette kullanılması gereken resmî vasiyetnameler yönünden 1961 tarihli La Haye sözleşmesinin gündeme geleceği; ancak yabancı ülkede bulunan Türk Konsololuğunda düzenlenen bir resmî vasiyetname açısından ise kapsam dâhilinde kalması halinde 1968 tarihli Avrupa Konseyi sözleşmesinin uygulanması gerektiği ifade edilmelidir.

C. RESMÎ VASIYETNAMENİN ESASI YÖNÜNDEN UYGULANACAK HUKUK

MÖHUK çerçevesinde ölüme bağlı tasarrufların esası hakkında uygulanacak hukuka (*lex successions*) dair doğrudan doğruya herhangi bir özel hüküm sevk edilmediği peşinen ifade edilmelidir. Eş söyleyişle MÖHUK md.20/4 ve 5’in, ölüme bağlı tasarrufların yalnızca şekil ve ehliyet noktalarına yönelik düzenlemeler içermesi sebebiyle ancak bu konularla sınırlı olarak tatbik edilebileceği ve bu fıkraların yabancılık unsuru taşıyan resmî vasiyetnamelerin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde etkisinin olmadığı açıktır³⁵.

³⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 277; Tekinalp (n 1) 238-239; Can ve Toker (n 1) 424.

Dolayısıyla resmî vasiyetnamenin esasına uygulanacak yetkili hukuk, yine miras statüsünü düzenleyen genel düzenleme mahiyetindeki MÖHUK md.20/1 hükmü çerçevesince belirlenecektir. MÖHUK md.20/1 gereğince, “*Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.*” Bu cümleden olmak üzere resmî vasiyetname kapsamındaki maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, esas yönünden ikili bir ayrıma tâbi olup; mirasbırakanın resmî vasiyetname kapsamındaki taşınır terekesi ile Türkiye dışındaki bulunan taşınmaz terekesi bakımından mirasbırakanın millî hukuku; mirasbırakanın Türkiye’de yer alan taşınmaz terekesi bakımından ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır. Böylelikle örneğin Fransız vatandaşı F’nin, İsviçre’de yaptığı bir resmî vasiyetnamede değerli kol saatini ve Türkiye’deki taşınmazını vasiyet etmesini kapsayan bir resmî vasiyetnamede yer alan söz konusu maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların esas bakımından geçerliliği, kol saati açısından Fransız hukukuna ve taşınmaz açısından ise Türk hukukuna tâbi olacaktır (MÖHUK md.20/1).

Her ne kadar genel hükümler bahsinde yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, kural olarak dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad meskenin esas alınacağı belirtilmiş (MÖHUK md.3) ve ölüme bağlı tasarruflar bakımından ise tercih edilen kanunlar ihtilâfî kurallarının gözetileceği ilgili an açıkça gösterilmemiş ise de, MÖHUK md.20/5 hükmünün, MÖHUK md.3’ün istisnası olduğu ve ölüme bağlı tasarruflara uygulanacak hukukun belirlenmesinde mirasbırakanın ölüm anından ziyade, tasarruf yapıldığı anın esas alınmasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir³⁶.

³⁶ Ekşi (n 8) 48; Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 280; Uluocak (n 1) 142; Tekinalp (n 1) 245; Doğan (n 1) 344-345; Can ve Toker (n 1) 424; Baran Çelik (n 1) 110-111; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *İnan Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku* (10.Baskı, Seçkin 2019) 166; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (4.Baskı, Yetkin 2020) 346; “(...) *Vasiyetnamenin esasına uygulanacak hukukta genel kural; örneğin, ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ise, tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tâbidir. (MÖHUK m.22/5) (Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 1990/4236 E-1548 K.) Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (MÖHUK m.22). Buna göre, Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanırken, taşınır mallar açısından ölenin milli hukuku uygulanacaktır. Öyle ise mahkemece, Yargıtay bozma ilamına uyulduğu halde eksik inceleme ile ve vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte Türkiye’nin de taraf olduğu “Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanunun Uyuşmazlıkları” konusunda 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi nazara alınmadan dava dilekçesindeki talepler yönünden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Yargıtay 3 HD, 2397/4054, 12.03.2015 (UYAP); Mirasbırakanın, geçerli olarak tanzim edilen ölüme bağlı tasarrufun sonrasında vatandaşlığının değişmesi ihtimalinde mevcut ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği, ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi ya da geri alınması ihtimallerinde ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 280 dn.355 ve 282 dn.339.*



Öte yandan yukarıda açıklanan hükümlerde benimsenen vatandaşlık esası hususunda kanunda aksi öngörülmedikçe, vatansızlar ve mülteciler hakkında sırasıyla yerleşim yeri, mutad mesken ve o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku ile birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında ise daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukukunun uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir (MÖHUK md.4).

Mirasbırakanın resmî vasiyetname tanzimi hususunda ehliyetli olup olmadığına ise düzenlenme tarihindeki millî hukukuna göre karar verilecektir (MÖHUK md.20/5). Örnek olarak Türkiye’de ikamet eden 17 yaşındaki İran vatandaşı İ’nin yine Türkiye’de gerçekleştireceği bir resmî vasiyetnamede, her ne kadar resmî vasiyetnamenin yapıldığı yer hukuku olan Türk hukukunda yaş şartı olarak 15 yaşın ikmalî yeterli kabul ediliyor ise de, ehliyet şartlarının millî hukuka bağlanması karşısında İran hukukuna göre vasiyet ehliyeti için ergin olmanın gerekmesi ve erginliğin 18 yaşın tamamlanmasına bağlanması karşısında söz konusu resmî vasiyetname ehliyetsizlikten geçersiz hale gelecektir³⁷. Benzer biçimde İsviçre Hukukunda vasiyetname için 18 yaşını doldurmak ve ayırt etme gücünü haiz olmak gerektiğinden (ZGB Art. 467), 17 yaşındaki bir İsviçre vatandaşı, Türkiye’de vasiyetname düzenleyemeyecektir.

Bir diğer mesele olarak resmî vasiyetnamenin iptal sebeplerine uygulanacak hukuk yönünden irdeleme yapılması lazımdır. Türk hukukunda düzenlenen iptal nedenleri pek çok hukukta benzerlik arz etmektedir. TMK md.557/1-b.1’deki gibi ehliyetsizliğin bir iptal sebebi olarak kabul edildiği hallerde, ehliyet statüsünün (MÖHUK md.20/5) yetkili olması gerektiğini ileri süren görüşler mevcut olmakla birlikte, genel olarak vasiyetnamenin iptal sebepleri, iptal davası ve süreleri hususlarının miras statüsüne (MÖHUK md.20/1) tâbi olduğu; kamu düzenine dair hususlar saklı kalmak kaydıyla, irade sakatlığı (TMK md.557/1-b.2) ve koşul ve yüklemelerdeki hukuka ve ahlâka aykırılık (TMK md.557/1-b.3) hükümlerinin de miras statüsüne bağlanması gerektiği; şekil şartlarına aykırılıkta (TMK md.557/1-b.4) ise vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukukun (MÖHUK md.20/4 ve 7) belirleyici olacağı kabul edilmektedir³⁸.

³⁷ İran Hukukunda vasiyet ehliyeti yönünden kapsamlı açıklama hakkında bkz. Mahdiyeh Kasehgarı, İran Hukukunda Vasiyet (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 13 vd.; Mohammad Maghaminiya, “İran Hukukunda Vasiyet ve Vasiyetname Şekil Türleri”, (2009) 11(Özel Sayı) DEÜHFD, 1239, 1249 vd.

³⁸ Çelikel ve Erdem (n 1) 353; Baran Çelik (n 1) 183-184; Uluocak (n 1) 144; Berki (n 9) 184-185; Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, ehliyetsizlik nedeniyle iptal hususunda, tasarruf ehliyeti hakkında uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK md.20/5 hükmünün uygulanması gerektiği; ölüme bağlı tasarrufların şekil ve ehliyete dair yönleri hakkında MÖHUK md.20/4-5 hükümlerinin uygulanacağı; böylelikle MÖHUK md.20/1’deki genel

D. GEÇİCİ KORUMA ALTINDAKİ YABANCILARIN HUKUKİ DURUMU

Yeri gelmişken bir süreden beri ülkemizde yer alan ve temelde Suriye vatandaşı olup, çoğunluğu itibariyle halen ülkemizde geçici koruma (*temporary protection*) altında bulunan yabancıların hukukî statüsüne bağlı olarak, tanzim edebilecekleri resmî vasiyetnamelerdeki yabancılık unsuruna ayrı bir parantez açılması gerekmektedir. Son veriler ışığında savaş sebebiyle 2011 yılından bu yana geçici barınma merkezlerinde yahut dışında kalmak suretiyle ülkemizde toplam 3,5 milyonun üzerinde Suriye vatandaşı mevcuttur³⁹. Bu doğrultuda YUKK⁴⁰ md.61 ve 65 vd. hükümlerince mültecilik kavramının bireysel başvuru neticesinde kazanılan bir uluslararası koruma statüsü olduğu; kavramın esasen 28.07.1951 tarihinde imzalanan “Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi”⁴¹ ve “Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü”⁴² kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; geçici korumanın ise, kitlesel sığınma olaylarında çok acil ve ani çözümler üretilebilmesi amacıyla tercih edilen bir koruma yöntemi olduğu; buna göre YUKK md.91/1’de “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir” hükmünün sevk edildiği; geçici korumanın herhangi bir başvuruya tâbi bulunmadığı gibi, nihai amacının koruma altında bulunan kimsenin menşe ülkeye geri dönmesi olarak

kural yerine, hukukî işlemlerin şekline ilişkin genel kural olan MÖHUK md.7 ve hak ve fiil ehliyetine dair genel kural olan MÖHUK md.9 hükmünün tatbik edileceği düşüncesindedir. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 277-279; “(...) *Dava, yabancı ülkede düzenlenen vasiyetnamenin gerek ehliyet ve gerekse şekil açısından iptaline ilişkin olup, mahkemece şekil açısından Medeni Kanunun 478 ve sonraki maddelerine aykırılık nedeniyle iptal doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Oysaki (...) hukukî işlemlerin yapıldıkları yer hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılması mümkün bulunmaktadır. Diğer taraftan ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ise (...) tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir. Öyle ise mahkemece yapılacak iş ehliyet açısından Türk Medeni Kanunu ve şekil şartları açısından da Alman Medeni Kanunu hükümlerini dikkate alarak almak ve buna göre hüküm kurmaktan ibarettir. Bu yön dikkate alınmadan eksik inceleme ile isteğin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*” Yargıtay 2 HD, 4236/11458, 23.11.1990 (Ekşi (n 8) 48 dn.27); Aksi yönde ölüme bağlı tasarrufun ehliyetsizlik sebebiyle iptali konusunun, ehliyet statüsüne tâbi bulunduğu görüşü için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe (n 2) 278; Altıparmak (n 2) 146-147.

³⁹ Güncel veriler için bkz. <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> Erişim Tarihi: 15.01.2021.

⁴⁰ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

⁴¹ RG 05.09.1961/10898.

⁴² Söz konusu protokol metni için bkz. <<https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/yonetmelikler/Sozlesmeler/MULTECILERIN-HUKUK-STATUSUNE-ILISKIN-1967-PROTOKOLU.pdf>> Erişim Tarihi: 15.01.2021.

kabul edildiği; geçici koruma altındaki yabancılara bu esnada ayrıca bireysel statü tanınmasına ihtiyaç duyulmadığı; bu yöntemle kişi ya da gruplara himaye sağlanabildiği; söz konusu Suriyelilerin de, münferit istisnalar haricinde genel olarak geçici koruma kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁴³.

Bunun sonucunda ise geçici koruma altındaki yabancılar yönünden MÖHUK md.4 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı; bir başka deyişle ülkemizdeki Suriye vatandaşı kimseler bakımından MÖHUK md.20 hükmünün geçerli olduğu; böylelikle geçici koruma altında bulunan Suriye uyruklu yabancılardan Türkiye’de yapacakları resmî vasiyetnamenin şeklen geçerliliği hususunda karşılıklılık aranmadığından (Sözleşme md.6), 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi uygulanacağı; geçici koruma altındaki Suriye vatandaşlarından her ne sebeple olursa olsun sonrasında Türk vatandaşlığı kazananların ise artık Türk vatandaşlarına ilişkin hükümlere tâbi bulunacağı açıkça belirtilmelidir. Bu çerçevede Türkiye’de, Türk hukukuna uygun olarak düzenlenecek resmî vasiyetnameler şeklen geçerli kabul edilecektir. Bu kişilerin miras statülerine ise, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarınca kendi millî hukukları uygulanacak (MÖHUK md.20/1); ancak MÖHUK md.2/2 gereğince tüm araştırmalara rağmen somut olaya uygulanacak Suriye hukuku ilgili miras hükümleri tespit edilemediğinde, yine Türk hukuku uyarınca sonuca varılacaktır⁴⁴.

SONUÇ

Ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın, ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini içeren hukukî işlemlerdir. Ölüme bağlı tasarruflar, şeklî ve maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılır. Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğurması amacıyla irade beyanında bulunurken uyması gereken şeklî usul ve kalıplardır. Bir hukukî işlemde yabancılık unsuru, ilgili hayat olayı ya da hukukî ilişkinin, aynı anda yabancı bir veya birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olmasına karşılık gelir. Genel olarak, hukukî işlemin taraflarının vatandaşlığını yabancı olması ya da kişilerin yerleşim yeri veya mutad meskeninin yabancı ülkede yer alması; hukukî işlemin konusunun yabancı ülkede bulunması; hukukî işlemin şeklen yabancı ülkede yapılması; sözleşmeler açısından ifa yerinin veya haksız fiiller bakımından haksız fiilin ya da zararın meydana geldiği yerin yabancı ülke olması; yine sözleşmeler yönünden hukukî işlemin taraflarınca sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi; hukukî işleme dair uyuşmazlığın yabancı bir ülke mahkemesine götürülmesi gibi sebepler, bir uyuşmazlıkta yabancılık unsurunu gündeme getirebilir.

⁴³ Altıparmak (n 2) 110-112.

⁴⁴ Altıparmak (n 2) 112-113.

Resmî vasiyetname bağlamında, ölüme bağlı tasarrufa dâhil olanlar, tasarruf konusu tereke değerinin bulunduğu yahut tasarrufun yapıldığı yer ya da söz konusu ise mirasbırakana tanınan hukuk seçimi yetkisi nedeniyle yabancılık unsuru tezahür edebilir. Lakin ölüme bağlı tasarrufa temas eden her yabancılık etkeni, hukukî işleme yabancılık unsuru katmaz. Resmî vasiyetname yönünden vasiyetname içeriğinde yabancı dille hazırlanmış bölümlerin bulunması; mirasbırakanın yabancı bir ülkede bulunan Türk konsolosluğunda TMK hükümlerince resmî vasiyetname tanzim ettirmesi; şekli merasimine katılan resmî memurun ya da tanıkların, yabancı uyruklu olması veya birden fazla vatandaşlığının bulunması ya da yerleşim yerlerinin yabancı bir ülkede bulunması; Türk vatandaşı olmakla beraber her nasılsa Türkçe bilmeyen bir mirasbırakanın Türkiye’de tanzim ettiği resmî vasiyetname merasimine bir tercümanın eşlik etmesi gibi haller, tek başına bir yabancılık unsuru teşkil etmez.

Yabancılık unsuru taşıyan resmî vasiyetnameler bakımından uygulanacak kanunlar ihtilâfî hükümlerinin düzenlendiği MÖHUK md.20’de sırasıyla miras statüsünün, ölenin millî hukukuna tâbi bulunduğu; ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukukunun uygulanacağı; mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümlerin, terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğu ile Türkiye’de bulunan mirasçısız terekenin Devlete kalacağı açıklanmıştır (MÖHUK md.20/1-3). Ölüme bağlı tasarrufların şekli bahsinde, hukukî işlemlerde şekil başlıklı 7 nci maddeye ve ölenin millî hukukuna yollama yapılmıştır (MÖHUK md.20/4). Bunun haricinde ölüme bağlı tasarruf ehliyeti bakımından ise tasarruf sahibinin, tasarruf anındaki millî hukuku yetkili kılınmıştır (MÖHUK md.20/5). MÖHUK md.7’de ise hukukî işlemlerin, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceği vurgulanmıştır.

Resmî vasiyetnamenin şeklen geçerliliği kabul edilmesinde, yapıldığı yer hukukunun da yetkili sayılması karşısında, tanzim yeri olan yabancı hukukun maddî hükümlerinin, işleme resmîyet kazandırma kuvveti bulunan yetkili merci katılımı suretiyle mirasbırakana herhangi bir vasiyetname yapmasına izin verip vermediği önem kazanmaktadır. İlgili yabancı hukuk, resmî vasiyetnameyi hukuk düzeninden tümüyle dışlamışsa artık ölüme bağlı tasarruf, yapıldığı yer hukukunun maddî hükümlerince ayakta tutulamaz. Ancak vasiyetname hangi surette yapılmışsa (örneğin el yazılı vasiyetname şeklinde), o tür vasiyetnamenin şeklen geçerliliğinin sağlanması bakımından yine 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ve MÖHUK hükümleri geçerlidir. Daha yalın bir anlatımla, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi veya MÖHUK’ta yer alan diğer bağlama kuralları uyarınca mevcut vasiyetname türü şeklen ayakta tutulabilecektir. Bununla birlikte söz konusu yabancı hukuk düzenlerinde kabul edilen ölüme bağlı tasarrufun, Türk hukuku anlamında bir resmî vasiyetname



niteliği taşıyıp taşımadığı bir vasıflandırma sorunudur. Vasıflandırmanın, kural olarak, hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre yapılması uygun olup; kanımızca bu nitelendirmede olmazsa olmaz unsurlar, mirasbırakan ve resmî memurdur. Buna göre bir vasiyetnamenin Türk hukuku anlamında resmî vasiyetname kabul edilebilmesi için, mirasbırakanın maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflarının muhakkak bir resmî memur huzurunda yapılarak şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf haline bürünmesi gerekir.

05.10.1961 tarihinde düzenlenen ve 17.01.1983 tarihinde ülkemizde yürürlüğe giren Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi'nin amacı, âkit devletlerdeki vasiyet tasarruflarının şekli konusundaki kanunlar ihtilâfını çözümleyen müşterek kurallar öngörülmesidir. Böylelikle ölüme bağlı tasarruf hakkına saygı ilkesince tasarrufların imkân dâhilinde ayakta tutulması; vasiyetlerin düzenlenmesi ile geri alınması işlemlerinde salt gerekli şekil şartlarına uyulmamış olması nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun geçersiz kılınmasının önlenmesi; taşınır ve taşınmaz ayrımına gidilmeksizin tüm terekenin aynı şekil şartlarına tâbi tutularak âkit devletlerce benzer biçimde uygulanması ve âkit devletler mahkeme kararlarının tekdüzelik ve uyumun sağlanması amaçlanmıştır. Bu sözleşme uyarınca vasiyetçinin, vasiyet tasarrufunu yaptığı yer maddî hukukuna; vasiyet tasarrufunu yaptığı andaki millî hukukunun maddî hükümlerine; ölümü anındaki millî hukukunun maddî hükümlerine; vasiyet tasarrufunu yaptığı anda ikametgâhının bulunduğu hukukun maddî hükümlerine; ölümü anında ikametgâhının bulunduğu hukukun maddî hükümlerine; vasiyet tasarrufunu yaptığı anda mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun maddî hükümlerine; ölümü anında mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun maddî hükümlerine ya da vasiyet konusunun taşınmaz olması halinde işbu taşınmaz malların buldukları yer hukukunun maddî hükümlerinden herhangi birine uygun şekilde yaptığı vasiyetname şekil yönünden geçerli kabul edilecektir.

Türkiye'nin, âkit devletlerin öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda yabancı ülkede yapılan bir kısım vasiyet tasarrufu şekillerini tanımama hakkını düzenleyen 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi md.11'e herhangi çekince koymaması ve ortak vasiyetnamelerin ölüme bağlı tasarrufun şeklinden ziyade amaç ve konusunu teşkil ettiği ve ölüme bağlı tasarrufun maddî içeriğine karşılık geldiğinden hareketle mirasın esasına dair bulunması gözetildiğinde, şayet mirasbırakan, kendi millî hukukunca ortak vasiyetname yapabiliyorsa, bu ortak vasiyetname ülkemizde de geçerli sayılacaktır. La Haye Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerden olan ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkına ilişkin bulunduğundan 1982 Anayasası md.90/5 uyarınca kanun hükmünde olup; ayrıca MÖHUK md.1/2 doğrultusunda Türk hukukunda öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu cümleden ol ak üzere MÖHUK md.20/4

hükmü yalnızca, mirasbırakanın sözleşmenin yürürlüğünden önce öldüğü haller, Türkiye'nin Sözleşmeye çekince koyduğu durumlar ile sözleşmenin düzenleme alanı dışında kalan ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulacaktır.

Ülkemizin taraf olduğu 05.10.1961 tarihinde La Haye'de imzalanan Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi çerçevesince, yabancı resmî belgelerin diploması veya konsolosluk temsilciliklerince tasdiki mecburiyetinin kaldırılması yönünde ortaya konulan sözleşme amacıyla birleşilmesine atfen, aralarında savcı, zabıt kâtabi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dâhil olmak üzere, devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler ile noterlik senetlerinin açıkça sayıldığı bir kısım resmî belgenin, âkit devletlerden birinin ülkesinde düzenlenmesi ve diğer bir âkit devlet ülkesinde kullanılacak olması durumunda ilgili belgelerin tasdik işleminden bağışık tutulması öngörülmüştür. Yine ülkemizin taraf olduğu ve Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında benzer mahiyette 07.06.1968 tarihinde imzalanan Diploması ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi gereğince, âkit taraflar arasındaki başkaca antlaşma, sözleşme ve anlaşmaların, diploması ve konsolosluk memurlarının imzalarının, sıfatlarını ve gerektiğinde belgenin taşıdığı mühür ve damgaların doğruluğunu tasdike tâbi tutan hükümlerini geçersiz kılacak şekilde âkit taraflardan her biri, sözleşmenin kapsadığı belgeleri tasdikten muaf kılınmıştır. Bahse konu iki sözleşmenin birbiriyle ilişkisi değerlendirildiğinde, 1968 tarihli Avrupa Konseyi sözleşmesinin yalnızca âkit devletlerin diploması ve konsolosluk memurlarının resmî sıfatlarına dayanarak düzenledikleri resmî belge ve beyanlara uygulanacak bir sözleşme olmasına karşın, 1961 tarihli La Haye sözleşmesinin, diğerine nazaran daha geniş kapsamlı olarak sözleşmede açıkça sayılan tüm resmî belgelerdeki tasdik zorunluluğunu bertaraf ettiği görülecektir. Bu itibarla Türkiye'de tanzim edilip de âkit bir devlette kullanılması gereken resmî vasiyetnameler yönünden 1961 tarihli La Haye sözleşmesi gündeme gelecektir. Fakat yabancı ülkede bulunan Türk Konsololuğunda düzenlenen bir resmî vasiyetname açısından ise kapsam dâhilinde kalması halinde 1968 tarihli Avrupa Konseyi sözleşmesinin uygulanması gerektiği söylenmelidir.

MÖHUK md.20/4 ve 5'in, ölüme bağlı tasarrufların yalnızca şekil ve ehliyet noktalarına yönelik düzenlemeler içermesi sebebiyle ancak bu konularla sınırlı olarak tatbik edilebileceği açıktır. Dolayısıyla resmî vasiyetnamenin esasına uygulanacak yetkili hukuk, yine miras statüsünü düzenleyen genel düzenleme mahiyetindeki MÖHUK md.20/1 hükmüdür. Bu fıkraya göre ise miras ölenin millî hukukuna tâbi olmakla birlikte, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. Ölüme bağlı tasarruflara uygulanacak



hukukun belirlenmesinde mirasbırakanın ölüm anından ziyade, tasarruf yapıldığı anın esas alınmasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir. Resmî vasiyetnamenin iptal sebeplerine uygulanacak hukuk izah edilecek olduğunda, Türk hukukunda düzenlenen iptal nedenleri pek çok hukukta benzerlik arz ettiği görülecektir. Doktrindeki baskın görüş genel olarak vasiyetnamenin iptal sebepleri, iptal davası ve sürelerinin miras statüsüne (MÖHUK md.20/1) tâbi olduğudur. Bunun yanında kamu düzenine dair hususlar saklı kalmak kaydıyla, irade sakatlığı (TMK md.557/1-b.2) ve koşul ve yüklemelerdeki hukuka ve ahlâka aykırılık (TMK md.557/1-b.3) hükümlerinin de miras statüsüne bağlanması gerektiği ve fakat şekil şartlarına aykırılık (TMK md.557/1-b.4) halinde ise vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukukun (MÖHUK md.20/4 ve 7) belirleyici olacağı belirtilmelidir.

Son olarak bir süreden beri ülkemizde yer alan ve temelde Suriye vatandaşı olup, çoğunluğu itibariyle halen ülkemizde geçici koruma altında bulunan yabancıların, münferit istisnalar haricinde genel olarak geçici koruma kapsamında olduğu ifade edilmelidir. Bunun sonucunda geçici koruma altındaki yabancılar yönünden MÖHUK md.4 değil, yine MÖHUK md.20 hükmünün geçerli olduğu vurgulanmalıdır. Böylelikle ayrıca mültecilik veya Türk vatandaşlığı statüsü kazanmadıkça, geçici koruma altında bulunan Suriye uyruklu yabancıların Türkiye’de yapacakları resmî vasiyetnamenin şeklen geçerliliği hususunda karşılıklılık aranmadığından (Sözleşme md.6), 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi uygulanacaktır. Bu çerçevede Türkiye’de, Türk hukukuna uygun olarak düzenlenecek resmî vasiyetnameler şeklen geçerli kabul edilecektir. Bu kişilerin miras statülerine ise, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarınca kendi millî hukukları uygulanacak olmakla birlikte (MÖHUK md.20/1), MÖHUK md.2/2 gereğince tüm araştırmalara rağmen somut olaya uygulanacak Suriye hukuku ilgili miras hükümleri tespit edilemezse, artık Türk hukuku uyarınca uyuşmazlık giderilecektir.

KAYNAKÇA

Altıparmak A.K, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2017)

Aygün M ve Altıparmak A.K, “650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü’nde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti” (2016) 11(143) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29-56

Baran Çelik N, *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini* (Yetkin 2011)

Berki O.F, “Türk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet” (1945) 2(2) AÜHFD, 175-190

- Can H ve Toker A.G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3.Bası, Adalet 2018)
- Çelikel A ve Erdem B.B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16.Bası, Beta 2020)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4.Baskı, Savaş 2017)
- Ekşi N, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku* (Beta 2013)
- Gençcan Ö.U, *Miras Hukuku* (4.Baskı, Yetkin 2020)
- Güven P, “*Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı*” (2006) 10(1-2) EBYÜHFD, 341-360
- İnan, A.N., Ertaş Ş ve Albaş H, *İnan Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku* (10. Baskı, Seçkin 2019)
- Kasehgarı M, *İran Hukukunda Vasiyet* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014)
- Kurşat Z, *Terekenin Korunması Önlemleri* (Filiz 2010)
- Maghaminiya M, “*İran Hukukunda Vasiyet ve Vasiyetname Şekil Türleri*” (2009) 11(Özel Sayı) DEÜHFD, 1239-1265
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22.Bası, Beta 2017)
- Olgaç F, *Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri*” (Seçkin 2021)
- Ruhi C ve Ruhi A.C, *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi* (Seçkin 2017)
- Ruhi C ve Ruhi A.C, *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali* (Seçkin 2015)
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figenmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9.Bası, Beta 2021)
- Şener E, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)* (Seçkin 1988)
- Şener E, *Miras Hukuku* (Olgaç 1977)
- Şener E, *Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Vasiyet Hukuku* (Seçkin 1995)
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Kuralları* (13.Bası, Vedat 2020)
- Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz 1989)



BONZAI: UYUŞTURUCU MADDE TİCARETİ SUÇUNDA SENTETİK KANNABİNOİDLER

Bonzai: The Synthetic Cannabinoids of Narcotic in the Crimes of Drug Traffics

Uygur MEYDAN*

Özet

Uyuşturucu madde kullanımı ve ticareti, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de toplum sağlığı ve kamu düzeni için en önemli tehlikeler arasındadır. Son zamanlarda bu tehlike, kendi içinde yeni bir tehlike daha doğurmuştur: Sentetik kannabinoidler. Eroin, kokain, esrar gibi bilindik uyuşturuculara karşı gerek tıbbi gerek de adli müdahale tecrübesi uzun yıllardır oluşmuştu; ancak sentetik kannabinoidler, bilinenin dışında bir seyir izlemektedir. Bileşenlerinin sürekli değiştirilmesi, tedavi süreçlerini olumsuz etkilediği gibi, kolluk ve adli otoriteleri de tespit ve müdahale süreçlerinde geride bırakmaktadır. Oysaki kendilerinde çeşitli miktarlarda sentetik kannabinoid yakalanan faillerin, bunları hangi saikle bulundurduklarının tespiti ivedilik arz etmektedir.

Bu çalışmayla uyuşturucu maddelerin genel bir sınıflandırması yapılarak sentetik kannabinoidler tanıtılmaya çalışılacaktır. Sonrasında sentetik kannabinoidlerin insan sağlığına etkileri, tıbbi veriler doğrultusunda tespit edilerek konumuzla doğrudan ilgili olması bakımından uyuşturucu madde ticareti suçu ile kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçlarına dair genel açıklamalarda bulunulacaktır. Malum olduğu üzere her iki suç tipi, bir başka çalışmanın konusunu oluşturacak kadar geniş kapsamlıdır. Son olarak Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kararlarından seçilmiş ve kıstas sayılabilecek belirli içtihatlar yardımıyla, yan delillerin olmadığı hallerde sentetik kannabinoidlerin şahsi kullanım ve ticari amaçlı bulundurma miktarlarına dair somut bir ölçü oluşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bonzai, Sentetik kannabinoid, uyuşturucu madde, uyuşturucu miktarı ticareti, uyuşturucu miktarı, Türk Ceza Kanunu

Abstract

Drug use and trafficking appear as examples of the biggest, dangers against public health and public order in Turkey just as in the world. Th at is source of danger has recently brought out another one, called synthetic cannabinoids. The Turkish authorities, from both medical and forensic point of view, have become experienced regarding heroin, cocaine and similar drugs for many years. However, synthetic cannabinoids moves ahead contrary to what has been well-known by the authorities on drugs so far. Because, its components can be subject to changes frequently and as such,

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Kocaeli Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı, uygurmeydan@gmail.com,
<http://orcid.org/0000-0002-2895-9622>

law enforcement and judicial authorities may have a difficulty or challenges in both detecting the traces of this new drug type and in intervening its use and trafficking. Indeed, it is highly urgent to figure out the motives of the perpetrators who are caught by the authorities with various amount of synthetic cannabinoids in their possession.

Via making a general classification of drugs, synthetic cannabinoids will be introduced by this study. Then, determining the effects of synthetic cannabinoids on human health by medical data, related directly with our topic and with the aim of using by drug trafficking crime, general statements will be made about crimes of buying drugs or stimulants, accepting or possession.

As it is known, both types of crimes are wide enough to be the subject of another study. Finally chosen from the decisions of Supreme Court and Regional Courts of Justice and can be considered as criteria with the help of specific laws, in the absence of supporting evidence, related with the amounts of synthetic cannabinoids for personal and commercial use, a concrete measure will be tried to be established by this study.

Keywords: Bonzai, sentetic cannabinoid, drug uses, drug trafficking the amount of drug, the Turkish Penal Code

GİRİŞ

Uyuşturucu madde kullanımı ve bu maddelerin ticareti, toplumu oluşturan bireylerin sağlığı ile toplumun genel sağlığına yönelik çok ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Bu maddelerin kullanımı ve buna bağlı olarak imali, üretimi ve ticareti, bütün devletler ve toplumlar için endişe uyandırmaktadır. Uyuşturucu maddelerin üretiminden kullanıcıya ulaştırıldığı ana kadar geçen süreçler dikkate alındığında, hemen hemen bütün devletlerin bu sorunla yüz yüze geldiği ve bu süreçlerin birbirinden bağımsız olmadığı görölmektedir. Çeşitli bitkilerden veya sentetik olarak imal edilen ve üretilen bu tür maddeler; dünyanın değişik bölgelerindeki kullanıcılara ulaştırılırken hem imal ve üretimin yapıldığı devletler, hem de bu maddelerin geçiş güzergağı olan ve ulaştırılan devletler açasından bir mücadele sorununu gündeme getirmiştir. Terör ve diğer suç örgütlerinin finansal kaynağının büyük bir kısmını uyuşturucu maddelerin ticaretinden elde edilen gelirlerin oluşturduğu hususu göz önüne alındığında, devletler ve uluslararası toplum için bu maddelerin kullanılmasını ve dolaşımını yasal amaçlarla sınırlandırmak bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.¹ Uyuşturucu karteli haberleriyle bültenlerde sıklıkla gördüğümüz Afganistan, Meksika, Kolombiya gibi ölkeler bu tehlikenin birer örneğidir. Uyuşturucu madde Yunanca “Narke” (uyku) kelimesinden gelir. Zamanla başta afyondan menşeyini alan uyuşturucu maddeler, içine sonradan iptilâ yapan veya insanı Yunanca aslında olduğu gibi uyutucu etki yapan bütün diğer maddeler ithal edilmiştir. Uyuşturucu madde elbette ki tıbbi bir terimdir;

¹ Mehmet Zülfü Öner, Türk Ceza Kanunu’nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal, İhraç Suçları, TBB Dergisi, Y: 2010, S: 88, s. 107

fakat aynı zamanda hukuki bir terim de teşkil etmektedir.² Uyuşturucu madde alışkanlığı ve genel olarak uyuşturucu maddeler sorununun multidisipliner ve çok çeşitli yönleri olan bir problem niteliği arz ettiği kuşkusuzdur. Her disiplin mensubunun konuyu kendi alanı açısından inceleyip ele alması doğaldır. Ancak probleme yönelik etkin teşhis ve çözüm getirilmesi için tıp, hukuk, kriminoloji, sosyoloji vs. disiplin mensuplarının iş birliğinin gerektiği de yadsınamaz.³

İleride açıklanacağı üzere uyuşturucu maddeler kendi içinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Esrar, eroin, kokain gibi bilinen ve geleneksel diye tabir edebileceğimiz uyuşturucu maddelerin yanı sıra son zamanlarda yeni bir uyuşturucu madde türü daha ortaya çıkmıştır. *Sentetik kannabinoidler*, geleneksel uyuşturuculardan farklı şekilde elde edilmekte, kimyevi yapıları sürekli değiştirilmekte, bu sebeple tıp ve güvenlik otoriteleri tarafından tespiti, tedavisi ve adli önlemlerin alınması aksamaktadır. Biz meselenin “suç” olma yönünü ele alıp bu doğrultuda, ele geçen sentetik kannabinoid miktarının, uyuşturucu madde ticareti suçunun tespitindeki önemini içtihatlar doğrultusunda ele almaya çalışacağız. Zira yan delillerin ele geçmediği bir soruşturmada en önemli tartışma konusu, ele geçen maddenin ticaret maksadıyla mı yoksa şahsi kullanım için mi bulundurulduğudur. Bu nedenle genel olarak uyuşturucu maddelerin ve özelde sentetik kannabinoidlerin tanınması zaruret arz etmektedir. Zira her uyuşturucu maddenin belirli bir tüketiliş şekli, insan vücuduna farklı etkileri bulunduğu gibi üretim koşulları, piyasaya sürülme yöntemleri ile dış fiziki koşullardan etkilenme şartları, buna göre de saklama ve nakil yöntemleri bulunmaktadır.⁴ Bu bakımdan meseleye dair bir tespit yapabilmek için sentetik kannabinoidlerin insan vücuduna etkilerini çalışmada yer vermek lüzumu görülmüştür. Bununla birlikte çalışmanın hukukçulara yönelik olması hasebiyle, teknik tıp terimlerine mümkün merteye anlaşılacak şekilde yer verilmeye gayret gösterilmiştir.

1. UYUŞTURUCU MADDELERİN SINIFLANDIRILMASI VE SENTETİK KANNABİNOİDLER

1.1. Uyuşturucu Maddelerin Genel Sınıflandırması

Uyuşturucu maddeler genel olarak depresanlar, uyarıcılar ve halüsinojenler olarak üç ana grup içerisinde tasnif edilmektedir. Her bir grup kendi içinde

² Sulhi Dönmezer, Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36 (1-4), s. 1, <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9126/114262>, (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

³ Ergin Ergül, Uyuşturucu Madde Alışkanlığının Hukuki ve Cezai Yönleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1993, s. 1, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br>, (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

⁴ Uygur Meydan, Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 37. Sayı, Ocak 2019, Ankara, s. 322



ayrıca, doğal-sentetik olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğal depresanlar afyon ve türevlerinden, sentetik depresanlar ise barbitüratlar, trankilizanlar, sedatifler ve aneljeziklerden oluşmaktadır. Doğal uyarıcılara koka bitkisi ve kokain, sentetik uyarıcılara ise katinon türevleri, amfetamin türevleri ve metamfetaminler örnek verilebilir. Doğal halüsinojenlerin başında esrar ve meskalin, sentetik halüsinojenlerin başında ise LSD'lerle sentetik kannabinoidler gelmektedir.⁵

Sentetik kannabinoidleri tanımlamadan önce *cannabis sativa*'dan elde edilen esrar maddesinin açıklanması yerinde olacaktır. Zira halüsinojenler sınıfından olmaları nedeniyle halk arasında sentetik kannabinoidler, esrarın bir çeşidi gibi görülmekte, bu husus soruşturma beyanlarına da yansımaktadır.

Bilimsel literatürde üç çeşit kenevirden bahsedilmektedir. Bunlar *cannabis sativa* L, *cannabis indica* Lam ve *cannabis ruderalis* Jan.'dır. Bu üç çeşit kenevirden dişi olarak adlandırılan *cannabis sativa* L. cinsinde, esrarın psikoaktif etki maddesi olan tetrahidrokannabinol (THC) bulunmaktadır.⁶ Esrar, *cannabis sativa* adı verilen hint keneviri bitkisinin kahverengi-yeşil çiçeklerinin karışımından, sap, tohum ve yapraklarından oluşmaktadır. Kenevir tüm dünyada yetiştirilen bir bitki olup bu bitkiden esrarın elde edilmesi ve kullanılmasının yasal durumu uluslararası çapta ülkelere göre değişiklik göstermektedir.⁷

Kanabis insan vücudunda CB1 ve CB2 kısaltmalarıyla ifade edilen kanabinoid reseptörler üzerine etki eder. Ana endojen kanabinoidler, anandamid ve arakidonilgliseroldür. Esrar maddesinde yaklaşık 60 kanabinoid yer alır. Δ^9 -tetrahydrocannabinol (THC) bunlardan en etkilisidir. Günümüzde tıbbi amaçla kullanılan kanabinoid içeren bazı ilaçlar bulunmaktadır. Bu ilaçların nöropatik ağrı, aşırı aktif mesane, kanser ağrısı ve Tourette⁸ sendromunda iyi sonuçlar verdikleri görülmüştür. Kanabisin tıbbi kullanımları, araştırmacıları sentetik kanabinoidler üzerine çalışmaya yöneltmiştir.⁹ 1990'lı yıllarda John William Huffman ve arkadaşları, "JWH maddeleri" olarak bilinen naftoilindoller, naftoilpirolleri ve kanabinoid reseptör aktivitesi olan

⁵ Suat Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 724

⁶ Arif Akgül, Türkiye'de Yasadışı Kenevir Ekimi ve Mücadele Politikaları, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, Editör; Hakan Cem Çetin, Ahmet Çelik, Erkan Sezgin, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 192

⁷ Ağâh Bahadır Öztürk, Türkiye'de Büyüyen Tehlike: Esrar, Konuralp Tıp Dergisi, 2016;8(3), s. 209 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270611>, (Erişim Tarihi: 10.01.2021)

⁸ "Tourette sendromu, ilk kez 1985 yılında tanımlanmış olup bir tür sesli ve bedensel tik hastalığıdır. Halk arasında kendini tutamama hastalığı veya bağırma hastalığı olarak da bilinmektedir. Tourette sendromunda hastalar; kontrol edemedikleri ani ses ve hareketler ile mücadele ederler" <https://okanhastanesi.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

⁹ İlhan Yargıç, Sentetik Kannabinoidler, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, s. 11, <https://www.atk.gov.tr/psikoaktifmaddeler.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

bileşikleri sentezlemişlerdir. Zaman içinde bu maddeler, sentetik kannabinoid içeren yeni maddelerin ana bileşeni haline gelmiştir.¹⁰

1.2. Sentetik Kannabinoidlerin Sınıflandırılması ve Adlandırılması

Sentetik kannabinoidlerle ilgili şu şekilde bir sınıflandırma yapılması mümkündür:

1. Klasik kannabinoidler: Tetrahidrokannabinol, esrarın diğer kimyasal bileşenleri ve bunların yapısal olarak benzer sentetik analogları (örneğin; AM-411, AM-906, HU-210, O-1184),
2. Klasik-olmayan kannabinoidler: Sikloheksilfenoller veya 3-arilsikloheksanoller (örneğin CP55,244, CP-55,940, CP-47,497),
3. Hibrid kannabinoidler: Klasik ve klasik olmayan kannabinoidlerin yapısal özelliklerinin kombinasyonları (örneğin; AM-4030),
4. Aminoalkilindoller. Bunlar ayrıca aşağıdaki gibi gruplara ayrılabilir:
 - (a) Naftolindoller (örneğin; JWH-015, JWH-018, JWH073, JWH-081, JWH-122, JWH- 200, JWH-210, JWH398),
 - (b) Fenilasetilindoller (örneğin; JWH-250, JWH-251),
 - (c) Benzolindoller (örneğin; pravadin, AM-694, RSC-4),
 - (d) Naftilmetilindoller (örneğin; JWH-184),
 - (e) Siklopropolindoller (örneğin; UR-144, XLR-11),
 - (f) Adamantolindoller (örneğin; AB-001, AM-1248),
 - (g) İndol karboksamidler (örneğin; APICA, STS-135),
5. Eikozanoidler: Anandamid gibi endokannabinoidler ve bunların sentetik analogları (örneğin; metanandamid),
6. Diğerleri: Diarilpirazol (örneğin; rimonabantR), naftoilpirol (örneğin; JWH-307), naftilmetilinden (örneğin; JWH176) ve indazol karboksamid (örneğin; APINACA).¹¹

Sentetik kannabinoidler ülkemizde sıklıkla “Bonzai-Jamaika” olarak, yurtdışında ise “K2-Spice” olarak isimlendirilmektedir. Bunun yanı sıra yüzlerce farklı isim ve marka söz konusudur.¹² İlk olarak ülkemizde sentetik kannabinoidlerin “bonzai” amblemlili paketler içerisinde satılması sebebi ile

¹⁰ Selahattin Artuç, Kamil Hakan Doğan, Şerafettin Demirci, Uyuşturucu Maddelerinde Yeni Trend: Sentetik Kannabinoidler, Adli Tıp Bülteni, Cilt 19, Sayı 3, 2014, s. 199

¹¹ Artuç/Doğan/Demirci, Uyuşturucu Maddelerinde Yeni Trend: Sentetik Kannabinoidler, s. 199

¹² Cüneyt Evren, Sentetik Kannabinoidler, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, s. 11, <https://www.atk.gov.tr/psikoaktifmaddeler.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

“bonzai” adını alarak sokaklarda kullanıcı alanı bulmuştur.¹³

1.3. Sentetik Kannabinoidlerin İmal Süreci

Psikoaktif (psikotrop) maddeler, asıl olarak merkezi sinir sisteminde etkisini gösteren ve beynin işlevlerini değiştirerek algıda, ruh hâlinde, bilinçlilikte ve davranışta geçici değişikliklere neden olan kimyasal maddelerdir.¹⁴ Bu maddeler “banyo tuzu”, “bitki gübresi”, “koku giderici”, “sadece araştırma içindir”, “insanların tüketimi için değildir”, “tütsü”, “havuz temizleyici” ve benzeri ibareler içeren paketler içerisinde satışa sunulmaktadırlar. Bu maddelerin yasa kapsamına alınmasını takiben paket üzerindeki yazılarda değişiklik olmakta, “firma tüketilmesinden sorumlu değildir” gibi yeni ibareler ortaya çıkmaktadır. Paketlerin bazılarının üzerinde içeriğe ilişkin bilgiler bulunmakta ise de birçok analiz sonucunda pakette yazan içeriğin gerçeğinden farklı olduğu gösterilmiştir.¹⁵ Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Daire Başkanlığı bünyesinde bulunan Türkiye Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi (TUBİM) tarafından hazırlanan “2020 Türkiye Uyuşturucu Raporu”na göre ise ülkemize yasa dışı yollarla başta Çin’den getirilen ham maddenin çözülmesi oldukça kolaydır. Çoğaltılması için profesyonel laboratuvar gerekmemektedir. İçine haşere ve tarım ilacı gibi zehirli katkı eklenmektedir. Çoğu kullanıcı bu katkıların neden olduğu zehirlenme etkisini, narkotik madde etkisi sanmaktadır.¹⁶

Sentetik kannabinoid ticareti, diğer bilinen uyuşturucuların ticaretine göre farklılıklar arz etmektedir. Faillerce öncelikle etken maddesi olan JWH, AM 2201 veya HU olarak yaygın bir şekilde kullanılan ve zamanla yenileri eklenen etken maddeler temin edilmektedir. Etken kimyasal maddeler internet sitelerinden kolaylıkla satın alınabilmektedir. Bu etken maddeler ülkemize direkt geldiği gibi, komşu ülkeler üzerinden de getirildiği tespit edilmiştir. Etken maddenin temini sonrasında sıra bitki teminine gelmektedir. Bunun için genellikle ada çayı, yavşan otu ve damiana çayı gibi bitkiler kullanılmaktadır.

¹³ Hüseyin Eker, Sentetik Esrar İmalat Ticaret Arz Problemi, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, s. 22, <https://www.atk.gov.tr/psikoaktifmaddeler.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

¹⁴ Ali Sadi Başak, Psiko-Aktif Maddelerin Analiz ve Bilirkişilik Boyutu, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013 Adli Tıp Kurumu, s. 5, <https://www.atk.gov.tr/psikoaktifmaddeler.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

¹⁵ Faruk Aşıcıoğlu, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, s. 3, <https://www.atk.gov.tr/psikoaktifmaddeler.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

¹⁶ “2020 Türkiye Uyuşturucu Raporu” s. 53, file:///C:/Users/ab125504/Desktop/bonzai%20makale/TU%CC%88RKI%CC% 87YE-UYUS%CC%A7TURUCU-RAPORU-2020.pdf, (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

Bu bitkilerin ortak özellikleri; kurumuş yaprakların sigara arasında yakılarak dumanının çekilmesinde kokusunun rahatsız etmeyecek olması, etken maddeyi üzerinde iyi bir şekilde muhafaza edebilmekte olması, kuru yaprakların kısmen tütün veya esrarı andıran bir görünüme sahip olması, kolay temin edilebilmekte olması ve etken maddenin etkisini arttıran veya insanda farklı etkiler oluşturmasıdır. Bitkinin de temini sonrasında sıra imalat sürecine gelmektedir. Toz halde gelen madde ilk olarak bağımlı için kullanıma hazır durumda değildir. Kullanıma hazır hale getirmek tecrübe ve ayrıntılı bilgi isteyen bir husustur. Bitkilerin ve kimyasalların temini sonrasında kimyasalların eter, aseton ve kloroform gibi solventler içerisinde çözülmesi suretiyle oluşan çözelti, bitki parçalarına püskürtülerek veya dökülerek kurumaya bırakılır ve beklemeye alınır. Beklenen süre hazırlanan maddenin miktarına, hava koşullarına ve kullanılan mekânın durumuna göre değişiklik gösterir. Genel itibariyle 12-48 saat arasında değişen sürelerde hazır hale gelmektedir. Kurutulmuş kullanıma hazır hale gelen madde, toplu olarak üzerindeki etken maddenin daha fazla etkisini yitirmemesi için paketlenerek poşetlere konmaktadır.¹⁷

1.4. Sentetik Kannabinoidlere Dair Tıbbi Değerlendirmeler

Madde bağımlılığı sorununun geçmişine bakıldığında kökeninin insanlık tarihi kadar eskiye dayandığı görülür. Bu maddeler tarihsel süreç içerisinde, önce ilkel toplumlarda dinsel törenlerde ve tıbbi amaçla kullanılmış, sonraları keyif verici özellikleri nedeniyle kitlelerde bu amaca yönelik önemli miktarlarda arz ve talep ortaya çıkmıştır.¹⁸ Bağımlılık, bireyin bir maddeye ya da nesneye sosyal hayatını, hayati fonksiyonlarını yitirecek kadar düşkün olması olarak tanımlanabilir. Bireyin haz alması faaliyeti, beyin sapından çıkan dopamin nöronlarının limbik sistemdeki striatum ve accumbens bölgelerine ulaşması ile oluşmaktadır. Her bireyin genetiği ve vücudunun protein yapısı birbirinden farklı olduğu için, vücuda dışarıdan alınan kimyasal maddelere her bir bünyenin duyarlılığı ve buna bağlı olarak oluşması muhtemel bağımlılık derecesi farklıdır. Madde kullanımı tekrar ettikçe, haz hissinin kaynağı olan dopamin ve endorfine karşı bir tolerans gelişmektedir. Bu durumda beyinde salgılanan dopamin ve endorfin miktarı azaldığı gibi, beyin geliştirdiği bir tür savunma mekanizması sayesinde bu nörotransmitterlerin bağlanacağı reseptörlerin sayısı da azalır. Bu da başlangıçta 100 birim madde kullanımı ile alınan hazzın tekrar elde edebilmesi için giderek daha yüksek miktarlarda madde kullanımına yol açar. Bu durum literatürde “*tolerans etkisi*” olarak

¹⁷ Eker, Sentetik Esrar İmalat Ticaret Arz Problemi, s. 21-22

¹⁸ Ahmet Metin/ Şule Subaşı/ Kültegin Ögel/ Mevlüt Güzeleoğlu, Uçucu ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarında Deri Bulguları, s.61, <http://www.ogelk.net/Dosyadepo/derma11-2-1.pdf>, (Erişim tarihi: 15.07.2021)

anılır.¹⁹

Tıpta madde kullanımını ile ilişkili bozukluklar iki grupta incelenir. Bunlar madde kullanım bozuklukları ve madde kullanımının yol açtığı bozukluklar olarak bilinir.²⁰ Sentetik kannabinoidlerin reseptör afiniteleri²¹ ve aktiviteleri, esrardaki THC'ninkinden yüksektir. Dolayısıyla etki büyüklüğü olumsuz, etki sıklık ve şiddeti de THC'den fazladır. Etkileri daha hızlı başlar ve daha kısa sürer. Kullanılan miktar ve saflık derecesine bağlı olarak ciddi intoksikasyon²² belirtileri ortaya çıkabilir.²³ Sentetik kannabinoidler ve esrar, kimyasal ve farmakolojik olarak birbirinden farklıdır. Kimyasal olarak farklı olduklarından sentetik kannabinoidler madde tarama testlerinde çıkmazlar. Bu nedenle düzenli idrar takibi gerektiren durumlarda (*ehliyet, adli tıp, denetimli serbestlik gibi*) daha caziptir.²⁴ Daha yoğun etki, kolay ulaşma ve standart testlerde saptanamaması sentetik kannabinoidleri kullanıcılar için ideal madde yapar. Kullanım sonrası saptama aralığı 3 ilâ 4 gündür; ancak uzun süreli kullanım sisteminde daha uzun süre kalmasına neden olabilir. Sentetik kannabinoidlerin vücuda başlıca etkileri; nabız sayısının yükselmesi, kan basıncının yükselmesi, konvülsiyonlar²⁵, anksiyete atakları, yönelim bozukluğu, halüsinasyonlar ve paranoya, canavar, şeytan, uzaylı görme, intihar düşüncesi ve girişimidir.²⁶ Bunların yanı sıra sentetik kannabinoidler, birçok uyuşturucu madde gibi “*kan-beyin bariyerini*” aşabilirler.²⁷

2. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE TİCARETİ İLE KULLANMAK AMACIYLA UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE

¹⁹ Oytun Erbaş, Psikiyatrinin Kara Kitabı, Siyah Kuğu Yayınları, 14. Baskı, Mart 2020, İstanbul, s. 137-142

²⁰ Metin/ Subaşı/ Ögel/ Güzeloglu, Uçucu ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarında Deri Bulguları, s. 62

²¹ “Afinite: çekim”, Türkçe Tıp Dili Kılavuzu, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ttdk_2007.pdf, (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

²² “İntoksikasyon: zehirlenme”, Türkçe Tıp Dili Kılavuzu, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ttdk_2007.pdf, (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

²³ Yargıç, Sentetik Kannabinoidler, s. 11

²⁴ Tarafımızca soruşturması yürütülen Açık Ceza İnfaz Kurumuna uyuşturucu madde sokma veya denetimli serbestlik hükümlülerinin uyuşturucu kullanma olaylarında, hükümlülerin idrar tahlillerinde maddenin tespit edilememesi nedeniyle bonzai kullanımına geçişlerin arttığı gözlemlenmiştir.

²⁵ “Konvülsiyon: boyun ve vücut kasılmaları”, Abdurrahman Aktümsek, Anatomi ve Fizyoloji İnsan Biyolojisi, Nobel Yayın Dağıtım, Geliştirilmiş 5.Baskı, Eylül 2010, Ankara, s. 105

²⁶ Evren, Sentetik Kannabinoidler, s. 12

²⁷ “*Beyin kapillerlerinin yapısı, vücuttaki diğer kapillerlerden farklıdır. Diğer kapillerlerin duvarları birçok maddenin geçişine imkan verirken, beyin kapillerlerinin endotelinde bulunan sıkı bağlantılar sayesinde geçirgenlik azdır. Bu sayede beyin zararlı maddelerden ve patojenlerden korunur. Buna “kan-beyin bariyeri” adı verilir*” Aktümsek, Anatomi ve Fizyoloji İnsan Biyolojisi, s. 87

SATIN ALMAK, KABUL ETMEK VEYA BULUNDURMAK SUÇLARI

2.1. Suçlara İlişkin Yasal Düzenleme

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında; “imal, ithal veya ihraç etmek”, 3. fıkrasında ise; “ülke içinde satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, nakletmek, sevk etmek, depolamak, satın almak, kabul etmek veya bulundurmak” fiillerine yer verilmiştir. Kanun'da sayılan bütün bu fiillerin yaptırım altına alınması, uyuşturucu maddelerin kullanımını ve dolaşımını yasal amaçlarla sınırlamak ve elde edilmelerini zorlaştırmak suretiyle yayılmasını önlemek amacıyla yöneliktir.²⁸ Mezkûr maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir:

“Madde 188 - (...) (3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz.

(4) a) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması (...) hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır(...)”

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda uyuşturucu ve uyarıcı maddeler tanımlanmadığı gibi tahdidi olarak gösterilmiş de değildir. Madde gerekçesinde bunun nedeninin, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanması olduğu ifade edilmektedir.²⁹ Soyut olarak uyuşturucu niteliğindeki maddeleri belirlemek, elbette kişi özgürlüklerini korumak açısından faydalıdır; ancak kimya ve eczacılığın gelişmesi sonucu yeni bulunan sentetik uyuşturucuları bu kapsam içinde mütalaa etmek mümkün değildir. O zaman sık sık kanunun genişletilmesi ve yeni ibareler ilave edilmesi gerekecektir. Türk Ceza Kanunu kullandığı ifade ile madde kapsamını genişletici yoruma açık tutmuş, böylece yeni geliştirilen sentetik uyuşturucuların madde kapsamına sokularak cezalandırılmasına açık kapı bırakılmıştır.³⁰ Türk Ceza Kanunu dışında uyuşturucu veya uyarıcı madde

²⁸ Öner, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde İmal, İthal, İhraç Suçları, s. 109

²⁹ Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (CMK-TCK-Özel Yasalar), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2018, s. 757

³⁰ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Yetkin



ticaretine ilişkin değerlendirmelerde, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ile 3298 sayılı Uyuşturucu ve Uyarıcı Maddelerle İlgili Kanun hükümlerinin de nazara alınmasını hatırlatmakta fayda vardır. Zira uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin yasaklanması ve ruhsata bağlanması konuları anılan yasa hükümleriyle düzenlenmiştir.³¹ Bu bağlamda sentetik kannabinoidler ülkemizde ilk kez 13.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararı ile 2313 sayılı Yasa kapsamına alınmıştır. Mezkûr kararda sentetik kannabinoidlerin JWH-018, CP 47,497, JWH-073, HU-210, JWH-200, JWH-250, JWH-398, JWH-081, JWH-073 methyl derivate, JWH-015, JWH-122, JWH-203, JWH-210 ve JWH-019 türleri yasaklanmıştır.³² Dünya Sağlık Örgütü ise uyuşturucuyu “bitkisel menşeli olup, merkezi sinir sistemini etkileyerek fizik ve/veya psikişik bağımlılık hallerine yol açan ve bazı hallerde tek konulu (kullanmanın devamı üzerine dozajı artırmak ihtiyacının duyulması) ve diğer bazı hallerde ise aynı kişinin değişik uyuşturucu kullanması gibi çift konulu tutku yaratan bütün maddeler uyuşturucu madde sayılırlar” şeklinde tanımlamıştır.³³

Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçlarına ilişkin soruşturmalarda en çok gözlemlenen olguların başında, failerin çoğunlukla “içicilik” savunmasında bulunması, ele geçen uyuşturucu maddeleri kullanmak amacıyla bulundurdıklarını iddia etmeleridir. Yan delillerle desteklenemeyen eylemlerde, ele geçen madde miktarı şayet şahsi kullanım sınırları dâhilinde ise TCK m.191 hükümleri doğrultusunda uygulama yapılması zaruridir. Bu nedenle kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçunun tarif edilmesi yerinde olacaktır. Mezkûr suç Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde düzenlenmiştir.

“Madde 191- (1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (...)”

Bu suçta fail ticaret maksadıyla hareket etmeksizin yalnızca şahsi kullanım amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kabul eder, satın alır yahut

Yayımları, Ankara, 2018, s. 489-490

³¹ Birsen Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 49

³² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110213-4.htm>, (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

³³ Sahir Erman/ Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413), İstanbul, 1995, s. 257, Aktaran; Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, Cilt 4, s. 5156

bulundurur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda bahsedilen seçimlik hareketlerden üçü bu suçta karşımıza çıkmaktadır.³⁴

2.2. Korunan Hukuki Değer

Her suçun bir hukuki konusu vardır. Hukuki konudan kastedilen hukuk tarafından himaye edilen menfaattir. Buna hukuki değer veya hukuki menfaat adı verilir. Hukuki değeri ihlal etmek isteyenleri hukuk normu ceza ile tehdit ederek muhtemel ihlallerden korumaktadır.³⁵ Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "ammenin selameti aleyhine cürümler" başlıklı 7. Babında "umumun sıhhatine, yiyecek ve içecek şeylere müteallik cürümler" adını taşıyan 3. Faslında düzenlenmiş iken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Kamu Sağlığına Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile korunan hukuki yarar, toplumun genel sağlığıdır. Günümüzde uyuşturucu madde suçlarını, bunu kullananların sağlığına karşı işlenmiş bir suç olarak kabul eden anlayış önemli ölçüde etkisini yitirmiştir. Özellikle uyuşturucu madde suçlarının, başka suçların işlenmesi konusunda önemli bir kaynak oluşturması ve uyuşturucu madde kullananların uyuşturucu maddeyi temin etmek için başka suçları işledikleri gerçeği, sorunun daha farklı bir boyut kazanmasına neden olmuştur. Bugün karşılaştırmalı hukukta, uyuşturucu madde suçlarını "tüm insanlığın sağlığına karşı işlenmiş suçlar" olarak görme eğilimi mevcuttur.³⁶ Öte yandan yumuşak uyuşturucuların, uyuşturucu madde suçları kapsamında çıkarılarak denetimli satışına izin verilmesi yönündeki bir eğilimin de gittikçe taraftar topladığını görmek mümkündür. Böylesine önemli ve tartışmalı bir konuda, yasaklayıcı sistemler grubuna dahil olan ülkemiz, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabulünden itibaren 1933, 1941, 1953, 1981 ve 1987 değişiklikleri ile, genel olarak uyuşturucu madde suçları ve özel olarak uyuşturucu madde kaçakçılık suçları için en ağır cezaları öngörmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da aynı eğilimin devam ettiğini söyleyebiliriz.³⁷

Kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçu açısından da korunan hukuksal yararın "genel sağlık" olduğu söylenebilir. Bu suç, soyut tehlike suçu olduğu için, failin

³⁴ Meydan, Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, s. 330

³⁵ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 227

³⁶ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 642

³⁷ Durmuş Tezcan, Türk Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler Açısından Uyuşturucu Madde Tedarik Suçları, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 429-430, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/36503>, (Erişim Tarihi: 14.07.2021)



cezalandırılabilmesi için somut bir zarar veya tehlikenin ortaya çıkmasına gerek yoktur.³⁸

2.3. Suçların Maddi Unsurları

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının maddî konusu olarak 765 sayılı TCK uyuşturucu madde kavramını kullanmışken, 5237 sayılı TCK uyuşturucu madde yanında ayrıca uyarıcı madde kavramına da yer vermiştir. Uyarıcı madde; sözcük olarak uyarma özelliği olan ve uyarıcı anlamlarına gelmekte olup, tam bir ayırım yapılamamakla birlikte, bazı maddelerin uyarıcı özelliğini ve etkisini ortaya koymak için genellikle yapay olan bu türden maddeleri, doğal olan uyuşturucu maddelerden ayırmak için kullanılan bir kavramdır.³⁹

Uyuşturucu madde ticareti suçunun faili herkes olabilir. Bu bakımdan özgü suçlardan değildir. Bununla birlikte, failin bazı meslek gruplarına dahil bir kişi olması cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak sayılmıştır.⁴⁰ Bu suçta cezalandırılan fiil ise madde metninde sayıldığı üzere uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek ve bulundurmaktır. Tahdidi olarak sayılan bu fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi anılan suça vücut verecektir. Bu bakımdan uyuşturucu madde ticareti suçu seçimler hareketli suçlardandır.⁴¹

Satmak, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir bedel karşılığında başkasının zilyetliğine geçirilmesidir. Burada fail (satıcı) ticari maksatla yani bir menfaat temin edebilmek için uyuşturucu ve uyarıcı maddeyi, alan kişiye bedeli karşılığında vermektedir.⁴²

Satışa arz etmek, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir bedel karşılığında bir başkasına devredilmek üzere hazırlanmasını ifade etmektedir. Bu eylemde fail maddeyi henüz alıcıya vermemiştir.⁴³

Başkalarına Vermek, bir kimsenin maliki veya zilyedi olduğu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi herhangi bir bedel almadan ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak bir başka kişiye vermesidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarih ve 2011/10-120-2011/143 sayılı kararında da uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri başkalarına verme fiili, "*bir kişinin mülkiyetinde ya da*

³⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 662

³⁹ Öner, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal, İhraç Suçları, s. 112

⁴⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 643-644

⁴¹ Meydan, Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, s. 326

⁴² Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 40

⁴³ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 648

zilyetliğinde bulunan uyuşturucu maddeyi satış sayılmayacak şekilde ve bedel almadan başkasına devretmesidir. Bunun için uyuşturucuyu verecek kişi ile alacak kişinin iradelerinin uyuşması ve maddenin zilyetliğinin devredilmesi gerekir” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁴

Sevk etmek, bir kimsenin maliki ya da zilyedi bulunduğu uyuşturucu ve uyarıcıyı maddeyi kullanma dışında bir amaçla bir yerden başka bir yere, bir başkası aracılığıyla göndermesi olarak anlaşılmalıdır. Sevk'te, nakilden farklı olarak uyuşturucu veya uyarıcı maddenin fail veya ortakları tarafından bizzat götürülmesi değil, gönderilmesi, yollanması söz konusudur.⁴⁵

Nakletme, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden başka bir yere taşınmasını ifade etmektedir. Burada da fail, sevk etmede olduğu gibi maddenin mülkiyetinin ve kullanımının devredilmesi amacını taşımaktadır. Şayet fail kendi kullanımı için temin ettiği bir miktar uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi naklediyorsa kullanmak için bulundurma suçundan bahsedilecektir.⁴⁶

Depolama, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerde tutulmasını ifade eder. Burada fail, gizlemek ve sırası geldiğinde bulunduğu yerden çıkarmak amacıyla maddeyi muhafaza etmektedir.⁴⁷ Suçun oluşabilmesi için depolama işleminin bir depoda yapılması zorunlu değildir. Başkasına ait uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi işyerinde, evinde, bahçesinde, garajında, kömürlüğünde, ağılında, ahırında, evin bir odasında, ev eşyasının içinde, evdeki bir çanta veya bavulun içinde, yatağının altında, evin çatısında veya bodrumunda, hatta aracında bulunduran kişi de depolama suçunu işlemiş olacaktır.⁴⁸

Satın alma, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kazanç amacıyla bedeli ödenerek alınmasıdır. Burada fail, maddeyi şahsi kullanımı için değil ticaret amacıyla ve genelde üzerine kâr koyarak satmak amacıyla satın almaktadır.⁴⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarih ve 2011/10-120-2011/143 sayılı kararında satın alma fiili, “*uyuşturucu veya uyarıcı maddenin üzerinde tasarruf edebilme hakkının bir bedel veya başka bir değer karşılığında elde edilmesi*” olarak tarif edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri satın alınanın ülke içinde gerçekleşmiş olması gerekir. Sipariş verilerek yurt dışından ülkeye getirtilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satın alınması, yine; internet üzerinden yurt dışından uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alınması halinde ithal suçu oluşur.⁵⁰

⁴⁴ Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 100

⁴⁵ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, s. 5171

⁴⁶ Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 43

⁴⁷ Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 44

⁴⁸ Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 108

⁴⁹ Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 44

⁵⁰ Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 109-110



Kabul etme, uyuşturucu veya uyarıcı madde üzerinde tasarrufta bulunma amacıyla maddenin zilyetliğinin elde edilmesidir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kazanç amacıyla kendi eline ya da egemenliği altına geçmesini sağlamak, kabul etmektir.⁵¹

Bulundurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde üzerinde fiili egemenlik ilişkisinin devam ettirilmesini ifade eder. Fail, ticaret maksadıyla uzun ya da kısa bir süre uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi uhdesinde tutmaktadır.⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarih ve 2011/10-120-2011/143 sayılı kararında bulundurma fiili, "bir kişinin kendisine veya başkasına ait uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak fiili egemenliği altında ve o madde üzerinde tasarruf olanağı bulunacak şekilde tutması" olarak ifade edilmiştir.⁵³

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçunun maddi unsurunu ise yukarıda izah edilen satın alma, kabul etme veya bulundurma eylemleri oluşturur. Fail, bizzat kendisi kullanmak amacıyla bir başkasından bedeli karşılığında uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın alır, bedelsiz olarak kabul eder veya bir şekilde temin ettiği (bulduğu, çaldığı, kendi ektiği vs.) uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi içeceği zamana kadar uhdesinde bulundurur.⁵⁴

3. MANEVİ UNSUR VE KASTIN TESPİTİ

Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun oluşması için genel kast yeterli olup, başkaca herhangi bir saik aranmamıştır.⁵⁵ Kast, Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır.

"Madde 21 - (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."

Suçların manevi öğeleri kast ve taksirdir. Kast kural, taksir istisnaidir. Başka deyişle, aksi belirtilmedikçe bütün suçlar kasten işlenebilir. Türk hukukunda kabul gören görüşe göre kastın varlığı bilme ve isteme unsurlarının birlikte bulunması koşuluna bağlıdır. Buna göre kastın iki unsuru bilme ve isteme'dir. Failin kanuni tarifteki öğelerin varlığını bilmesi gerekmektedir. Fail, suçla ilgili normda yer alan tüm öğeleri bilerek hareket ettiğinde, kastın bilme öğesi gerçekleşmektedir. Kastın somut olayda gerçekleşmiş

⁵¹ Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 45

⁵² Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 45

⁵³ Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 115

⁵⁴ Meydan, Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, s. 330

⁵⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 649

olduğunun kabul edilebilmesi için kanuni tarifteki unsurların bilinmesi yeterli olmayıp, istenilmiş olması da zorunludur. İsteme, failin maddi unsurların gerçekleşmesini irade etmesi, dilemesidir.⁵⁶ Otomobiliyle yolda seyir halinde iken hasmını gören failin, onu yaralamak amacıyla aracını mağdurun üzerine doğru sürerek çarpması şeklindeki olayda, fail yönünden bilme ve isteme unsurlarının gerçekleştiği açıktır. Oysaki aynı sürücü, aracıyla seyir halinde iken cep telefonu ile konuşması nedeniyle dikkatinin dağılması üzerine, karşıdan karşıya geçmekte olan bir yayaya çarpması şeklindeki olayda, fail yönünden isteme unsurunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarında yakalanan faillerin sıklıkla beyan ettikleri savunma ele geçen maddeleri ticaret maksadıyla değil, şahsi kullanımları için bulduklarını ya da taşıdıkları yönündedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve failin eyleminin hukuki nitelendirmesini doğru olarak yapmak, soruşturma makamlarının en öncelikli görevidir. Zira bu noktada yapılacak yanlışlar bu suçla mücadeleye zarar vereceği gibi, bireysel anlamda failin mağduriyetine de sebebiyet verecektir. TCK m.188’de düzenlenen suça ilişkin soruşturmalarda, tutuklama başta olmak üzere ağır koruma tedbirlerinin uygulanma imkân ve ihtimali, öte yandan TCK m.191’de düzenlenen suçlarda, şayet evvelce karar verilmemişse fail hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecek olması gibi hususlar, maddi gerçeği tespit ve doğru bir nitelendirmeyi elzem kılmaktadır.⁵⁷

Suç siyaseti gereği yasa koyucu, içici olan ve hatta bağımlılık düzeyine gelmiş kişilerin eylemlerini uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna nazaran daha az ceza ile cezalandırmıştır. Esasen Türk ceza hukukunda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına çok sert yaklaşılmadığı ifade edilebilir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının arttığı dönemlerde cezaların da arttığı görülmektedir. Ancak temelde kullanıcıların bir suçludan ziyade tedaviye ihtiyaç duyan kişiler olduğu anlayışının egemen olduğunu söylenebilir. Nitekim 2014 yılında yapılan değişiklikle bir yandan cezalar artırılırken diğer yandan tedavi ve denetimli serbestlik şartıyla diversiyon (cezalandırmadan sapma) yaklaşımı benimsenmiştir.⁵⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25.09.2012 tarih ve 2011/10-482 Esas-2012/1784 Karar sayılı içtihadında da vurgulandığı üzere uyuşturucu madde bulundurma eyleminin, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu

⁵⁶ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, s. 396-398

⁵⁷ Meydan, Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, s. 334

⁵⁸ Selman Dursun, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımına Dair Düzenlemelerin Gelişimi: Suç Olmaktan Çıkarma ve Diversiyon (Cezalandırmadan Sapma) Eğilimleri, Adalet İstanbul Dergisi, 13. Baskı, 2019, s. 73, <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12627/94516>, (Erişim Tarihi: 15.07.2021)



mu, yoksa uyuşturucu madde ticareti suçunu mu oluşturduğunun tespitinde belirgin rol oynayan hususun bulundurmanın amacının ne olduğudur.⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.03.2012 tarih ve 387-75 E/K ve yine 15.06.2004 tarih ve 107-136 E/K sayılı kararlarında uyuşturucu madde bulundurmanın, kullanma amacına yönelik olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterler şu şekilde sayılmıştır:

“1.Failin bulundurduğu uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girdiğinin tespit edilememesi gerekir.

2.Bulundurulmuş yer ve bulundurulmuş biçimi: Buna göre kişisel kullanım için uyuşturucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde, örneğin genellikle evinde veya işyerinde bulundurmaktadır. Uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçikğin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu maddenin konulması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması kullanım dışında bir amaçla bulundurulduğu hususunda önemli bir belirtidir.

3.Bulundurulmuş miktar: Kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermekle birlikte, Adli Tıp Kurumunun mütalaalarında esrar kullananların her defasında 1-1,5 gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebildikleri bildirilmektedir. Esrar kullanma alışkanlığı olanların bunları göz önüne alarak, birkaç aylık ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında veya ulaşabilecekleri bir yerde bulundurabildikleri de adli dosyalara yansıyan bilinen bir husustur. Buna göre, esrar kullanan faillerin olağan sayılan bu süre içinde kişisel gereksinimlerinin üzerinde esrar maddesi bulundurmaları halinde, bulundurmanın kişisel kullanım amacına yönelik olmadığı kabul edilmelidir”⁶⁰

Benzer şekilde Yargıtay 20. CD'nin 06.12.2017 tarih ve 2017/4166 E-

⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.09.2012 tarih ve 2011/10-482 E. -2012/1784 K. sayılı kararı, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.03.2012 tarih ve 387-75 E/K sayılı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.06.2004 tarih ve 107-136 E/K sayılı kararı, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

2017/6864 K. sayılı kararında da bu husus ayrıntılı şekilde izah edilmiştir:

“Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma ya da kullanma dışında bir amaçla uyuşturucu veya uyarıcı madde (temin veya ticareti yapma) bulundurma suçlarının oluşumunda, madde miktarının kural olarak bir önemi yoktur. 0,1 gr uyuşturucu/uyarıcı madde, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturabileceği gibi ticari amaçla bulundurma suçunu da oluşturabilir. Kısaca madde miktarı bulundurma amacının belirlenmesinde yardımcı olabilir ancak tek bir ölçüt olamaz. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kişisel kullanıma yetecek miktarda olması halinde başkaca delil yoksa amacın kullanmak için bulundurma olduğu kabul edilebilirse de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına yönelik olarak miktar ölçütü dışında somut olayın özelliklerine göre de değerlendirme yapılmalıdır.

Bu değerlendirmede miktar dışında;

a) Sanığın hareketleri (müşteri arama, pazarlık yapma, numune gösterme ve benzeri)

b) Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçirilişi ve bulundurma şekli ile çeşitlilik, (çok sayıda küçük miktarlı poşetçikler, madde bulaşıklı hassas terazi; esrar, eroin, kokain, MDMA, sentetik kannabinoid gibi maddelerin bir arada bulundurulması)

c) Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bulunduğu yer; zaman ve belirlenecek zaman dilimi içinde sanık tarafından kullanılacak madde miktarı,

d) Sanığın uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı,

e) Sanığın sosyal ve ekonomik durumu, geçimini ne ile sağladığı, geliri gibi olgular da değerlendirilmelidir”⁶¹

4. YARGITAY VE BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN MESELEYE DAİR İÇTİHA TLARI

Yargıtay’ın yukarıda gösterilen kararlarında da vurgulandığı üzere, uyuşturucu madde bulduran kişilerin amacının belirlenmesinde birçok kıstas göz önünde bulundurulmalı ve bütüncül bir değerlendirme yapılmalıdır; ancak uygulamada sıklıkla rastlandığı üzere, uyuşturucu madde ticaretinin seçimlik hareketlerinden “satma” ve “başkalarına verme” gibi tartışmaya yer

⁶¹ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, 2017/4166 E- 2017/6864 K. Sayılı kararı, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)



birakmayan eylemlerle her zaman karşılaşılmamaktadır. Sevk etme, nakletme, depolama, satın alma, kabul etme ve bulundurma gibi seçimlik hareketlerle karşılaşıldığında, failin amacının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Uygulamada kolluk görevlilerine yapılan ihbar üzerine, kişilerin iş yeri yahut ikamet aramalarında uyuşturucu madde ele geçtiği gibi, yol kontrollerinde gerçekleştirilen önleme aramaları esnasında da çeşitli miktarlarda uyuşturucu madde ele geçebilmektedir. Bu gibi durumlarda failin müşteri arama, pazarlık yapma, numune gösterme ve benzeri davranışlarına rastlanmadığı gibi uyuşturucu maddelerin ele geçiriliş ve bulundurma şekline de amacı anlaşılabilir. Sabıkasız olmayan, kan veya idrar numunelerinde uyuşturucu maddeye rastlanmayan bu gibi kişilerin yakalanması durumunda, geriye tek kıstas olarak ele geçen uyuşturucu maddenin miktarı kalmaktadır.

Gerek Yargıtay'ın gerek de Bölge Adliye Mahkemelerinin uyuşturucu madde ticaretine dair yüzlerce kararı bulunmakla birlikte, yukarıda izah ettiğimiz üzere, tek ölçütün ele geçen uyuşturucu maddenin miktarı olduğu hallerde dair içtihatlar, ilk derece mahkemeleri ve savunma avukatları için yol gösterici niteliktedir. Bu sebeple çalışmanın bu kısmında tek ölçüt olarak ele geçen uyuşturucu maddenin miktarının esas alındığı kararların örnekler üzerinden değerlendirmesini yapmak yerinde olacaktır.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde, somut olayda araç içerisinde bulunan 4 sanıktan ele geçen toplam 654,4 gram 5F-ADBICA kısa ismi ile bilinen sentetik kannabinoid maddesinin bulundurulmasının uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut verdiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte ele geçen maddenin TCK'nın 188. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendinde belirtilen maddelerden olup olmadığı hususunda bir tespitin bulunmadığı anlaşıldığından, suça konu maddenin, sentetik kannabinoid ve türevlerinden olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor aldırılarak sonucuna göre sanıklar hakkında TCK'nın 188. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendinin uygulanıp uygulanmayacağıının belirlenmesi gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.⁶²

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Düzce 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; sanığın ahır olarak kullandığı bölümün çatı kısmında, samanlıklar arasına poşetlere gizlenmiş, net ağırlığı 4.560 gram gelen bonzai maddesinin ele geçirildiği olayda, yalnızca bu miktarda maddenin bulundurulmasının uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut verdiğini kabul ile kararın başka yönlerden bozulmasına karar vermiştir.⁶³

⁶² Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2020/12224 Karar No: 2020/6273, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁶³ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2020/6073 Karar No: 2020/5830, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Niğde 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; sanığın ikametinde yapılan aramada toplam 265,7 gram sentetik kannabinoid ele geçmesi şeklindeki olayda, sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut verdiğini kabul ile sanık hakkında alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesi gerekirken eksik ceza tayin edilmesini eleştirmekle yetinmiştir.⁶⁴

Yargıtay 10. Ceza Dairesi; İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; sanığın içinde bulunduğu otomobilde yapılan aramada, suç konusu 56 gram sentetik kannabinoid türevi uyuşturucu maddelerin, satışa hazır hale getirilmiş, hava almayacak şekilde makine ile preslenmiş, 16 paket şeklinde ele geçirilmesi, paket sayısının fazlalığı, yakalandığı yer ve zaman, yakalanış biçimi ve sanığın günlük kullanım miktarının çok üzerinde satışa elverişli paketçikler halinde uyuşturucu madde ile yakalanmış olması gerekçesiyle eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğunu kabul etmiş ve ilk derece mahkemesince kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan verilen hükmün bozulmasına karar vermiştir.⁶⁵

Yargıtay 10. Ceza Dairesi; Eskişehir 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; sanığın içinde bulunduğu otomobilde yapılan arama neticesinde, 96 gram suç konusu sentetik kannabinoid türevi uyuşturucu maddelerin, satışa hazır 32 paket şeklinde ele geçirilmesi, miktarı ve paket sayısının fazlalığı, yakalandığı yer ve zaman, yakalanış biçimi ve sanığın günlük kullanım miktarının çok üzerinde satışa elverişli paketçikler halinde uyuşturucu madde ile yakalanmış olmasını uyuşturucu madde ticareti yapma olarak kabul etmiş ve ilk derece mahkemesince kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan verilen hükmün bozulmasına karar vermiştir.⁶⁶

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, İzmir 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; sanığın ikamet ettiği evde ihbar üzerine yapılan arama sırasında, plastik sebzelik içinde şeffaf kilitli poşete sarılmış vaziyette 61 adet extacsy hap, 40 adet tek tek sarılarak satışa hazır hale getirilmiş sentetik kannabinoid ile TV sehpasının çekmecesinde 80 gram sentetik kannabinoid ele geçirilmesi şeklindeki olayda sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut verdiğini kabul etmiştir. Yargıtay mezkûr kararda, mevcut deliller ışığında, sanığın birlikte yaşadığı kişinin

⁶⁴ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2020/1758 Karar No: 2020/4937, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁶⁵ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/2964, Karar No: 2020/1008, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁶⁶ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/3161 Karar No: 2020/1016, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)



ceza infaz kurumunda tutuklu olduğu için sanığın, sorumluluğunda bulunan evde ele geçirilen bu uyuşturucu maddelerden haberdar olduğunu kabul ile ilk derece mahkemesinin beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir.⁶⁷

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; sanığın içinde bulunduğu araçta yapılan arama neticesinde ele geçen 1.065 gram sentetik kannabinoid maddesinin ele geçirildiği olayda, sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut verdiğini kabul ile maddenin miktarına bağlı olarak önemi ve değerine göre, TCK'nın 61. maddesindeki ölçütler ile 3. maddesindeki orantılılık ilkesi gereğince temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesini ise karşı temyiz olmadığından eleştirmiştir.⁶⁸

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesinde; kolluk görevlilerince evinden çıktığı görülüp takip edilen sanığın montunun cebinde günlük ihtiyacının çok üzerinde net 49 gram sentetik kannabinoid elde edilmesi şeklindeki olayda, sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut verdiğini kabul ile ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir.⁶⁹

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, İstanbul 16. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; sanığın içerisinde bulunduğu araçta yapılan aramada ele geçen daralı ağırlığı 506,9 gram sentetik kannabinoid maddesinin bulundurulmasının uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceğini kabul etmiştir.⁷⁰

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, Bakırköy 15. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; sanığın iş yerinde yapılan aramada ele geçen net ağırlığı 500 gram olan sentetik kannabinoid cinsi uyuşturucu madde bulundurulması şeklindeki eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceği kabul etmiştir.⁷¹

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, Eskişehir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde;

⁶⁷ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/6001 Karar No: 2019/8124, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁶⁸ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2018/1111 Karar No: 2018/8283, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁶⁹ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas No: 2016/2421 Karar No: 2016/3732, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷⁰ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, Esas No: 2020/1076 Esas, Karar No: 2020/2681, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/1819 Karar No: 2020/2386, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

sanığın ikametinde yapılan arama neticesinde ele geçen 386,76 gram net bonzai (sentetik kannabinoid) miktarı dikkate alındığında TCK'nın 61 ve 3/1 maddeleri uyarınca temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiğine işaret ederek aleyhe istinaf talebi bulunmadığından davanın yeniden görülme nedeni olarak kabul etmemiştir.⁷²

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesi, İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; sanığın ikametinde yapılan arama neticesinde ele geçen, Kriminal Polis Laboratuvarı raporuna göre 52,5 gram 5-Fluora ADB sentetik kannabinoid maddesinin bulundurulmasının uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceği kabul etmiştir.⁷³

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; sanığın evinde ele geçirilen net 3.972 gram sentetik kannabinoid cinsi uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçmesinin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceğini kabul ile maddenin miktarı nazara alındığında, suçun konusunun önem ve değeri göz önünde bulundurularak TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezaların alt sınırdan uzaklaştırılarak belirlenmesi gerektiğine işaret etmiş ve bu değerlendirmenin yapılmaması nedeniyle verilen kararın kaldırılmasına karar vererek yeniden hüküm kurmuştur.⁷⁴

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi Dairesi, Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; ticari taksi içerisinde, yolcu koltuğunda oturan sanığın koltuğunun altında, ayaklarını koyduğu noktaya yakın yerde poşet içerisinde net 94 gram sentetik kannabinoid maddesi bulundurulması şeklindeki eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceği kabul ederek, verilen kararın kaldırılmasına karar vermiştir.⁷⁵

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, Bakırköy 14. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; otomobiliyle seyir halinde iken kolluk görevlilerince yapılan uygulama

⁷² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/255 Karar No: 2020/858, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷³ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/768, Karar No: 2020/2111, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷⁴ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi, Esas No: 2019/3537, Karar No: 2020/2004, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷⁵ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi Esas No: 2019/1821, Karar No: 2020/213, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)



sırasında yapılan aramada kendisinden 19 fişek halinde 18,7 gram bonzai maddesi ele geçen sanığın eylemini uyuşturucu madde ticareti olarak kabul etmekle birlikte, sanık hakkında teşdit hükümlerinin uygulanamayacağını, alt sınırdan hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir. Karara konu olayda dikkati çeken hususlardan biri de satıcı kişilerce bonzai maddesinin, 1 gramın altında yahut birer gramlık olacak şekilde fişeklendiğidir.⁷⁶

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 7.Ceza Dairesi, Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; Unkapanı caddesi üzerinde yaya olarak görülen sanık hakkında Cumhuriyet Savcısından alınan arama kararı doğrultusunda yapılan aramada, sanığın elindeki poşette bulunan iki adet pantolon içerisinde net 48.2 gram gelen sentetik kannabinoid ele geçirilmesi şeklindeki eylemin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceğini kabul ile ilk derece mahkemesinin beraat kararının kaldırılmasına ve sanığın TCK m.188 uyarınca cezalandırılmasına karar vermiştir.⁷⁷

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, Salihli Ağır Ceza Mahkemesi Mahkemesi'nin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; sanığın içinde bulunduğu otomobilde yapılan aramada 23 gram bonzai maddesinin ele geçmesi şeklindeki eylemi kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma olarak kabul ile ilk derece mahkemesince TCK m.191 uyarınca verilen kararın onanmasına karar vermiştir.⁷⁸

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, Rize Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; otobüs muavini olan sanıktan 207 gram bonzai maddesi ele geçmesi şeklindeki eylemin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceğini kabul ile sanık hakkında teşdiden uygulama yapan ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.⁷⁹

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, İstanbul Anadolu 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi

⁷⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi Esas No: 2019/2232, Karar No: 2019/2783, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷⁷ Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 7.Ceza Dairesi Esas No: 2019/1530, Karar No: 2019/2184, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷⁸ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi Esas No: 2018/3992, Karar No: 2019/1879, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁷⁹ Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi Esas No: 2017/1898, Karar No: 2019/2552 Karar, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

neticesinde; elindeki poşetle yürürken kolluk görevlilerince yakalanan sanıktan net ağırlığı 484 gram bonzai maddesi ele geçmesi şeklindeki olayda “ele geçen maddenin MDMA (N) 2201 cinsi sentetik kannabinoid grubu uyuşturucu madde olması, bilinen elde edilebilir doz miktarlarına göre, net ağırlığı 484 gram olmakla maddenin kişisel kullanım sınırlarının çok üzerinde bulunması” gerekçesiyle sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vereceğinden bahisle, sanığın TCK m.188 uyarınca teşdiden cezalandırılmasına karar vermiştir.⁸⁰

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi, Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı istinaf incelemesi neticesinde; yolda yaya olarak yürüdüğü esnada kolluk görevlilerince yakalanan sanığın üzerinde 8,8 gram gelen sentetik kannabinoid maddesinin ele geçmesi şeklindeki olayda, “uyuşturucu maddenin tek bir poşet içerisinde ve satışa hazır halde bulunmadığı, miktar itibariyle kişisel kullanım sınırları içerisinde olduğu, sanığın üzerinde ele geçen uyuşturucu maddeyi üçüncü şahıslara sattığı ya da satışa arz ettiği yönünde herhangi bir iddia, görgüye dayalı bilgisi bulunan tanık veya polis tutanağının mevcut olmadığı” gerekçesiyle sanığın eyleminin TCK'nın 191. maddesinde yazılı suçta vücut vereceğini kabul ile ilk derece mahkemesinin hükmünün kaldırılmasına ve sanığın TCK m.191 uyarınca cezalandırılmasına karar vermiştir.⁸¹

5. GENEL DEĞERLENDİRME

Sentetik kannabinoidlerin kullanımı ve ticareti meselesinin önümüzdeki süreçte, başta toplum sağlığı olmak üzere birçok alanda giderek daha sıkıntılı bir boyuta ulaşacağı açıktır. Türkiye Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi (TUBİM) tarafından hazırlanan “2020 Türkiye Uyuşturucu Raporu”na göre; 2018 yılında 657 madde bağlantılı ölüm olayının %45,8'inde (301) sentetik kannabinoid mevcuttur. 2017 yılında ise 941 madde bağlantılı ölüm olayının %59,9'unda (564) sentetik kannabinoid mevcuttur. 2018 yılında sentetik kannabinoid (bonzai) görülen 301 vakanın 147'sinde (%48,8) ölüm tek başına bu maddeden kaynaklanmıştır. 2017 yılında ise sentetik kannabinoid (bonzai) görülen 564 vakadan 247'sinde (%43,8) ölüm tek başına bu maddeden kaynaklanmıştır.⁸² Öte yandan 2008-2013 yılları arasında Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisine (UNODC) yeni geliştirilen psikoaktif maddeler

⁸⁰ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi Esas No: 2019/568, Karar No: 2019/1876, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁸¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi Esas No: 2018/3708, Karar No: 2019/1946, UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁸² 2020 Türkiye Uyuşturucu Raporu, s. 54



ile ilgili yapılan bildirimlerin çoğunluğunu sentetik kannabinoidler(%28) ve sentetik katinonlar(%25) oluşturmaktadır.⁸³

Failin sentetik kannabinoid maddesini ticaret maksadıyla satmak, satışı arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, gibi seçim hareketlerini icra ederken yakalanması halinde, eyleminin hukuki nitelendirmesi daha kolayken, hiçbir yan delilin bulunmadığı nakletme, depolama, satın alma, kabul etme ve bulundurma gibi seçim hareketlerin icrası esnasında yakalanması halinde durum karmaşık bir hâl alabilmektedir. Genelde kolluk görevlilerince failin ikametinde, iş yerinde ya da seyahat halinde iken aracında yapılan aramalarda yahut yaya olarak yürürken, bir lokantada ya da eğlence mekânında bulunduğu esnada yapılan aramalarda çeşitli miktarlarda uyuşturucu madde ele geçirilmekte, failer ise bu maddeleri kendi kullanımları için bulduklarını iddia etmektedirler. Bu durumda failin eylemi ticaret mi yoksa kullanmak amacıyla bulundurma mıdır? Ticaret nitelendirmesi halinde suçun cezası 15 ila 20 yıl, kullanmak maksadıyla bulundurma nitelendirmesinde ise 2 ila 5 yıl arasında kalmaktadır. Öte yandan eylemin uyuşturucu madde ticareti olarak nitelendirilmesi halinde de maddenin miktarına göre teşdit uygulanıp uygulanmayacağı da ayrı bir konudur. Zira TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütlere yer vermiştir. Suçun konusunun önem ve değeri de cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlardan biridir.⁸⁴

Uygulamada esrar, eroin, kokain gibi maddelerin günlük kullanım miktarlarına dair çeşitli saptamalar yapılmış olup, Yargıtay ve ilk derece mahkemelerinde bu doğrultuda bir uygulama birliği sağlanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Daireleri kararlarında esrar kullananların her defasında 1-1,5 gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebildikleri kabul edilmiştir.⁸⁵ Benzer şekilde eroinin günlük kullanım miktarının 60 miligram (0,06 gram) kabul edildiği kararlar da mevcuttur.⁸⁶ Ancak bu ölçüt miktarlar sentetik

⁸³ Bahadır Küçükuyusal, Uyuşturucu Bağımlılığında Yeni Trendler: Amfetamin Tipi Uyarıcılar ve Yeni Geliştirilen Psikoaktif Maddeler, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, Editör; Hakan Cem Çetin, Ahmet Çelik, Erkan Sezgin, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 35

⁸⁴ Mustafa Artuç/ Tahir Hırsılı, Hüküm Kurma Esasları, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 31

⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.03.2012 tarih ve 387-75 E/K sayılı kararı, UYAP mevzuat/ Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁸⁶ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 10.01.2014 tarih ve 2010/32243E-2014/198 K; “Mersin’de oturan suç konusu net 5 gram eroini Mersin’den temin ederek yönetimindeki otomobille Adana’ya gelen sanığın, parkta oturduğu sırada yanına gelen diğer sanık Mehmet’e sigara paketi içerisindeki eroini gösterip cebine koyması üzerine görevliler tarafından yakalanması; sanığın Adana’ya hasta ziyareti için geldiğini söylemesi; günlük kullanılacak eroin miktarının yaklaşık 60 miligram ve suç konusu eroinin yaklaşık 83 günlük ihtiyacı

kannabinoidler için kabul edilemez. Yukarıda tıbbi etkileri anlatılan sentetik kannabinoidlerin (bonzai) esrar gibi tüketilemeyeceği aşıkârdır. Çoğunlukla tek dal sigara tütününe eklenerek içilen bonzai maddesinin, yoğun ve güçlü etkileri de nazara alındığında kanaatimizce günde 1-2 defa içilebileceği ve her kullanımda 0,2 ilâ 0,4 gram civarında tüketilebileceği kabul edilmelidir. Burada bir dal sigarada bulunan tütün miktarı da gözetilmelidir.⁸⁷

Öte yandan şahsi kullanım miktarı hesabında “yıllık kullanım miktarının” kriter olarak alınması maddi gerçeğin belirlenmesi bakımından isabetsiz olacaktır. Zira bu durumda bir kişinin örneğin her gün 4,5 gram esrar içtiği, üstelik bunu 365 gün boyunca her gün yaptığı ve kendisinde ele geçen (örneğin; 1.500 gram) esrar maddesini bir yıllık kullanımı için hazırda tuttuğunu kabul etmemiz gerekecektir. Bu da hayatın doğal akışına, uyuşturucu maddeye ilişkin faaliyetlerin tabiatına aykırılık teşkil edecektir. Zira birçok soruşturmada gözlemlendiği üzere ticaret maksadı olmayan içici kişiler, gerek kolluk görevlilerine gerek de durumdan habersiz aile bireylerine yakalanmamak amacıyla uyuşturucu maddeleri sıkı bir şekilde gizleme gayretinde olmaktadır.⁸⁸

Yargıtayın önceki uygulamalarında kişisel kullanım miktarının belirlenmesinde “1 yıllık kullanım miktarını” esas alınırken, son yıllarda verilen kararlar ile bu ölçüt yerine somut olayın özelliklerine göre belirlenecek zaman dilimi içinde sanık tarafından kullanılacak miktarın esas alınması görüşü benimsenmiştir. Örneğin 1 haftalık tatil için Antalya’ya gitmekte olan sanığın içinde bulunduğu aracın yol kontrolü sırasında durdurularak yapılan arama sırasında, sanığın üzerinde 10 gram eroin ele geçirilmesi halinde; ele geçirilen eroin miktarı 1 haftalık kişisel kullanım miktarının çok üzerinde olduğu için eylemi TCK’nın 188/3 maddesi kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁹ Bir başka örnekte Mardin’de ikamet eden ve iki gün sürecek bir toplantıya katılmak amacıyla İzmir iline gitmekte olan sanığın üzerinde 47,85 gram esrar ele geçirilmesi halinde, esrarın günlük kullanılabilir miktarı dikkate alındığında 47,85 gramın 2 günlük kullanım miktarının çok üzerinde olması

karşılıyacak miktarda bulunması; somut olayda belirlenen zaman dilimine göre bu eroinin kişisel ihtiyaç miktarının çok üzerinde olması karşısında (...) UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, (Erişim Tarihi: 21.01.2021) (Eroin maddesinin miktarına ilişkin benzer bir karar için bakınız: Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 15.06.2015 tarih ve 2015/3749 E-2015/31777 K. sayılı kararı)

⁸⁷ “İçinde 20 dal kısa sigaranın yer aldığı bir paket kısa sigara 20 gram geldiğine göre, bir dal sigaranın ağırlığı paket ağırlığı çıktıktan sonra 0,8 gram kabul edilebilir. Kâğıt ağırlığı ve filtre düşüldükten sonra bir dal kısa sigara yaklaşık 0,6 gram tütün içerir”, www.vintagebillboard.com, (Erişim Tarihi: 17.01.2021)

⁸⁸ Meydan, Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, s. 348

⁸⁹ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 07.01.2019 tarih ve 2016/20-2019/62 sayılı kararı



neniyle eylemi TCK'nın 188/3 maddesi kapsamında kabul edilecektir. Ancak İzmir'de katıldığı toplantıdan ikamet ettiği Mardin'e dönerken yapılan yol kontrolünde üzerinde İzmir'den temin ettiği 47,85 gram esrarla yakalanan sanığın eylemi için kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçu olarak nitelendirilebilecektir. Zira bu son halde kişisel kullanım miktarının belirlenmesinde artık bir yıllık kullanım miktarının esas alınmasına bir engel yoktur.⁹⁰

Bu açıklamalar ve içtihatlar ışığında denebilir ki; başkaca yan delil elde edilemeyen ve failin içicilik savunmasında bulunduğu olaylarda, failin ekonomik durumu ve aylık kazanç miktarına göre ikamet/iş yeri, vs. aramalarında 20-25 gram üzerinde ele geçen sentetik kannabinoid'lerin ticaret maksadıyla bulundurulduğu kabul edilmelidir. Kendi içimliği için başka şehirden aldığı maddeyi, yaşadığı şehre götürdüğünü iddia eden failer yönünden de bu yönde bir kabul mümkündür. Bu noktada soruşturma makamının failin yaşadığı şehri tespit etmesi, mümkünse cep telefonu sinyal bilgilerinin takibi ile geliş-gidiş aralığı, failin yaşadığı şehrin turistik sahil şehirlerden olup olmadığı ve maddeyi temin ettiği şehrin “*maddenin temin edilebileceği*” şehirlerden olup olmadığı da nazara alınmalıdır. Örneğin İstanbul'dan Antalya'ya, İzmir'den Bodrum'a yapılan nakillerle Kastamonu'dan İstanbul'a yapılan nakillerde yapılan yakalamalar bir tutulmamalıdır.

Unutulmamalıdır ki; gün içinde bir eğlence mekânında, parkta ya da kahvehanede otururken yakalanan failerde bu miktarın kabulü olanaksızdır. Günlük kullanım miktarının yanı sıra, 0,5-1,00 gram aralığında fişeklenmiş halde satılan sentetik kannabinoidlerin, her bir fişeğinin piyasasına göre 30 ilâ 100 TL arasında satıldığı göz önüne alındığında, soruşturma makamlarının önceki yakalamalar ve geçmiş tarihli içici ifadelerinden hareketle, maddenin o yerdeki piyasa satış fiyatını tespit etmesi de yerinde olacaktır. Bir örnek vermek gerekirse; 0,5 gram bonzai'nin 50 TL'ye satıldığı bir ilçede 30 gram bonzai maddesi 3.000 TL değerinde olup bu miktar, asgari ücretin dahi üstündedir. Bu sebeple işsiz, iş buldukça ara ara çalışan ya da asgari ücretle çalışan bir failin yakalamasında bu detayların da gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. Bu nedenle bu gibi failer yönünden 2-3 gram üstü yakalamalarda ticaret değerlendirmesi yapılmalıdır.

SONUÇ

Uyuşturucu madde kullanımı ve ticareti meselesi her geçen gün toplumların genel sağlığı, kültürel ve ekonomik yapısı ile günlük yaşamını son derece olumsuz etkilemeye devam etmekte ve bu etkisini artırmaktadır. Bu konu tıpkı iklim değişikliğinde olduğu gibi ülkelerin tek başına halledebilecekleri

⁹⁰ Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, s. 123-125

bir sorun olmaktan çıkmış ve birlikte hareket etmeyi zaruri kılmaktadır. Öte yandan sorun yalnızca adli makamların değil, tıp, tarım, ekonomi, aile, sosyal politikalar, belediyeler, ulaştırma ve kargoculuk, deniz ulaşımı, milli eğitim gibi tüm resmi ve özel kurumların birlikte katılımını ve yardımlaşmasını gerektirmektedir. Bir öğretmenin, vergi müfettişinin, kargo taşıyıcısının ya da bir psikoloğun dikkati sayesinde bir çocuğun uyuşturucu bağımlısı olması engellenebileceği gibi, uyuşturucu ticaretinden haksız kazanç elde eden esnaf/iş adamı görünümlü kişilerin de tespiti mümkün olabilecektir.

Buna ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda görev alan Hakimler ve Cumhuriyet Savcıları ile kolluk görevlilerinin muhatap oldukları uyuşturucu maddeyi tanımaları, farklarını bilmeleri, bu faaliyetlerin ne şekilde yürütüldüğünün ayırdına varmış olmaları, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin tesisi için azami önemlidir. Aksi halde uyuşturucu illetine bulaşmış bir içicinin ağır bir şekilde cezalandırılması ya da bir uyuşturucu tacirinin cezasız kalması söz konusu olabilecektir. Şahsi kullanım miktarlarına dair değerlendirmeler de bu kapsamda görülmelidir. Son olarak söylenebilir ki, sentetik kannabinoidler ya da ileride ortaya çıkacak yeni nesil psikokaktif maddelere karşı gerekli tedbirlerin derhal alınması ile yargısal uygulama birliğinin sağlanması ve uyuşturucu tacirleri için hukuk zemininde gri noktalar bırakılmaması tüm iyi niyetli çabaların meyvelerinin toplanması için hayati önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Aktümsek, Abdurrahman; Anatomi ve Fizyoloji İnsan Biyolojisi, (Nobel Yayın Dağıtım), Geliştirilmiş 5.Baskı, Ankara, 2010

Akgül, Arif; Türkiye’de Yasadışı Kenevir Ekimi ve Mücadele Politikaları, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, Editör; Hakan Cem Çetin, Ahmet Çelik, Erkan Sezgin, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2016

Artuç, Mustafa, Hırslı, Tahir; Hüküm Kurma Esasları, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2010

Artuç, Selahattin/ Doğan, Kamil Hakan/ Demirci, Şerafettin; Uyuşturucu Maddelerinde Yeni Trend: Sentetik Kannabinoidler, Adli Tıp Bülteni, Cilt 19, Sayı 3, 2014, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IuhSrrawKqkJ:https://www.adlitipbulteni.com/atb/article/download/775/1232/2492+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>

Aşıcıoğlu, Faruk; Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, <https://www.atk.gov.tr/psikoaktifmaddeler.pdf>



Başak, Ali Sadi; Psiko-Aktif Maddelerin Analiz ve Bilirkişilik Boyutu, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, <https://www.atk.gov.tr/psikoakifmaddeler.pdf>

Çalışkan, Suat; Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2012

Dönmezer, Sulhi; Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36 (1-4), 1-14; <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9126/114262>

Dursun, Selman; Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımına Dair Düzenlemelerin Gelişimi: Suç Olmaktan Çıkarma ve Diversiyon (Cezalandırmadan Sapma) Eğilimleri, Adalet İstanbul Dergisi, 13. Baskı, 2019, <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12627/94516>

Eker, Hüseyin; Sentetik Esrar İmalat Ticaret Arz Problemi, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, <https://www.atk.gov.tr/psikoakifmaddeler.pdf>

Elmas, Birsen; Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2020

Erbaş, Oytun; Psikiyatrinin Kara Kitabı, Siyah Kuğu Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2020

Ergül, Ergin; Uyuşturucu Madde Alışkanlığının Hukuki ve Cezai Yönleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1993, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br>.

Erman, Sahir/ Özek, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413), İstanbul, 1995

Evren, Cüneyt; Sentetik Kannabinoidler, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, <https://www.atk.gov.tr/psikoakifmaddeler.pdf>

Küçükıysal, Bahadır; Uyuşturucu Bağımlılığında Yeni Trendler: Amfetamin Tipi Uyarıcılar ve Yeni Geliştirilen Psikoaktif Maddeler, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, Editör; Hakan Cem Çetin, Ahmet Çelik, Erkan Sezgin, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

Metin, Ahmet/ Subaşı, Şule/ Ögel, Kültegin/ Güzeloğlu Mevlüt; Uçucu ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarında Deri Bulguları, <http://www.ogelk.net/Dosyadepu/derma11-2-1.pdf>

Meydan, Uygur; Uyuşturucu Madde Ticaretinde Madde Miktarının Önemi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 37. Sayı, Ankara, 2019

Öner, Mehmet Zülfü; Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal, İhraç Suçları, TBB Dergisi, Y: 2010, S: 88, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-88-593>

Öztürk, Ağâh Bahadır; Türkiye'de Büyüyen Tehlike: Esrar, Konuralp Tıp Dergisi, 2016;8(3) 208-213, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270611>

Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2005

Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2018

Tezcan Durmuş; Türk Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler Açısından Uyuşturucu Madde Tedarik Suçları, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/36503>

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara, 2008

Türkçe Tıp Dili Kılavuzu, Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi, Türkçe Tıp Dili Kurulu, 2 Basım, Kocaeli, 2007, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ttdk_2007.pdf

Yargıç, İlhan; Sentetik Kannabinoidler, Yeni Nesil Psiko-Aktif Maddeler Sempozyumu, 26.11.2013, Adli Tıp Kurumu, <https://www.atk.gov.tr/psikoakifmaddeler.pdf>

Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (CMK-TCK-Özel Yasalar), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2018

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2010

İnternet Kaynakları

<https://okanhastanesi.com.tr/tourette-sendromu-nedir#:~:text=Tourette%20sendromu%2C%20ilk%20kez%201985,ve%20hareketler%20ile%20m%-C3%BCcadede%20ederler>. Erişim Tarihi: 20.01.2021

2020 Türkiye Uyuşturucu Raporu, <file:///C:/Users/ab125504/Desktop/bonzai%20makale/TU%CC%88RKI%CC%87YE-UYUS%CC%A7TURU-CU-RAPORU-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 16.01.2021

www.vintagebillboard.com. Erişim Tarihi: 17.01.2021

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110213-4.htm>, Erişim Tarihi: 24.01.2021

UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı, Erişim Tarihi: 21.01.2021

UYAP mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Sorgulama Ekranı, Erişim Tarihi: 21.01.2021

ÇATIŞMA BÖLGELERİNİN YENİ AKTÖRÜ ÖZEL ASKERİ ŞİRKETLER

New Actor of Conflict Zones Private Military Companies

Ahmet Salih ASLAN*

Özet

Soğuk Savaş'ın bitmesini takiben özelleşmenin dünyada her alanda kendini göstermesi; askeri, siyasi ve ekonomik alana da sıçramıştır. Bu durum aynı zamanda askeri güçlerin arz ve taleplerinde de önemli değişikliklere sebep olmuştur. Gelişen ve değişen bu yeni atmosfer ise özel askeri şirketleri çatışma bölgelerinin belirgin aktörü haline getirmiştir. Uluslararası hukuk alanında da oldukça yeni olan özel askeri şirketlerin kullanımının yaygınlaşması, bir yandan devletlerin kuvvet kullanma tekeliini yitirdiğine ilişkin bir yaklaşımın gelişmesine neden olurken diğer yandan uluslararası hukuk bakımından birtakım belirsizlikler meydana getirmiştir. Bu çalışmada askerliğin özelleştirilmesinin tarihsel süreci, özel askeri şirketlerin doğumundan bugüne kadar olan gelişimi, ulusal ve uluslararası etkileri ile bu alanda yapılan/yapılması gereken hukuki düzenlemeler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik, askerliğin özelleşmesi, paralı askerlik, özel askeri şirketler, soğuk savaş

Abstract

After the end of the Cold War, privatization which manifests itself all around the world and in every field also spread to the military, political and economic spheres. This situation also led to a major changes in the supply and demand of the military forces. This evolving and changing new atmosphere has made private military companies the prominent actors of the engagement areas. The widespread use of private military companies, which is also very new in terms of international law, has led to the an approach that states losing their monopoly of the legitimate use of military force, but, on the other hand, has revealed some uncertainties relating to international law. In this study, the historical development process of the privatization of the military, the development of private military companies since their establishment until today, national and international effects and contributions of such companies, and the legal arrangements made or need to be made in this field, will be discussed.

Keywords: Security, specialization of military service, mercen service, private military companies, cold war

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Turgutlu Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı, aslanasalih@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0002-8742-6244>

GİRİŞ

Soğuk Savaş'ın ardından dünyada hakim olan siyasi ve iktisadi paradigma, neoliberalizmin etkisiyle ulusal güçlerin şiddet kullanma biçimlerini bir dönüşüme uğratmıştır. Bu dönüşümle birlikte kendine küresel düzeyde yer bulan özel askeri sektör, malî yönden oldukça büyük bir pazara hükmetmeyi başarmış ve belli bir coğrafi bölge veya devletle sınırlı kalmaksızın çatışma bölgelerinde etkin bir rol üstlenen temel bir aktör hâline gelmiştir. 21. yüzyılda ise ülkelerin değişen güvenlik ihtiyaçlarıyla birlikte orduların savunma stratejileri de değişim geçirmektedir. Artık ulusal güvenlik; yasalarla silahlandırılan ve ülkeyi savunmakla görevlendirilen ordu ile sınırlanmamakta, ekonomik ve sivil aktörlerle bütünleşmiş çok geniş bir savunma yapılanmasına doğru gitmektedir.

Kuvvet kullanım tekelinin devlette olması anlayışı, devleti hem yurt içinde hem de uluslararası alanda güvenlik tedarikçisi olarak kurumsallaştırmıştır. Bu anlayış aynı zamanda diğer aktörlerden kaynaklanacak tehditlerin şiddetini, kuvvet kullanımını yasaklamak ya da sınırlandırmak suretiyle azaltmıştır. Son yıllarda özel askeri şirketlerin (ÖAŞ) büyük oranda artış göstermesi, Weber'in devletin meşru şiddet tekeli olması rolünü benimseyen düşüncesinin tartışılmasına yol açmıştır. Acaba sadece devlete ait olan meşru şiddet tekeli devletin dışında başka unsurlara mı geçmektedir? Güvenlik alanında tedarik edici tek aktör devlet iken bunun piyasaya kayması gerek kuramsal bakımdan gerekse uygulamadaki etkileri bakımından incelenmesi gerekli bir konu haline gelmiştir.

Bu çalışmada son yıllarda çatışma alanlarının vazgeçilmez aktörü olan ÖAŞ'ler hakkında genel bilgiler verilerek bir çerçeve oturtulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda ÖAŞ'lerin bugünkü yapısını anlayabilmek için özel askeri şirket kavramına, askerliğin özelleştirilmesi sürecine ve bu şirketlerin yapısal özelliklerine değinilmiştir. ÖAŞ'lerin hukuki alt yapısının ulusal ve uluslararası mercilerce henüz tam olarak düzenlenmemiş olması ise bu alandaki en büyük eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Bu eksiklikten faydalanan ÖAŞ'ler, devletlerin egemenlik alanlarına ve insan haklarına riayet etmeksizin keyfi müdahalelerde bulunabilmektedirler. Bunun önüne geçebilmek için ise; askeri endüstride yer alan şirketler de dâhil olmak üzere ulusal ve uluslararası mercilerce yapılan çalışmalar yeni yeni uygulamaya konulmaya başlanmış ancak henüz gereken ihtiyaca cevap verecek bir yasal zemin oluşturulamamıştır.

I. ASKERLİĞİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN TARİHSEL SÜRECİ

Günümüzde askerliğin ulusal ordu şeklinde olması gayet olağan karşılanırken, bunun haricindeki askeri yapılanmalar normalin dışında bir durum oluşturmaktadır. Ancak ulusal orduların tarihte ortaya çıkışları

konusunda geçmişe dönük inceleme yapıldığında mazilerinin fazla olmadığı görülecektir. Askerlik alanındaki özelleşmenin tarihsel arka planına bakıldığında, antik dönemde dahi savaşmak üzere dışarıdan tutulmuş askerlerin mevcut olduğu bilinmektedir. Yedi bin yıllık savaş tarihinde para karşılığında yabancı kuvvetlerin günümüzdeki gibi “özelleştirme” şeklinde olmasa bile; paralı askerlik, kiralık yüzbaşılık gibi sıfatlar adı altında savaşlarda çok defa kullanıldığı görülmektedir.¹

Antik Mısır’dan Viktoryan İngilteresi’ne kadar hemen hemen tüm imparatorluklar askeri alanda yabancılardan faydalanmışlardır. Pers İmparatoru Darius Büyük İskender’e karşı savaşırken Yunan paralı askerlerini kullanmış; III. George, kendisine karşı ayaklanan Amerikan kolonistlerine karşı Alman paralı askerlerini kiralarak karşılık verme yoluna gitmiştir. Papanın güvenliği ise hala İsveçli paralı askerler tarafından sağlanmaktadır.² Romalıların da istifade ettiği paralı askeri güçler, feodal toprak düzeni içerisindeki Orta Çağ Avrupa’sında para ile kiralanan şövalyeler olarak anılmaktadırlar. Genellikle kolektif olarak görev yapan paralı askerlerin gruplaşması orduların para karşılığı kiralınması sonucunu doğurmuştur. Orta Çağ’ın sonlarına doğru İtalya’da prenslikler tarafından para karşılığı kiralanan ordular görülmüş ve bu askeri birliklere İtalyanca sözleşme (condotta) kelimesinden türemiş “condottiere” ismi verilmiştir.³

Askerliğin şirketleşmesinin ilk yansımaları olarak görülen condottiere, Machiavelli tarafından İtalya’nın yıkımının nedeni olacak kadar acımasızca eleştirilmiştir.⁴ Machiavelli’ye göre, bütün devletler temellerini iyi yasalara ve iyi ordulara sahip olarak oluşturmalıdır. Ona göre bir devlet dört adet orduya sahip olabilir ve bunlar; prensin kendi orduları, paralı ordular, yardımcı ordular ve karma ordulardır. Bir devletin istikrar ve güven içerisinde ayakta kalabilmesi için prens ordusunu paralı askerlerden oluşturmamalıdır. Çünkü bu askerler birlikten yoksun, hırslı, disiplinsiz, sadakatsiz olurlar; dostları karşısında gözü pek, düşman karşısında ödlektirler.⁵ Bu birliklerin yegâne amacı kazanç elde etmek olduğundan savaşlarda ölümüne mücadele etmemiş hatta yer yer taraf değişikliklerine dahi gitmişlerdir. Hal böyle iken askerlik sistemi tahribe uğramış, savaş meseleleri halledilemediğinden diplomasi

¹ Haldun Yalçınkaya, “Özel Askeri Sektörün Oluşumu Ve Savaşların Özelleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, C: 61, S:3, Y: 2006, s.252

² Hürriyet, “500 yıldır Papa’yı koruyan İsviçreli muhafızlar”, <https://www.hurriyet.com.tr/seyahat/500-yildir-papayi-koruyan-isvireli-muhafizlar-41105933>, E.T. 30.08.2021

³ Yunus Beyhan, “Özel Askeri Şirket Faaliyetlerinin Küresel Etkileri Ve Uluslararası Hukuktaki Yerlerinin İncelenmesi”, Mef Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Y: 2020, s.6

⁴ Yalçınkaya, s. 253

⁵ Nicolo Machiavelli, **Prens**, (çev. Kemal Atakay), 9. Basım, Can Yayınları, 2013, s.81



gelişmiştir. Bunun en somut yansıması ise modern diplomasinin temeli olan sürekli elçilik kurumunun bu dönemde ortaya çıkmasıdır. Dönemin bozukluğu, Machiavelli'nin "Floransa Tarihi" isimli kitabında paralı askerlerden sadece bir kişinin attan düşme sonucunda yaralandığı şeklinde ironik bir biçimde dile getirilmiştir.⁶ Nitekim Machiavelli'nin bu ulus temelli ordu önerisi, 1648 Westfalia Antlaşması sonrasında kurulan ve günümüz modern siyasi yapısının da temelini oluşturan yeni devletler sisteminin ana unsuru haline gelmiştir.

1618-1648 yılları arasında Almanya'da gerçekleşen Otuz Yıl Savaşı'na kadar Avrupa'da paralı askerlerin kullanılması olağan ve yasal bir durum teşkil etmekteydi. İsveç kralı Gustavus Adolphus'un ordusunun %90'ını yabancı askerlerin oluşturması savaşta kullanılan paralı askerlerin yoğunluğunu gözler önüne sermektedir.⁷ Bu savaştan sonra imzalanan Westfalia Barış Antlaşması ise paralı askerler için bir nevi dönüm noktası olmuştur. Antlaşmanın en önemli sonucuna göre egemenlik kavramı imparatorluğa üstün gelmiş ve modern devletin doğuşunu sağlamıştır. Antlaşmayla ulusal devletlerin egemenliği temel bir hak olarak gösterilmiş ve uluslararası arenanın baş aktörleri "devletler" olarak belirlenmiştir.⁸ Devletlerin egemenliğinin üstün tutulmasıyla merkezileşme ve örgütlenme biçimleri de sağlamış, bunun sonucunda askeri güç kullanımında orduların millileştirilmesi yoluna gidilmiştir.

Reform hareketleriyle başlayan süreçte gelinen noktada aydınlanmanın da etkisiyle toplumsal sözleşme fikirleri, doğa bilimlerinin prestiji ve rasyonalizm, devletin askerlerle ve vatandaşlığın hizmetle ilişkisine dair yeni bir düşünme tarzı ortaya çıkardı. Bu yeni anlayışa göre vatandaşlar savaş alanlarında etkisiz izleyici olmaktansa doğrudan kendileri savaşmaya çok daha istekliydi. Orduyu millileştirmek koltuğunu kaybetmek istemeyen yöneticiler açısından riskli olsa da vatandaşlardan oluşan orduya geçiş, devletlerin ayakta kalabilmeleri için gerekliydi.⁹ Napolyon'un çıkarttığı zorunlu askerlik kanunu (levee en masse) ile millî orduların kurulması ve ulusçuluk akımı sadece Avrupa'da değil tüm dünyada yaygınlık kazandı ve maddi kazanç karşılığı savaşan paralı askeri birlikler tamamen meşruiyetini yitirdi.¹⁰

Bu dönemde Avrupa'da paralı askerliğe yaklaşım böyle iken Osmanlı İmparatorluğu'nun askeri sistemine göz attığımızda şiddet kullanma tekelinin

⁶ Machiavelli, **Askerlik Sanatı** (çev. Nazım Güvenç), 1. Basım, Anahtar Kitaplar, İstanbul, 2003, s. 21

⁷ Peter W. Singer, **Kiralık Ordular Özel Askeri Şirketler**, (Çev. Gözde Aral, İsmail Yaman), 1. Basım, Timaş Yayınları, İstanbul, 2009, s. 57

⁸ Singer (2009), s. 57

⁹ Elke Krahnemann, "States, Citizens and the Privatization of Security", **UK: Cambridge University Press**, Cambridge, 2010, s. 67

¹⁰ Eren Eroğlu, "Özel Askeri Şirketlerin Devlete Etkileri", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Yönetim Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y: 2015, s. 112

merkezi otoritede toplandığı ve ordunun yeniçeriler başta olmak üzere profesyonel düzenli birliklerden oluştuğu görülmektedir.¹¹ Savaş esirlerinden istifade edilerek kurulan yeniçeri ocağı paralı askerlik kurumundan farklıdır. Zira buradaki askerler devşirme yoluyla orduya kazandırılmış olup sadece Osmanlı bünyesinde görev alabilmektedirler. Devletin merkezinde askeri sistem böyle iken yerelde tımarlı sipahilerin etkin aktör olarak yer aldığı görülmektedir. Tımarlı sipahi birlikleri de Avrupa'daki anlayışın aksine paralı askerlik olmayıp temel anlamda şövalyelik kavramının da ötesindedir. Çünkü tımarlı sipahilik sistemi, Orta Çağ Avrupa'sının feodal izleri yerine dönemin göreceli gelişmiş toplumu olan Osmanlı'nın toprak düzenine dayalı devlet anlayışının yansımalarını barındırmıştır.¹²

Egemenliği esas alarak modern devlet anlayışının temellerini oluşturan "Westphali modeli" etkisinde oluşan ulus kaynaklı askeri düzen, uzun yıllar etkisini sürdürmüştür ve bu süreçte iki büyük dünya savaşı gerçekleşmiştir. Bu savaşların sonunda milyonlarca sivil hayatını kaybetmiştir. Sivillerin bu denli fazla can kaybı vermesi egemen ulus devletleri, sistemin sorgulanmasına yöneltmiştir. Uluslararası toplum tarafından şiddetin üstesinden gelinmesi adına savaşın sınırlandırılmasına yönelik adımlar atılmıştır. Birinci Dünya Savaşı'nın ardından 10 Ocak 1920'de Milletler Cemiyeti ve İkinci Dünya Savaşı'nın ardından 24 Ekim 1945'de Birleşmiş Milletler kurularak, egemen eşit devletlerin kuvvet kullanma hakları uluslararası hukuksal düzenlemelerle sınırlanmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki gelişmeler üzerine Soğuk Savaş olarak adlandırılan döneme girilmiştir. Bu dönemde dünya, iki süper güçten biri olan ABD'nin önderliğindeki Batı Bloku ile SSCB önderliğinde Doğu Bloku olmak üzere iki bloğa ayrılmıştır. 1947 yılından SSCB'nin dağılmasına (1991) kadar sürecek olan Soğuk Savaş döneminde, devletler ordularını hem konvansiyonel hem de nükleer silahlanma şeklinde geliştirmişlerdir. Hantal bir yapıya sahip konvansiyonel orduların oluşumu devletleri doğrudan sıcak çatışmaya girmek yerine küçük aktörlerin muharebesine yani vekâlet savaşlarına yöneltmiştir.¹³

1648 Westphalia Barışı ile başlayan modern dönemden 1991'de Soğuk Savaş'ın sona ermesine kadar, kiralık ordu uygulaması neredeyse ortadan kalkmış, serbest çalışan paralı asker örneklerine oldukça sınırlı sayıda rastlanmıştır. Üç yüzyılı aşkın bir sürede devletin temel unsuru olan egemenlik kavramı çerçevesinde içeride ve dışarıda güvenlik kamusal yollarla

¹¹ Zafer Özleblebici, **Osmanlı Askeri Tarihi**, 1. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014, s.139

¹² Yalçınkaya, s. 253

¹³ Latif Onur Koşu, "Özel Askeri Sektör Ve Ortadoğu'daki Faaliyetleri", Marmara Üniversitesi Ortadoğu Ve İslam Ülkeleri Araştırmaları Enstitüsü Ortadoğu Ekonomi Politikası Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Y: 2018, s. 24



sağlanmıştır.¹⁴ Paralı askerlik kurumunda tıpkı 17. yüzyılda yaşanan Otuz Yıl Savaşları, Westphalia Barış Antlaşması ve sonrasında yaşanan değişimlerde olduğu gibi Soğuk Savaş sonrası dönemde de önemli geçişler yaşanmıştır.¹⁵ Bugün gelinen noktada, eski Yunan şehir devletlerinin lejyonerlerden oluşan ordularından paralı askerlere; oradan da günümüze kadar uzanan tarihi geçmişi ile ÖAŞ'ler çağın siyasal, iktisadi ve toplumsal niteliklerine göre şekillenen bir gelişim göstermiştir.

II. PARALI ASKERLİK VE ÖZEL ASKERİ ŞİRKET AYRIMI

Paralı askerliğin tanımlanması ve düzenlenmesi ile ilgili uluslararası hukukta üç belge bulunmaktadır. Bunlar Cenevre Sözleşmeleri 'ne "1977 tarihli Ek 1 Numaralı Protokol", 1977 tarihli "Paralı Askerliğin kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi" ve 1989 tarihli "Paralı askerlerin İstihdamına, Kullanımına, Finansmanına ve Eğitimine Karşı Uluslararası Sözleşmesi (BM Paralı Askerlik Konvansiyonu)" dir.

Yukarıdaki ilk iki dokümanda paralı askerlerin "savaşçı" veya "savaş esiri" olarak değerlendirilmeyeceği aktarılmaktadır. 1949 Cenevre Konvansiyonu'na ek 1977 protokolü ile getirilen konvansiyonunun 47. Maddesi'nin ilk fıkrasında paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri olma hakkına sahip olamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yakalanan paralı askerlerin yapmış olduğu hukuka aykırı muharip eylem ve davranışlarından ötürü cezai sorumluluklarına gidilecektir. 1949 Cenevre Konvansiyonu'na ek 1977 Protokolü'ne kadar paralı askerler de çatışmaya giren tarafların silahlı güçlerine mensup askerler gibi savaş alanında esir olarak alındığında savaş esiri statüsünde değerlendirilerek muamele görüyorken bu Protokol ile birlikte artık paralı askerlik yasaklanmış ve suç sayılmıştır. Bu protokole göre paralı askerlik, uluslararası silahlı suçlar kapsamına alınmış ve maddeleri belirtilmiştir. Ancak düzenleme oldukça yüzeyseldir. Zira paralı askerlerin kullanımına ve yasaklanmasına dair herhangi bir hükme yer verilmediği gibi bu kimselerin hangi amaç doğrultusunda kim adına savaştıkları göz önüne alınmayıp doğrudan suçlu olarak nitelendirilmiştir.¹⁶

Maddenin 2. Fıkrası ise paralı askerlik olarak tanımlanabilme şartlarını sıralamıştır. Buna göre kısaca paralı askerlik, *"adına savaştığı silahlı kuvvetlerin bünyesinde bir üye olmamasına rağmen, savaşması için özel olarak görevlendirilmiş ve karşılığında maddi menfaat sağlayarak motive*

¹⁴ Ahmet Hamdi Topal, "Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.60, S.4, 2011, s. 979

¹⁵ Filiz Çulha Zabcı, "Yeni Savaşların Gizli Yüzü Özel Askeri Şirketler", *Mülkiye Dergisi*, C: 28, S: 243, Y: 2004, s.7

¹⁶ Topal, s.981

edilen yabancı kişi” şeklinde tasvir edilmektedir.¹⁷ Tanımdan da anlaşılacağı üzere paralı askerler, çatışma sahalarında destek sağlamak adına kiralanmaları bakımından ÖAŞ’lerle benzerlik göstermelerinin yanında birçok farklılıkları da barındırmaktadır. Bu bakımdan yalnızca paralı askerliğe ilişkin olarak düzenlenen uluslararası sözleşmelerin ÖAŞ’ler için bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Maddedeki tanımlamadan yola çıkarak Özel askeri şirketleri paralı askerlikten ayıracak özelliklerini sıralayacak olursak ;¹⁸

- Kurumsal bir yapıya sahip ticari işletmelerdir.
- Bireysel getiriden ziyade kurumsal gelir ön plandadır.
- Yasal olarak kurulmuş kamu tüzel kişiliğine haiz kurumlardır.
- Yalnızca sahada savaşmak üzere değil çeşitli organizasyonlarda destek vermek üzere hizmet vermektedirler.
- Hiyerarşik düzende çalışan ve sürekliliği olan kurumlardır.
- Kamusal olarak uzmanlaşmış kadrolara sahip, daha profesyonel çalışan kurumlardır.

1977 tarihli protokolden sonra gelen diğer uluslararası düzenlemelerden BM Sözleşmesi ve Afrika Sözleşmesi ise Cenevre düzenlemesini destekler ve genişletir niteliktedir. Söz konusu sözleşmeler, devletlere iç hukukların da gerekli düzenlemeleri yaparak paralı askerlik tanımına uyan kişileri ayrı suç kategorisine almaları ve yargılamaları yükümlülüğünü getirmiştir. BM Sözleşmesi’ne kıyasla daha bölgesel nitelik taşıyan Afrika Sözleşmesi’nde, Afrika halkının kendi kendilerine yönetim haklarına engel olacak nitelikte, Afrika uluslarının birlik, bütünlük ve bağımsızlıklarına zarar verme amaçlı paralı askerlerin kullanılması, eğitimi, toplanması gibi hususlar yasaklanmış aksi halde cezai sorumluluklarının doğacağı vurgulanmıştır.¹⁹

¹⁷ Madde 47-Paralı Askerler

Aşağıdaki tanımlara uyan kişiler paralı askerdir:

- a) Ülke içinde ya da yurt dışında, silahlı bir çatışmada savaşmak üzere silahlı hizmete kaydedilmiş;
- b) Muhasamata doğrudan katılmış;
- c) Esasen özel kazanç arzusu ile muhasamatta yer almak istemiş olan ve aslında, çatışmanın bir tarafına ya da taraf adına, işbu tarafın, silahlı kuvvetlerindeki benzer rütbe ve görevler için muhariplere ön gördüğü veya ödediği miktarın oldukça üstünde maddi karşılık alacağı vaat edilen;
- d) Ne çatışmanın taraflarından birinin vatandaşı olan ne de çatışmanın bir tarafına kontrol edilen topraklar üzerinde ikamet eden;
- e) Çatışmanın taraflarından birinin silahlı kuvvetlerine mensup olmayan ve
- f) Çatışmanın taraflarından olmayan bir Devlet tarafından işbu devletin silahlı kuvvetlerinin bir mensubu olarak resmi görevle görevlendirilmemiş olanlar.

http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf, (E.T. 21.09.2021)

¹⁸ Eroğlu, s.124

¹⁹ Beyhan, s.46



Ek Protokol'deki düzenlemelerin yetersiz oluşundan ötürü harekete geçen Birleşmiş Milletler ise 1980'de paralı askerlik üzerine çalışmak üzere bir heyet oluşturmuştur. Dokuz yıl süren çalışmanın ardından akdedilen düzenleme ile; paralı askerleri silahaltına alan, kullanan, finanse eden veya eğiten (madde 2), doğrudan çatışmalara ya da planlanmış şiddet hareketlerine katılan (madde 3), sözleşme 'de yer verilen suçları işleyen veya işlemeye teşebbüs edenler (madde 4) olmak üzere dört kategori de cezaî sorumluluğun doğacağı kabul edilmiştir. Ancak bu suçların uygulanabilirliği de devletlerin kendi iç hukukuna bırakılmıştır.²⁰

III. ÖZEL ASKERİ SEKTÖRÜN OLUŞUMU VE YAYGINLAŞMASI

20. yüzyılın sonlarına gelindiğinde özellikle Soğuk Savaş'ın bitimiyle bozulan güç dengesi ve bunun sonucunda oluşan yeni koşullar ÖAŞ'lerin doğumuna zemin hazırlamıştır. Bu sektörün ortaya çıkışını basit ve tek bir nedenle açıklamak mümkün değildir. ÖAŞ'ler alanında uzman Singer'a göre, ÖAŞ'in gelişerek çoğalmasını üç ana başlıkta sıralamak mümkündür. Birincisi, Soğuk Savaş sonrası orduların küçülmesi ile ortaya çıkan yetişmiş askeri personelin iş ihtiyacıdır. İkincisi, serbest piyasa ekonomisinin getirdiği özelleşme dalgasıdır. Üçüncüsü ise büyük güçlerin gelişmekte olan ülkelere müdahalelerdeki isteksizliğidir.²¹

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu dönemde devletler maliyet, kalite ve verimlilik kaygıları nedeniyle sahip oldukları kamu kurumlarını azaltma yoluna gitmiş ve küresel ölçekte emsali görülmemiş bir özelleştirme dalgası görülmeye başlanmıştır. Başlangıçta sağlık, temizlik, ulaşım, eğitim ve altyapı gibi alanlarda görülen özelleştirme uygulaması zamanla öyle bir hal almıştır ki Amerika'da hapishaneler, posta hizmetleri dâhil önceleri kamunun asli görevleri olarak görülen alanlar dahi özelleştirilmiştir.²² Bu yeni anlayış askerlik alanını da etkilemiş ve askerliğin özelleştirilmesi de kaçınılmaz olmuştur. Devletler silahlı kuvvetlerini, milli güvenlik açısından daha az öneme sahip görevlerden kurtarmak düşüncesiyle özel askeri güçlerden faydalanmayı tercih etmişlerdir. Böylece bu tip savaş alanını ilgilendiren hususlar daha profesyonel hizmet sağlayan ÖAŞ'ler vasıtasıyla hizmet alanına dönüşmeye başlamıştır.

Askeri alanın ÖAŞ'lere açılmasını kolaylaştıran bir başka neden; güçlü devletlerin zayıf, istikrarsız devletlerde yaşanan şiddet olaylarına müdahale

²⁰ Topal, s.986

²¹ Peter W. Singer, "The Private Military Industry And Iraq: What Have We Learned And Where To Next", **Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (Dcaf) Policy Paper**, Y: 2004, s.2-3

²² Enes Gürçan, "Irak Savaşının Bilinmeyen Aktörleri: Özel Askeri Şirketler", Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y: 2015, s. 15

etme eğilimini azaltmasıdır. Soğuk Savaş döneminde ABD ve Sovyet güçleri çatışmaların olabileceği yerlerde kontrolü elinde tutmuş, bu bölgelerde düzen ve istikrarı sağlamışlardır. Bu dönemde iç ayaklanmalar bu iki süper gücün destekleriyle ya çıkmadan engellenmiş ya da kısa sürede bastırılmıştır. Soğuk Savaşın bitmesiyle birlikte çatışma bölgelerindeki denetim de ortadan kalkmış ve iç savaşların görülme sıklığı önceki döneme göre beş kat artmıştır.²³ Güçlü devletlerin bu bölgelere isteksiz yaklaşımının temel sebebi, doğrudan ülkenin kendisinin tehdit edilmediği çatışmalarda verilen kayıplara vatandaşların ciddi tepki göstermesidir. Örneğin ABD’de kamuoyu Somali ve Balkanlar’da askeri birliklerin bulunmasını gereksiz görmekte ve buralardaki can kayıplarına ciddi eleştiriler yöneltmektedir.²⁴ Devletler ise ÖAŞ’lerden yararlanması halinde kendi hanelerine yazılacak bu kayıpların önüne geçmiş olacaktır. Bu durum ÖAŞ’leri yalnızca maddi maliyet açısından cazip hale getirmemekte hükümetlerin siyasi maliyetini de hafifletmektedir.²⁵

Büyük devletler tarafından yapılacak yardım veya müdahalenin bir zorunluluk değil çıkara dayalı olması ve orduların sınırlı müdahale ile barışa zorlama gibi harekâtlar yerine topyekûn savaşa uygun yapıda olması, zayıf ülkelere askeri destek verilmesindeki azalmanın diğer sebebidir. Mozambik, Ruanda, Sierra Leone gibi zayıf ülkelere verilen askeri desteğin çekilmesi, ülke içinde yaşanan iç savaşlarda mevcut iktidarların askeri güçlerinin yetersiz kalmasına sebebiyet vermiştir. Bu bağlamda zayıf devletler askeri alanda oluşan eksikliği daha az masraflı olarak görülen ÖAŞ’leri kullanılarak giderme yolunu tercih etmişlerdir.²⁶

Soğuk Savaş sonrasında büyük güçlerin çatışmalardaki müdahaleci rolünü Birleşmiş Milletler’in alacağı beklentisi bulunmaktaydı ancak bu beklenti yeterli karşılık bulamamıştır. 1994 yılında Ruanda’da yaşanan iç savaşta BM Yardım Komisyonu kurulmasına rağmen yaklaşık yarım milyon insanın katledilmesinin önüne geçilememiştir. Sierra Leone’deki iç savaşa ise Güvenlik Konseyi’nin onayına rağmen BM kuvvetlerinin 6 ay geç varması ve günümüzde hala etkileri devam eden Somali iç savaşının durdurulamayışı gibi örnekler BM’nin bu konuda yetersizliğini gözler önüne sermektedir. Bu etkisizliklerin sebepleri BM’nin esas kuruluş gayesinin savaşlarla mücadele etmek olmayışı, yeterli teçhizatının ve eğitilmiş birliklerinin bulunmaması ve BM’ye katılımın gönüllük esasına dayalı olmasıdır.²⁷ Bu noktada dönemin Birleşmiş Milletler

²³ Singer (2009), s. 91

²⁴ Singer(2009), s.104

²⁵ Deborah Avant, Private Security Companies, New Political Economy, C: 10, S: 1, Y: 2005, s. 124

²⁶ Singer (2009), s. 103-104

²⁷ Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, **Preventing Deadly Conflict: Final Report**, Washington D.C., Y: 1997, s. 4.



Barışı Koruma Bölümü Başkanı Kofi Annan sorunun çözümü için ÖAŞ'lerin değerlendirilebileceğini düşünse de gelen tepkiler üzerine şu açıklamayı yapma gereğini hissetmiştir; "...dünya barışı özelleştirmeye hazır olmayabilir."²⁸ Sonuç olarak BM kendi eliyle bu özelleştirmeyi gerçekleştiremeye de bu alandaki ihtiyacın ÖAŞ'ler vasıtasıyla giderilmesi için söz konusu şirketlerle etkin görüşmeler yapmıştır.²⁹

ÖAŞ'lere yönelik ilginin artmasının bir diğer nedeni de teknolojinin gelişerek sivil görünümlü savaşlarda kullanılabilme imkânının doğmasıdır. Bilgisayar virüsleri kullanılarak savaşabilme imkanı, devletlerin bu alandaki ulusal güvenlik faaliyetlerinin yürütmesini ÖAŞ'ler aracılığıyla giderme olanağını doğurmuştur. Örneğin ABD ve Batı Avrupa ülkelerinde ÖAŞ'lerin istihbarat hizmetleriyle bu ihtiyacı karşıladığı görülmektedir.³⁰

Verilen bilgiler göstermektedir ki; Soğuk Savaş'ın bitimiyle gelişmeye başlayan özel askeri sektör, faaliyet alanlarını git gide artırarak dünyanın her bölgesinde etkisini göstermeye başlamış ve çatışma bölgelerinin aranan etkin aktörü olmayı başarmıştır. Özellikle 11 Eylül saldırısı sonrasında ABD'nin bu şirketleri Afganistan ve Irak Savaşlarında kullanması ÖAŞ'lerin dünya genelinde tanınmasını ve yaygınlaşmasını sağlamıştır. ÖAŞ'lerin sayısının artması ve pek çok ülkenin bu şirketlere başvurması, sonraki dönemde savaşların özel askeri sektörce yürütüleceğinin habercisi olarak değerlendirilmektedir.³¹

IV. ÖZEL ASKERİ ŞİRKET KAVRAMI VE SINIFLANDIRILMASI

Teknolojinin de gelişmesiyle hizmet yelpazesini sürekli genişleten ÖAŞ'lerin kesin bir tanımını yapmak oldukça güç hale gelmektedir. Bu alanda çalışan uzmanlar kavramın tanımında tam bir fikir birliğine varamamışlardır. Tanıma geçmeden önce, savaş alanlarında görev yapan askeri şirketlerle daha çok günlük hayatta karşılaştığımız güvenlik şirketlerinin birbirinden farklı iki yapı olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü bu durumda bir alışveriş merkezini korumakla yükümlü güvenlik şirketiyle Irak'ta boy gösteren askeri şirketi aynı sınıfta değerlendirmek gerekir. Özel güvenlik şirketlerinin asli görevi, can ve mal güvenliği üzerine güvenlik hizmeti sunmalarıdır. Bu nedenle özel güvenlik şirketlerini muharebe operasyonlarında aktif görev yapan veya eğitim vererek hizmet sunan ÖAŞ'lerden ayırmak gerekir.

²⁸ United Nations, Secretary-General Reflects On 'Intervention' In Thirty-Fifth Annual Ditchley Foundation Lecture, <https://www.un.org/press/en/1998/19980626.sgsm6613.html>, E.T. 26.08.2021

²⁹ Peter W. Singer, Outsourcing The War, https://www.salon.com/2004/04/16/outsourcing_war, E.T. 18.08.2021

³⁰ İsmail Dindar, İstihbarat Savaşları, 1. Baskı, Ankara, IQ Kültür ve Sanat Yayıncılık, 2004, s. 387

³¹ Nergiz Emir, **Özel Askeri Şirketler (Uluslararası Hukuk Açısından Bir İnceleme)**, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015, s. 40

Singer'in tanımına göre ÖAŞ'ler, "Savaşa girift olarak bağlı olan profesyonel hizmetlerde ticaret yapan iş örgütleridir. Bunlar muharebe operasyonları, stratejik planlama, istihbarat, risk yönetimi, operasyonel destek, eğitim ve teknik yetenekler içeren konularda askeri hizmet sağlamada uzmanlaşmış tüzel kişilerdir."³² Güvenlik alanında uzman olan ve askeri şirketler alanında çalışmaları bulunan Prof. Dr. Sait Yılmaz göre ise; 'bir askeri kuvvet için lojistik, insan gücü ve diğer hizmetler sunan şirketler olarak tanımlanmaktadır'.³³

Cenevre Güvenlik Sektörü Yönetişimi Merkezi'nin (DCAF) ÖAŞ'leri tanıttığı raporunda verdiği tanım ise şu şekildedir; "çarpışma operasyonları, stratejik planlama, istihbarat toplama, operasyonel ve lojistik destek, eğitim, satın alma ve bakım dahil olmak üzere savaş ve ihtilaf konularıyla ilgili uzmanlaşmış hizmetler veren işletmelerdir" Rapora göre, ÖAŞ'ler örgütsel yapıda olan tüzel işletmelerdir ve hizmetlerini politik nedenlerle değil kar amacı güderek sürdürmektedirler.³⁴

ÖAŞ'leri daha anlaşılır kılmak için şirketlerin faaliyet alanlarına ve hizmetlerine göre sınıflandırmak bu bakımdan oldukça önem arz etmektedir. ÖAŞ'leri inceleyen çalışmalarda sınıflandırmalar faaliyetler ve hizmetler esas alınarak yapılmıştır. Buna göre; "askeri danışmanlık ve eğitim, askeri teçhizat ve donanım temini, istihbarat, muharebe ve harekât desteği, lojistik, güvenlik ve suç önleme" olmak üzere ÖAŞ'ler altı kategoriye ayrılmıştır.³⁵ Singer ise yapmış olduğu çalışmada bu başlıkları daraltarak "mızrağın ucu tipolojisi" mantığıyla ÖAŞ'leri üç kategoriye ayırmıştır.³⁶ Bu mantığa göre; birliklere, önden arkaya başka bir anlatımla tehlikenin yakınlığından uzaklığına doğru isimlendirme verilir ve birlikler buna göre eğitim alırlar. Örneğin ön cephede bir tank kullanımında görev yapan bir asker ile stratejik planlama biriminde görev alan başka bir asker tamamen farklı eğitim tecrübelerine ve kariyer beklentilerine sahiptir.

A. ASKERİ HİZMET TEDARİKÇİSİ ŞİRKETLER

ÖAŞ denilince ilk akla gelen grup askeri hizmet tedarikçisi şirketlerdir. Temel amacı cephede savaşmak olan bu şirketler, faaliyetlerini doğrudan

³² Singer (2009), s.11

³³ Sait Yılmaz, "21'inci Yüzyılda Güvenlik Alanının Yeni Sivil Aktörleri: Özel Askeri Şirketler Ve Kontratçı Firmalar", **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, C: 1, S: 1, Y: 2007, s. 44

³⁴ Özel Askeri Şirketler, DCAF Backgrounder serisi,s.1, (Çevrimiçi) <https://www.yumpu.com/tr/document/read/19048600/dcaf-backgrounder-ozel-askeri-sirketler-oas-oasler-nedir->, E.T. 20.12.2020

³⁵ UK Foreign and Commonwealth Office, Private Military Companies: Options for Regulation, HC 577, 12 February (London: HMSO, 2002), s. 10, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228598/0577.pdf, E.T. 17.08.2021

³⁶ Singer (2009), s. 156



cephede muharip unsurlarla birlikte veya onlar adına hareket ederek gerçekleştirmektedirler. Temel yetenekleri göz önüne alındığında “Savaş Müteahhidi” olarak da anılan bu tür şirketlerin görevleri arasında konvoy korunması, pusulara karşı koyma, devlet büyüklerinin korunması, stratejik yerlerin korunması ve kurtarılması gibi kritik işler yer almaktadır.³⁷ Bu gruptaki şirketlere genellikle Ortadoğu veya Afrika benzeri zayıf silahlı güçlerin olduğu coğrafyalarda rastlanmaktadır. Şirketlerin başarılarının arkasındaki en büyük sebep kendilerinin güçlü olmaları değil, cephede çarpıştıkları rakiplerin ordularının yetersiz, az sayıda ve tecrübesiz olmalarıdır.³⁸

Bu alanda hizmet sağlayan şirketlerin en büyük handikapları ise görev sahalarının doğrudan savaş alanları olması dolayısıyla ciddi tehlike altında olmaları ve can kayıplarının fazla olmasıdır. Çatışmalar içerisindeki kayıpların yanı sıra intihar bombacılarının eylemleri ve iyi saklanmış patlayıcıların bulunması askeri şirketlerin buralarda faaliyet gösterirken çok fazla kayıp vermelerine sebebiyet vermiştir.³⁹

B. ASKERİ DANIŞMANLIK ŞİRKETLERİ

Askeri danışmanlık şirketleri, askeri hizmet tedarikçisi şirketler gibi cephenin ön saflarında aktif mücadele etmekten ziyade arka planda müşterileriyle gereken bilgileri paylaşarak tecrübelerini aktararak faaliyetlerini göstermektedirler. Bu şirketlerin amacı, daha çok harekât öncesinde hazırlık çalışmalarına katkı sağlayacak eğitim, danışmanlık ve planlama gibi hizmetler vererek müşterilerinin ordularının yapılandırılmasına yardımcı olmaktır.⁴⁰ Faaliyet alanlarından da anlaşılacağı üzere askeri danışmanlık şirketleri doğrudan çatışma alanına girmezler. Şirketler yapılandırdıkları ordularla savaş ortamını şekillendirmede etkili olsa da asıl mücadeleyi veren müşterilerin doğrudan kendileridir. Ancak bu şirketlerin verdiği destek oldukça kritik ve önemlidir. Çünkü günümüzde modern anlamda savaşta bilginin ve eğitimin kullanılması, çoğu zaman cephe önünde aktif savaştan daha değerlidir.

Singer’ a göre⁴¹, müşterilerin askeri danışmanlık hizmeti veren şirketi tercih etme nedenleri şunlardır;

³⁷ Yalçınkaya, s. 261

³⁸ Peter W. Singer, “The Private Military Industry and Iraq: What Have We Learned and Where To Next?”, **Geneva Centre for the Democratic control of Armed forces (DCAF) Policy Paper**, Geneva, Y: 2004, s. 13

³⁹ Özel Askeri Şirketler 2001-2011 yılları arasında sadece Irak ve Afganistan Savaşlarında toplam 2300 kayıp vermiştir. Beyhan, s. 25

⁴⁰ David L. Snyder, “Civilian Military Contractors on Trial: The Case for Upholding the Amended Exceptional Jurisdiction Clause of the Uniform Code of Military Justice”, **Texas International Law Journal**, C: 44, S: 1, Y: 2008, s.71

⁴¹ Singer (2009), s. 161

- Müşterilerin sahip oldukları birlikleri modernize etme, eğitim ve disiplin noktasında üst seviyelere çıkartmak istemesi
- ÖAŞ'lerin bünyesinde askeri muharebe konusunda oldukça bilgili ve tecrübeli personel barındırması
- Müşterinin asıl isteğinin askeri analiz sonucu uzman bakışından faydalanmak olması ve ÖAŞ'lerin bunu başarıyla sağlayabilmeleri

ÖAŞ'lerin danışmanlık hizmeti verebilmeleri için bünyesinde savaş tecrübesi bulunan askeri personel barındırmaları zaruridir. İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren büyük muharebeler vukuu bulmadığından savaş alanında tecrübesi olan komutanlar bulunması da pek olası değildir. Bu nedenle NATO'da görev almış veya buralara büyük destek sağlayan ülkelerin emekli asker ve üst rütbeye sahip komutanları, askeri danışmanlık şirketleri tarafından istihdam edilmektedir.⁴² En bilinen askeri danışmanlık şirketi olan Military Professional Resources Incorporated (MPRI) şirketinin personel sayısının %95'ini ABD ordusundan emekli askerler oluşturmaktadır. MPRI şirketinin uluslararası alandaki en büyük başarısı eski Yugoslavya'da gerçekleştirdiği faaliyetlerdir. Şirketin yetiştirdiği Hırvat güçleri, "fırtına operasyonu" ile Krayine bölgesini Sırpların elinden almıştır. Bu başarının ardından bölgedeki diğer ülkeler olan Bosna Hersek ve Makedonya ile Suudi Arabistan, Kuveyt, Kolombiya, Nijerya, Gine, Sri Lanka, MPRI'den danışmanlık hizmeti almışlardır.⁴³

C. ASKERİ DESTEK ŞİRKETLERİ

Özel askeri sektörün en eski temsilcilerinden olan askeri destek şirketleri, İkinci Dünya Savaşı'ndan beri faaliyet göstermekte ve müşterilerine lojistik destek sağlamaktadır. Bu destekler arasında yemek hizmeti, çamaşır, küçük inşaat gibi işlerin yanında istihbarat ve bilgi savaşı gibi ilginç hizmetler de yer almaktadır. Söz konusu hizmetler, önceleri geleneksel ordularda askerler tarafından yerine getirilmekteyken günümüzde artık bu işler için askeri destek şirketlerinden yararlanılmaktadır. Bu şirketler asker sevkiyatı yapılacak bölgeye öncesinden gidip birlikleri karşılamakta ve en son asker bölgeden çekilene kadar faaliyetlerini sürdürmektedir.⁴⁴

Bu şirketler çoğunlukla günlük sayılacak işleri yapmış olduklarından faaliyetleri doğrudan askeri mücadelenin içerisinde görülmez ve "paralı askerlik" kapsamında değerlendirilmez. Ancak askeri destek şirketleri de diğer

⁴² Tolga Öz, Turgut M. Çalışkanlar, "Paralı Askerlerden Özel Askerî Şirketlere Savunma Yönetimi Teknolojileri Uygulamaları", **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, C: 16, S: 34, Y: 2020, s. 322

⁴³ Singer (2009), s. 119-135

⁴⁴ Deborah Avant, "The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security Cambridge", **UK: Cambridge University Press**, Y: 2005, s.26



askeri şirketler gibi savaşlarda ya da operasyonlarda önemli destek sunar ve bu hizmetleri düşmanın saldırma tehlikesi altında yerine getirirler. Devletlerin savaş anındayken daha çok muharebe alanıyla ilgilenmek istemesinden ötürü ikincil faaliyet olarak görülen bu işlerle uğraşmak istememesi nedeniyle en çok tercih edilen ve en fazla gelir getiren askeri şirket sektörüdür.⁴⁵ Örneğin Kellogg Brown & Root (KBR) şirketine 2003-2005 yılları arasında Irak ve Afganistan savaşlarında lojistik ve alt yapı hizmeti için ABD tarafından yaklaşık 19,6 milyar dolar ödenmiştir.⁴⁶

Askeri sınıflandırmaya ait oldukça farklı kademelerde ve çeşitli alanlarda hizmet gösteren ÖAŞ'ler savaş öncesinde, sırasında ve sonrasında kısaca savaş veya çatışmaların her alanında özelleştiklerini söylemek mümkündür. Bu kapsamda Data on Armed Conflict and Security (DACS) isimli kuruluşun yaptığı çalışmada ÖAŞ'lerin savaş veya çatışma sahalarındaki tüm destek ve hizmetleri incelenerek özel askeri sektör pazarındaki tercih edilme oranları ortaya konulmuştur. Tablo incelendiğinde askeri destek şirketlerinin hizmet sahalarının diğer şirketlere kıyasla çok daha fazla tercih edildiği görülecektir;⁴⁷

VERİLEN HİZMET	DAĞILIM ORANI %
Askeri Unsur Desteği	2.7
Operasyonel Destek	16.6
Askeri Danışmanlık/Eğitim Desteği	17.4
Polis Danışmanlık/Eğitim Desteği	4.8
Lojistik Destek	18.2
İstihbarat Desteği	5.6
Mayın Arama/Tarama Desteği	8.9
İnsani Yardım Desteği	0.2
Silah İmha Etme Desteği	1.9
İnşaat Desteği	7.2
Güvenlik/Koruma Desteği	15.5
Hudut Güvenliği ve Önleme Desteği	1.0
Toplam	100.0

V. ÖZEL ASKERİ ŞİRKETLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

ÖAŞ'lerin müşteri portföyü oldukça geniştir. Başta meşru hükümetler olmak üzere güvenlik ihtiyacı olan hemen hemen her kurum veya kuruluş ÖAŞ'lerin

⁴⁵ Singer (2009), s. 163

⁴⁶ Singer (2004), s. 5

⁴⁷ Beyhan, s.28

müşterisi olabilmektedir. Öyle ki uluslararası kuruluşlardan şirketlere, insani yardım amacı olan sivil toplum örgütlerine ve hatta uyuşturucu kartelleri ve isyancılara kadar genişleyen müşteri yelpazesine sahiptirler.⁴⁸ ÖAŞ'lerin faaliyet alanlarını dünyanın her yerine genişletmeleri ve bu şirketlerin kar elde etmek amacıyla illegal yapılarla işbirliğine girişmesi bir dizi hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir. Özellikle kullandıkları yöntemler ve görev aldıkları yerlerde karışıklıkları insan hakları ihlalleri göz önüne alındığında bu alanda muhakkak hukuksal sınırların çizilmesi gerekmektedir.⁴⁹ Ancak bu problem ÖAŞ'lerin yalnızca askeri alanda hizmet sağlayan kesimi için geçerlidir. Zira sadece askeri danışmanlık ve askeri hizmet veren şirketlerin faaliyetleri doğrudan güç kullanmaya yönelik olmadığından böyle bir tehlike teşkil etmemektedir. Bu bakımdan ÖAŞ'ler hakkında yasal düzenleme yapılırken doğrudan savaş meydanlarında rol üstlenmeyen ÖAŞ ile bünyesinde asker barındıran ÖAŞ'ler bir tutulmamalıdır.

Devletlerin meşru silahlı kuvvetlerinin güç kullanırken uymak zorunda olduğu ulusal ve uluslararası hukuk kuralları bulunmaktadır. Devletler ordularını bu kurallara riayet etme noktasında eğiterek gerekli tedbirleri sağlamakla yükümlüdür.⁵⁰ ÖAŞ'ler marifetiyle devletlerin meşru haklarını kullanması halinde ise uyulması gereken kurallar gerek devletler gerekse ÖAŞ'ler açısından henüz tam olarak belirlenmiş değildir. Bu hukuki boşluktan ötürü ÖAŞ'lerin ve çalışanlarının hangi statüye sahip oldukları belirsizleşmekte ve yaptıkları eylemlerden dolayı sorumluluklarına gidilememektedir. ÖAŞ'ler de buldukları bu boşluktan faydalanarak oldukça rahat hareket etmektedir.

Irak'ta görev alan DynCorp isimli ÖAŞ'lerin çalışanları, küçük yaşta kız çocukları dâhil savaştan kaçan kadın ve kızların ırzına geçmek ve fuhuşa zorlamakla suçlanmalarına rağmen bu olayla ilgili herhangi bir yargılama yapılamamış yalnızca şirket tarafından olaya karışan çalışanlarının iş akitlerinin sonlandırıldığı duyurulmuştur. DynCorp şirketi yaşanan bu olaya rağmen hala ABD'de ihalelere katılabilmektedir.⁵¹

Dünya kamuoyunda 'Kanlı Pazar' olarak bilinen 16 Eylül 2007 tarihinde Bağdat Nisur Meydanı'nda yaşananlar ise ÖAŞ'ler tarihinin en büyük insan hakları ihlallerinden birisi olarak hafızalarda yerini almıştır. ABD diplomatik konvoyunu koruyan Blackwater şirketi personelinin açtığı ateş sonucu 17 sivil hayatını kaybetmiştir. Olay sonrası FBI raporlarında ilk atışın Blackwater

⁴⁸ Singer (2009), s. 25

⁴⁹ Beyhan, s. 43

⁵⁰ Ömer Faruk Cantenar, "Özel Askeri Şirketler Ve Devletin Meşru Şiddet Tekeli Rolüne Etkileri", Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Ve Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.112

⁵¹ Ntvmsnbc, Irak: Savaş Nasıl Özelleştirildi, 9 Haziran 2004, <http://arsiv.ntv.com.tr/news/273399.asp?cp1=1>, E. T. 19.08.2021



tarafından geldiği ve açılan 17 adet ateşin en az 14'ünün gereksiz olduğu belirtilmiştir.⁵² Bu olaydan ötürü şirketin sorumluluğuna gidilememiş yalnızca olaya karıştığı öne sürülen çalışanların cezai sorumluluğuna gidilebilmiştir. Bu noktada bir başka tartışma konusu ise olaya karışan çalışanların yargılamalarının Irak yasalarına göre değil ABD yasalarınca yapılmasıdır. Nitekim yapılan yargılamalardan etkili bir sonuç çıkmamış aksine yıllar süren yargılamalar neticesinde ceza alan 4 personel⁵³ ABD başkanı Donald Trump 'ın görevinin bitimine aylar kala affa uğramıştır. Trump'ın bu kararı BM Paralı Askerlerin Kullanımına İlişkin Çalışma Grubu tarafından kınanmış ve uluslararası yükümlülüklerin ihlali anlamında değerlendirilmiştir.⁵⁴

2014 yılında ABD'de "Kooperatif Kongre Seçim Çalışması" (Cooperative Congressional Election Study) tarafından yapılan kamuoyu yoklamasında, askeri hizmetlerin devlet aracılığıyla özel şirketlere gördürülmesi hakkında ABD vatandaşlarının yaklaşımları sorgulanmıştır. Yapılan çalışmada ABD vatandaşlarına teknik terimler yerine daha gündelik ifadeler kullanılarak 2 adet soru yöneltilmiştir. Bu sorulardan birincisi, ÖAŞ'lerin askeri operasyonlarda kullanılmasının ne derecede uygun olduğudur. Sorulara verilen cevaplara göre, katılımcıların yaklaşık olarak yarısı bu durumun kesinlikle uygunsuz olduğunu ifade ederken yaklaşık %28'lik bir bölüm ise duruma olumlu yaklaşmıştır. Ayrıca %17'lik bir kısım ise konuya kararsız olarak yaklaşmıştır. İkinci Soruda ise ÖAŞ'lerin verdiği hizmetlerin faaliyet alanlarına göre (doğrudan çatışmada yer alma veya ikincil hizmetler olarak lojistik, alt yapı, eğitim vs.), ABD toplumu nezdinde ne derece uygun olduğu sorgulanmaktadır. Buna göre, çalışmaya katılanların hemen hepsi savaş dışı veya ikincil hizmetlerin ÖAŞ'ler eliyle gördürülmesinde bir sorun görmemektedir. Ancak yüksek veya düşük riskli diye adlandırılan çatışma alanlarında ÖAŞ'lere kamuoyu desteği çok büyük oranda azalmaktadır. Çalışmaya katılanların %65'i sivillerin risk altında olmadığı düşük riskli çatışma alanlarında ÖAŞ'lerin bulunmasını uygun görürken, bu oran sivillerin yüksek riskte olduğu çatışma alanlarında %38'e düşmektedir.⁵⁵ ÖAŞ'lerin insan haklarına riayeti konusundaki kötü sicilinden ötürü güç kullanması vatandaşlar nezdinde de kabul görmemektedir.

Son yıllarda siyasi istikrarsızlıkların baş gösterdiği Libya'da, Arap Baharı sonrasında Kaddafi'nin devrilmesiyle başlayan demokratikleşme süreci

⁵² Renée De Nevers, "Private Security Companies and the Laws of War", *Security Dialogue*, C. 40, S. 2, Y: 2011, s.170

⁵³ Matt Apuzzo, Blackwater Guards Found Guilty in 2007 Iraq Killings, New York Times, <https://www.nytimes.com/2014/10/23/us/blackwater-verdict.html>, E.T. 20.08.2021

⁵⁴ Habertürk, BM: Trump'ın Blackwater affı ABD'nin uluslararası yükümlülüklerinin ihlali, <https://www.haberturk.com/bm-trumpin-blackwater-affi-abd-nin-uluslararası-yukumluluklerinin-ihlali-2921521>, E.T. 20.08.2021

⁵⁵ Mark D. Ramirez, "Reed M. Wood, Public Attitudes toward Private Military Companies: Insights from Principal-agent Theory", *Journal of Conflict Resolution*, C. 63, S.12, Y: 2018, s.11-13

başarıyla sürdürülememiştir ve ülke yaklaşık 8 senedir iç savaş halindedir. Bu süreçte Libya'ya diğer devletler tarafından dışarıdan müdahale olduğu gibi ÖAŞ'ler de bu coğrafyada sık sık rol üstlenmişlerdir. Özellikle Rus menşeli ÖAŞ'ler ülkenin siyasi istikrarını tekrar sağlayabilmesi adına ciddi tehlike teşkil etmektedir. BM Çalışma Grubu Başkanı Aparac yaptığı açıklamada “Libya’da ateşkesin sağlanmasının üzerinden dokuz ay gibi bir zaman geçmiş olmasına rağmen ülke içerisinde ÖAŞ’lerin faaliyetlerine devam ettiğini ve bu durumun yapılması planlanan seçimlerin güvenilir, kapsayıcı ve demokratik olmasının önünde engel teşkil ettiğini” belirtmektedir.⁵⁶

Papua Yeni Gine’de ise hükümet, Bougainville Adasının bağımsızlığı adına mücadele veren devrimci güçlere karşı koyması için Sandline International isimli ÖAŞ ile anlaşmaya varmıştır. Ancak daha sonra başta silahlı kuvvetler olmak üzere halktan gelen tepkiler üzerine hükümet anlaşmanın askıya alındığını açıklamıştır. Bu gelişme üzerine Sandline International konuyu uluslararası hakem mahkemesine taşımış ve mahkeme şirketi haklı bularak uğradığı zararın tazmin edilmesi gerektiği neticesine ulaşmıştır. Burada önemli olan husus, mahkeme uluslararası hukuk çerçevesinde şirketin hukuki statüsü ile tarafı olduğu sözleşmenin geçerliliğini ve faaliyetlerini sorgulamayıp anlaşmanın uluslararası hukuka aykırı olmadığını açıkça ifade etmesidir.⁵⁷

Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, ÖAŞ’lerin hukuki alt yapısının eksik olması, bu şirketlerin sınırlarını belirsizleştirmekte ve hesap verilemez hale getirmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi için özel askeri sektörün temsilcileri, devletler ve uluslararası toplum tarafından henüz gereken seviyede olmasa da birtakım çalışmalar yapılmaktadır.

A. SEKTÖR İÇİ DÜZENLEMELER

Giderek faaliyetlerini ve çalışma alanlarını genişletip büyüten ÖAŞ’ler, elde ettikleri büyük başarılarını sürdürülebilir kılmak için hem kötü üne sahip “paralı askerlik” imajından kurtulmak hem de personelinin karıştığı insan hakları ihlallerinin şirketlere mal edilmesinin önüne geçmek istemektedirler. Bu kapsamda ÖAŞ yetkilileri pek çok kez uluslararası hukuka ve insan haklarına saygılı olduklarını, bu ihlallerin şirketlerine de zarar vereceğinin farkında olduklarını dile getirmişlerdir. Örneğin Executive Outcomes isimli ÖAŞ, ırk ve din temelli olan çatışmalar ile terör faaliyetlerinde hiçbir şekilde yer almayacaklarını taahhüt etmiştir.⁵⁸

⁵⁶ Anadolu Ajansı, BM uzmanlarından Libya’daki paralı askerlere ‘ülkeyi derhal terk edin’ çağrısı, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/bm-uzmanlarindan-libyadaki-parali-askerlere-ulkeyi-derhal-terk-edin-cagrisi/2319539>, E.T. 20.08.2021

⁵⁷ Ahmet Hamdi Topal, “Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.60, S.4, Y: 2011, s. 975-976

⁵⁸ Tangör, Yağcınkaya, s. 146



Merkezi Washington'da bulunan ve 12 özel güvenlik şirketinin bir araya gelerek oluşturduğu Uluslararası Barış Operasyonları Birliği (IPOA) tarafından kuruluş amacında sektörün barış ve istikrarın güvencesi olduğu sektör içinde ilk defa vurgulanmıştır. Bu amaçla birlik tarafından belirlenen davranış ilkelerinde; insan hakları, şeffaflık, silahların alınmasının kontrolü ve çalışanların hakları ile ilgili konularda belli standartlar oluşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca kuruluşa internet sitesinden ulaşarak ÖAŞ'ler hakkında şikâyet başvuruları yapılabilmektedir.⁵⁹

İngiltere'de bulunan ÖAŞ'ler ise 2006 yılında "İngiliz Özel Güvenlik Şirketleri Birliği" (British Association of Private Security Companies - BAPSC) adıyla kendi birliklerini kurmuşlardır. BAPSC, sektör için sıkı kuralların ve sınırlandırmaların getirilmesini ve kurallara uymayan az itibarlı şirketlerin (bunlara "kovboy" denilmektedir) kendilerinden ayrılarak ihalelerden muaf tutulmaları gerektiğini sert bir şekilde dile getirmiştir. Birliğe göre insan hakları ihlali yapan ÖAŞ'lerin bu davranışları sektörden çıkmanın en kolay yoludur. Birlikteki çoğu şirket yalnızca meşru hükümet ve uluslararası örgütlerle belirli kurallar çerçevesinde iş yapacaklarını açıklamışlardır.⁶⁰

Sektör içinde bulunan diğer şirketlerin birkaç girişimi⁶¹ daha bulunmasına rağmen şuna kadar yapılan çalışmalar henüz yeterli seviyelere gelememiştir. Buna rağmen sektör içindeki şirketlerin kendi kendilerini kontrol edebilme adına yaptıkları bu çalışmalar başlangıç için oldukça önemlidir.

B. ULUSAL DÜZENLEMELER

ÖAŞ'ler kuruldukları ülkenin mevzuatları gereğince tüzel kişiliği haiz kuruluşlardır. Bugüne kadar Güney Afrika Cumhuriyeti dışında askeri görev ve hizmetlerin özelleşmesini engellemek amacıyla hiçbir devlet bir düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla mevzuata uygun kurulan şirketlerin sırf askeri alanda faaliyet gösteriyor olması yasalarca meşru karşılandığı anlamına gelmektedir.⁶² Dünya genelinde birçok ülke ceza hukuku bağlamında paralı askerliği yasaklama yoluna gitse de ÖAŞ ismini doğrudan kullanarak çalışma yapan ülkeler yalnızca Güney Afrika Cumhuriyeti, ABD ve İngiltere'dir.

⁵⁹ Caroline Holmqvist, Private Security Companies The Case for Regulation, **Stockholm International Peace Research Institute Policy Paper No. 9**, 2005, s. 47

⁶⁰ Fabien Mathieu, "Nick Dearden, Corporate Mercenaries: The Threat of Private Military and Security Companies", **War On Want**, London, s. 18

⁶¹ Kızıl Haç'a ait Kızıl Haç Davranış Kuralları, İsviçre, Amerika ve İngiliz hükümetlerinin desteğiyle oluşturulan "Özel Güvenlik ve Askeri Firmalar İçin Global Davranış Kuralları (Global Code of Conduct for Private Security Companies and Private Military Companies)" adlı girişim ve Irak'ta bulunan özel askeri şirketler tarafından kurulan Irak Özel Güvenlik Şirketleri Birliği (Private Security Company Association of Iraq- PSCAI) sektör içi diğer girişimlerdir.

⁶² Topal, s. 967

Güney Afrika Cumhuriyeti yabancılarla yapılacak bütün sözleşmelerde hükümetten onay alınması şartı getirmiş ayrıca ülke içerisinde ÖAŞ'lerin faaliyet göstermelerine izin vermemiş ve kendi vatandaşlarının ÖAŞ'ler bünyesinde çalışmasını yasaklamıştır.⁶³ ABD'de yapılan düzenlemenin içeriği ise ÖAŞ'lere lisans verilmesiyle ilgilidir. ÖAŞ'lerin artan faaliyetleri üzerine 1968 yılında yürürlüğe giren Amerika Birleşik Devletleri Silahların İhracının Kontrolü Yasası'na ek yapılarak düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre dış ülkelere askeri mal ve hizmet sağlayacak ÖAŞ'lerin önce Dışişleri Bakanlığından lisans alması ve yapacakları faaliyetlerin 50 milyon doları aşması halinde kongreye onaylatması gerekmektedir.⁶⁴ Düzenlemenin en büyük problemi ise lisans verilmesinden sonraki süreçte ÖAŞ'leri denetleyecek organın bulunmasıdır.⁶⁵

İngiliz hükümeti ise konuyla ilgili yasal düzenleme yoluna gitmemiştir ancak özel askeri sektörün kapsamlı bir incelemesini yaptırmış ve sektörün düzenlenmesi ile ilgili çeşitli öneriler getirmiştir:⁶⁶

- Özel askeri faaliyetlerin dünyada yasaklanması
- Özel askeri faaliyetlerin lisansla gerçekleştirilebilmesi
- Sektörün kayıt altına alınması
- Sektörün temsilcilerinin düzenlemelerini kendilerinin yapmaları

TÜRKİYE'DE ÖZEL ASKERİ ŞİRKETLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

Türkiye'de henüz doğrudan ÖAŞ vasfında faaliyet gösteren bir kuruluş bulunmadığı gibi bu şirketlere özgü yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır. Güvenliğin özelleştirilmesi konusunda 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun yürürlüktedir. Ancak söz konusu kanunun güvenliğin özelleşmesine izin verdiği faaliyet alanları çalışma konumuzu oluşturan ÖAŞ'lerin faaliyetlerini kapsamamaktadır. Zira bu kanunun sınır alanları içerisinde özel güvenlik şirketlerinde ve kurum-kuruluşlar bünyesindeki özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen özel güvenlik görevlileriyle sunulan elemanlı özel güvenlik hizmetleri bulunmaktadır. Bu hizmetlerin yanında atış poligonu, güvenlik üzerine danışmanlık, güvenlik araç ve gereçlerinin imalatı, bakım ve onarımı, birliktelik gibi hizmetlerin sunulmasında da yasal olarak bir sakinca yoktur. Güvenlik şirketlerine kıyasla çok daha ağır silahlarla eğitim veren

⁶³ Fred Schreier, Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Companies*, Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper, Cenevre, 2005, s.107

⁶⁴ Eroğlu, s. 166

⁶⁵ Beyhan, s. 53

⁶⁶ *Private Military Companies: Options for Regulation*, London, 2002, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228598/0577.pdf, s. 17-27



ve savaşçı asker yetiştirip yeri geldiğinde bunları sahada kullanma eğilimi gösteren ÖAŞ'lerin 5188 sayılı Kanun'dan yararlanamayacağı ise aşîkârdır.

Dünyanın farklı noktalarında kurulup faaliyet gösteren birçok ÖAŞ mercek altına alındığında bunların özel güvenlik şirketi adı altında faaliyet gösterdiği görülecektir. Şirketlerin bu tercihlerinin başlıca sebepleri ise, basının daha az dikkatini çekmesi, meşruiyetlerinin sorgulanmasının önüne geçilmesi veya kendilerine yönelik yapılması muhtemel yasal düzenlemelerden çekinmeleridir.⁶⁷ Benzer tehlikenin Türkiye açısından da geçerli olacağı ise su götürmez bir gerçekliktir. ÖAŞ'ler ile özel güvenlik şirketlerinin sınırlarının giderek birbirine yaklaştığı da göz önüne alındığında ya 5188 sayılı Kanun'un ÖAŞ'leri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ya da ÖAŞ'lere özgü ayrı bir Kanun yapılması gerekmektedir.

Konuya ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin sınırları nispeten daha belirleyici özelliktedir. Buna göre TCK'nın "Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama" başlıklı 306. Maddesi, Türkiye'nin onayı bulunmadan ve Türkiye'yi savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde yabancı bir devlete karşı asker toplanması halini cezai yaptırıma bağlamıştır.⁶⁸ Ayrıca bu suçun kovuşturulması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Son olarak fiili savaş halinde ülkenin tamamı veya bir kısmını işgal eden yabancı devletlere karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri bu madde hükümlerince cezalandırılmayacaktır. Böylece kanun koyucu milli direniş hareketlerinin hukuka uygun olduğunu doğrudan kanun metninde vurgulamıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 320. Maddesi ise hükümetin izni olmaksızın bir yabancı veya yabancı devlet hizmetinde veya bunların lehinde çalışmak üzere ülke içinde bulunan vatandaşları asker yazan veya vatandaşları silahlandıran kimseyi cezai yaptırıma bağlamıştır. Başka bir ifade ile ancak hükümetin yetki vermesi halinde yabancı devlet hizmetinde asker alımı ve vatandaşların silahlandırılması mümkündür. ÖAŞ'lerin çeşitli alanlarda hizmetleri göz önüne alındığında söz konusu madde yürütülerek yalnızca askeri hizmet tedarikçisi şirketlere yaptırım uygulanması mümkündür. Nitekim askeri alanda danışmanlık ve hizmet faaliyetleri gösteren şirketlerin madde de bahsi geçtiği gibi asker yazma veya silahlandırma yapmak gibi bir amaçları yoktur. Bu bakımdan ikili bir değerlendirmeye gidilerek doğrudan savaş alanlarında boy göstermek üzere faaliyette bulunan ÖAŞ'lerin fiilleri hükümetten izin almaları kaydıyla hukuka uygun olacaktır. Hükümetten alınacak izin prosedürü

⁶⁷ Schreier, Caparini, s. 19

⁶⁸ TCK 306. maddesinin gerekçesine göre; 'Söz gelimi Güney Amerika'daki bir ülkede muharip sıfatını almış bulunan ihtilalcilere yardım maksadıyla yabancı devlete karşı asker toplanılması halinde, Türkiye bakımından savaş tehlikesi ortaya çıkmayacağından, suçun oluştuğundan söz edilmeyeceği gibi, toplanan asker sayısının çok az olması halinde de suç oluşmayacaktır.'

hakkında herhangi bir düzenlemenin olmayışı da yine eksiklik arz etmektedir. Ayrıca söz konusu madde vatandaşları askere yazma veya silahlandırma açısından düzenlenmiştir. Bu bakımdan bünyesinde yabancılar barındıran ÖAŞ'ler açısından söz konusu maddenin bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

C. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Özel askeri sektörün tek bir devlet veya ulusu ilgilendiren bir endüstri olmayıp birçok ülkede faaliyet göstermesi bu şirketlerin uluslararası hukukta düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler ilk olarak 1994 yılında adım atmış ve BM Paralı Askerlik Özel Raportörü Enrique Bernales Ballesteros'u rapor yazması için görevlendirmiştir. 2004 yılına kadar düzenli olarak bu şirketlerle ilgili bilgi veren raportöre göre, ÖAŞ'lerin muhtemel terörizm bağlantıları olabileceğinin yanı sıra insan hakları ihlallerine ve devletlerin egemenlik haklarını kullanmasının önüne geçme tehlikesini barındırdıklarını ve bu şirketlerin sayılarının giderek arttığını belirtmiştir. Bunun için acilen bir düzenleme yapılması ihtiyacı olduğunu vurgulamaktadır.⁶⁹

BM İnsan Hakları Komisyonu 2005 yılında paralı askerlerin insan hakları ihlalini ve halkların kendi kaderini tayin hakkını kullanılmasının önüne geçmesini engellemek amacıyla BM Paralı Askerlerin Kullanımı Çalışma Grubu'nu kurmuştur. Bu grup 1987 yılından beri var olan paralı askerlerin kullanımına ilişkin raportörün görevini üstlenmiş ve daha kapsamlı çalışmalar yapmayı hedeflemiştir. Çalışma grubu yılda iki kez büyük çaplı oturumlar yaparak paralı askerliğe dair sorunları farklı açılardan ele almaya çalışmaktadır. Grup 2020 yılında yapılan son oturumda ÖAŞ'lerin ve paralı askerlerin göç ve sınır yönetimindeki rolünü ve göçmen haklarının korunması üzerindeki etkisini ele almıştır.⁷⁰ Oturum neticesinde düzenlenen raporda ÖAŞ'lerin şeffaf olmadığı, gözetim ve hesap verilebilirlik hususlarında eksiklik olduğu, bu şirketlerin ihlal ve suiistimalleri neticesinde ciddi mağduriyetler yaşandığı vurgulanmaktadır.⁷¹

ÖAŞ'ler hakkında uluslararası alanda yapılan bir diğer önemli çalışma ise İsviçre Dışişleri Bakanlığı ve Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin önderliğinde başlatılan ve 17 ülkenin katılımıyla neticelendirilen 'Uluslararası Hukuki Gereklilikler ve İyi Uygulamalar' adlı Montrö Dokümanı'dır. Söz konusu belge ÖAŞ'leri ele alan ilk uluslararası dokümandır. İki bölümden oluşan Montrö Dokümanı birinci bölümde sözleşmecî devlet (ÖAŞ'ler ile sözleşme

⁶⁹ Thomas K. Adams, "Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century", **Small Wars & Insurgencies**, C. 13, S. 2, Y: 2002, s. 61

⁷⁰ United Nations Human Rights Office Of The High Commissioner, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/Callroleprivatemilitary.aspx>, E.T. 21.08.2021

⁷¹ Human Rights Council, Report on the role of private military and security companies in immigration and border management and the impact on the protection of the rights of all migrants, 2020, <https://undocs.org/en/A/HRC/45/9>, E.T 22.08.2021



imzalayan devlet), bölge devlet (ÖAŞ'lerin faaliyet gösterdiği devlet), uyruk devlet (ÖAŞ'lerin kurulduğu ve yönetiminin bulunduğu devlet) kavramlarını incelemeye almıştır. İkinci bölümde ise ÖAŞ'lerin faaliyetlerini şeffaf, gözetim ve denetime açık, uluslararası hukukun gereklerine uygun nasıl yerine getireceklerini ele almaktadır.⁷² Dokümanın, ÖAŞ'lere ilişkin oldukça kapsayıcı tavsiye ve önerilerde bulunmasına rağmen herhangi bir bağlayıcılığı yoktur.

Özel askeri sektöre ilişkin bu girişimler dışında yine yapılan bazı çalışmalar olsa da henüz bu çalışmalar uluslararası alan açısından yeterli düzeye ulaşmamıştır. Zira yukarıda da örneklerini verdiğimiz üzere dünyanın çeşitli coğrafyalarında ÖAŞ'lerin karıştıkları çok ciddi insan hakları ihlalleri olmakta ve bunlara yönelik gereken yaptırımların uygulanabilmesi mümkün olmamaktadır. Ulusal ve sektör içi düzenlemelerden uluslararası boyutta yapılacak bir çalışmanın etkilerinin çok daha fazla olacağı kuşkusuzdur. Çünkü devletler çoğu kez bu şirketlerle kritik ve maliyetli anlaşmalar yaptıklarından ve sınır ötesi operasyonlarında ciddi fayda sağladıklarından ötürü bu şirketlerin faaliyet alanlarını sınırlı tutmak konusunda isteksiz davranabilmektedirler. Esasen ÖAŞ'lerden faydalanan devletler de kısa vadede bu anlaşmalardan karlı çıksa da bu şirketlerin gelişim hızları da göz önüne alındığında, ilerleyen süreçte ÖAŞ'lerin önü alınamaz bir güce ulaşması halinde ulusal güçlere de kafa tutma tehlikesini barındırmaktadır.

Bu bağlamda BM kontrolünde oluşturulabilecek bağlayıcılığı olan bir sistemle, birlik tarafından onaylı şirketlerin hesap verilebilirliği ve oluşturulacak veri tabanı sistemiyle insan hakları ihlallerin denetlenmesi mümkün olabilir. Bir başka ifadeyle uluslararası geçerliliği olan ruhsata dayanarak faaliyetini gerçekleştirebilecek olan ÖAŞ'lerin ortak kurallar çerçevesinde sınırları belirlenmiş olacaktır. Bu düzenleme özellikle gelişmemiş veya gelişmekte olan ülkelerin egemenlik haklarını da olası tehlikelere karşı koruma altına alacaktır. ÖAŞ'lerin kontrol altına alınmasının yerine tamamen faaliyetlerinin yasaklanması da bir başka çözüm önerisi olarak görülebilir. Ancak bugün gelinen noktada dünya genelinde gerek sayısal olarak gerekse askeri ve silah gücü olarak oldukça güçlenen ÖAŞ'ler, yasaklanması halinde faaliyetlerini yer altına indirerek tamamen illegal yapılanmalara dönüşmesi ihtimali oldukça yüksektir.

SONUÇ

İnsanlığın tarihi kadar eskiye dayanan askerliğin para karşılığı gördürülmesi son yıllarda çok daha profesyonelleşerek ticari şirket boyutuna varmıştır. Çatışma sahalarında tarafların dışarıdan destek almaları, tarihin çeşitli dönemlerinde farklı sebeplerle azalıp artmaktayken son yüzyılda yaşanan iki

⁷² Montreux Document, A/63/467-S/2008/636, 2008, <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/montreux-document-eng.pdf>, E.T. 21.08.2021

dünya savaşı ve akabinde Soğuk Savaş dönemi, dünyadaki alışlagelmiş savaş algısını da değişime uğratmıştır. Artık büyük güçler bizzat çatışma sahalarında etkin yer almamakla beraber bu bölgelerden özellikle ÖAŞ'lerden faydalanmak suretiyle tamamen elini çekmemektedir. ÖAŞ'lerin oluşma başlangıcını Soğuk Savaş sonrası olarak ele aldığımızda gelinen noktada şirketlerin faaliyetleri oldukça yaygınlaşmış ve dünya üzerinde hemen her bölgede adlarından söz ettirmeyi başarmışlardır. 21. yüzyılın başından itibaren istikrarsız ülke sayısındaki artış da bu büyümede oldukça etkili bir paya sahiptir.

Fayda zarar dengesi gözetildiğinde hem devletler hem de askeri özel şirketler açısından oldukça karlı olan bu anlaşma, insan haklarının korunması ve devletlerin egemenlikleri bakımından ele alındığında ise büyük problem teşkil etmektedir. Özellikle savaş meydanlarında rol üstlenen ÖAŞ'lerin zarar verme potansiyeli de yüksek olduğundan bu şirketlerin hukuki statüleri büyük bir küresel soruna dönüşmeden önce biran evvel düzene kavuşturulmalıdır.

Devletlerin ana aktör olduğu uluslararası sistemde, ÖAŞ'lerin hesap verilebilirliği ve cezalandırması bugünkü düzenlemelerle ancak bireysel cezalandırma yöntemi ile olabilmektedir. 2002'de göreve başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi ile artık uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen savaş suçları yargılamaya konu edilebilmekte dolayısıyla da bireysel cezai sorumluluk doğabilmektedir. Ancak bu yöntem ile yalnızca suça karışan ÖAŞ personeli cezalandırılmakta, şirketin sorumluluğuna gidilememektedir. Yeni düzenlemelerle şirketlerin bu kolaycılığa kaçmasının önüne geçecek şekilde hesap verilebilirliği mümkün olan bir sistemin muhakkak kurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Apuzzo M, "Blackwater Guards Found Guilty in 2007 Iraq Killings", <https://www.nytimes.com/2014/10/23/us/blackwater-verdict.html> , E. T. 20.08.2021

Avant Deborah, "Private security companies", (New Political Economy, C. 1, S. 10, 2005, s. 123-126)

Avant Deborah, "The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security Cambridge" (UK: Cambridge University Press, 2005)

Beyhan Y, "Özel Askeri Şirket Faaliyetlerinin Küresel Etkileri ve Uluslararası Hukuktaki Yerlerinin İncelenmesi" , Mef Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020

Cantenar Ö F, "Özel Askeri Şirketler Ve Devletin Meşru Şiddet Tekeli Rolüne Etkileri" , Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Ve Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011



Chesterman S, Lehnardt C, "From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies" (Oxford University Press, 2007)

Dindar İ, İstihbarat Savaşçıları (1. Baskı, IQ Kültür ve Sanat Yayıncılık, Ankara, 2004)

Emir N, Özel Askeri Şirketler Uluslararası Hukuk Açısından Bir İnceleme (1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015)

Eroğlu E, Özel Askeri Şirketlerin Devlete Etkileri. Ankara: ", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Yönetim Bilimleri Anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015

Fabien M, Dearden N, Corporate Mercenaries: The Threat of Private Military and Security Companies, (War On Want, London, 2006)

Gürcan E, Irak Savaşının Bilinmeyen Aktörleri: Özel Askeri Şirketler, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015

Holmqvist C, Private Security Companies The Case for Regulation (Stockholm International Peace Research Institute Policy Paper No. 9, 2005)

Kinsey C, Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies (Routledge, London, 2006)

Koşu L O, Özel Askeri Sektör Ve Ortadoğu'daki Faaliyetleri, Marmara Üniversitesi Ortadoğu Ve İslam Ülkeleri Araştırmaları Enstitüsü Ortadoğu Ekonomi Politikası Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018

Krahmann E, States, Citizens and the Privatization of Security (UK: Cambridge University Press, Cambridge, 2010)

Machiavelli N, Askerlik Sanatı (Nazım Güvenç, Çev.), (1. Baskı, Anahtar Kitaplar, 2003)

Machiavelli N, Prens, (Kemal Atakay, Çev.), (9. Baskı, Can Yayınları, 2013)

Nevers R D, "Private Security Companies and the Laws of War" (Security Dialogue, C. 2, S. 40, 2011, s. 169-171)

Öz T, Çalışkanlar T M, "Paralı Askerlerden Özel Askeri Şirketlere Savunma Yönetimi Teknolojileri Uygulamaları", (Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 16, S. 34, 2020, s.321- 322)

Özleblebici, Zuhale, Osmanlı Askeri Tarihi (1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014)

Ramirez MD, Wood R M, "Public Attitudes toward Private Military Companies:

Insights from Principal-agent Theory" (Journal of Conflict Resolution, C. 12, S. 63, 2018, s.11-13)

Schreier F, Caparini M, "Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Companies" (Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper, 2005)

Singer P, The Private Military Industry And Iraq: What Have We Learned And Where To Next (Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (Dcaf), 2004)

Singer P, Kiralık Ordular Özel Askeri Şirketler, (İsmail Yaman, Gözde Aral, Çev.) (1. Baskı, Timaş Yayınları, 2009)

Snyder D, "Civilian Military Contractors on Trial: The Case for Upholding the Amended Exceptional Jurisdiction Clause of the Uniform Code of Military Justice", (Texas International Law Journal, C. 1, S. 44, 2008, s.71-73)

Thomas A, "Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century" (Small Wars & Insurgencies, C. 2, S. 13, 2002, s.71)

Topal A H, "Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 60, 2011, s. 975-979)

Yalçınkaya H, "Özel Askeri Sektörün Oluşumu ve Savaşların Özelleşmesi" (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 61, 2006)

Yılmaz S, "21'inci Yüzyılda Güvenlik Alanının Yeni Sivil Aktörleri: Özel Askeri Şirketler ve Kontratçı Firmalar" (Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 1, S. 1, 2007, s.44-47)

Zabcı F Ç, "Yeni Savaşların Gizli Yüzü Özel Askeri Şirketler" (Mülkiye Dergisi, C. 28, S. 243, 2004)

İnternet Kaynakları

Anadolu Ajansı: "BM uzmanlarından Libya'daki paralı askerlere 'ülkeyi derhal terk edin' çağrısı" <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/bm-uzmanlarindan-libyadaki-parali-askerlere-ulkeyi-derhal-terk-edin-cagrisi/2319539> , E. T. 20.08.2021

Carnegie Commission Conflict: Preventing Deadly Conflict: Final Report, 1997

DCAF Backgrounder Serisi: Özel Askeri Şirketler, <https://www.yumpu.com/tr/document/read/19048600/dcaf-backgrounder-ozel-askeri-sirketler-oas-oasler-nedir->, E. T. 20.12.2020



Habertürk: "BM: Trump'ın Blackwater affı ABD'nin uluslararası yükümlülüklerinin ihlali", <https://www.haberturk.com/bm-trumpin-blackwater-affi-abd-nin-uluslararasi-yukumluluklerinin-ihlali-2921521> , E. T. 20.08.2021

Human Rights Council : "Report on the role of private military and security companies in immigration and border management and the impact on the protection of the rights of all migrants", 2020, <https://undocs.org/en/A/HRC/45/9> , E. T. 22.08.2021

Hürriyet: "500 yıldır Papa'yı koruyan İsviçreli muhafızlar", <https://www.hurriyet.com.tr/seyahat/500-yildir-papayi-koruyan-isvicreli-muhafizlar-41105933> , E. T. 30.08.2021

Montreux Document, 2008, <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/montreux-document-eng.pdf> , E. T. 21.08.2021

United Nations: "Secretary-General Reflects On 'Intervention' In Thirty-Fifth Annual Ditchley Foundation Lecture", <https://www.un.org/press/en/1998/19980626.sgsm6613.html> , E. T. 26.08.2021

Private Military Companies: Options for Regulation, London, 2002, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228598/0577.pdf , E.T. 20.08.2021

Singer P, Outsourcing The War, https://www.salon.com/2004/04/16/outsourcing_war , E. T. 18.08.2021

Taha Z, Irak: Savaş Nasıl Özelleştirildi, 2004, <http://arsiv.ntv.com.tr/news/273399.asp?cp1=1> , 19.08.2021

UK Foreign and Commonwealth Office : "Private Military Companies: Options for Regulation", London: HMSO, 2002, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228598/0577.pdf , E. T. 08.03.2021

United Nations Human Rights Office Of The High Commissioner: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/Callroleprivatemilitary.aspx> , E. T. 21.08.2021

SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ DAVASI

Declaratory Judgment Action to Determine the Insurance Start Date

Bahar KILINÇ*

Özet

Sosyal güvenlik hakkı temel insan haklarından olup, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) ile güvence altına alınmıştır. Kişi, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinden vazgeçemez ve bunları devredemez. Vazgeçilmez haklar kapsamında olan sosyal güvenlik hakkı ile ilgili birçok dava türü bulunmaktadır.

Kurum sigortalının tahsis talep tarihinde yaş ve prim ödeme gün şartını sağlamasına rağmen sigortalılık süresinin eksik olduğunu tespit ederse bu talebini reddetmek zorundadır. Bu durumda ise sigortalılar hizmet tespiti davası yerine sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasını açmayı tercih etmektedir. Uygulamada sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine ilişkin çok sayıda dava açılmakla birlikte bu dava türü bir takım özellikleri ile hizmet tespiti davasından ayrılmaktadır. Çalışmamızda bu davaların özellikleri ve bağımlı (işçi) çalışanlar ile serbest çalışanların sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine ilişkin dava açmaları durumunda hukuki yararlarının olup olmadığını incelemiştir.

Anahtar Kelimeler: İşe giriş bildirgesi, sigortalılık başlangıç tarihi, bir (1) günlük tespit, sigortalılık süresi, hukuki yarar

Abstract

The right to social security is defined as one of the fundamental human rights and is secured under Act No. 2709-, the Constitution of the Republic of Turkey (the Constitution). Citizens' insurance rights and obligations shall be non-renounceable and non-transferable. There are many types of cases related to the right to social security, which is within the scope of inalienable rights.

In case the Institution determines that the insurance holder's insurance period is missing days, it has to reject such claim, despite the insurance holder meeting requirements concerning age and number of premium payment days on the date of claim allotment. Under the circumstances, the insurance holders prefer to file a declaratory judgment action to determine the insurance start date, instead of action for fixing of period of service. Although in practice, many declaratory judgment actions are filed to determine the insurance start date, this type of lawsuit differs from the action for fixing of period of service, with certain characteristics. Our study examined the characteristics of such cases and whether workers and freelancers have the legal interest when filing a declaratory judgment action to determine the insurance start date.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Hakim, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Üyesi, baharkilinc58@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0003-3287-7168>



Keywords: Employment report, insurance start date, one (1) day determination, insurance period, legal interest

GİRİŞ

Sosyal güvenlik hukuku kapsamında yapılan bildirimler kurucu değil bildirici nitelikte olsa da kişinin sigorta haklarından faydalanabilmesi ve yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının sigorta ilişkisinden haberdar olması gereklidir.

Sosyal güvenlik bilincinin tam olarak oluşmaması sebebiyle çalışanların büyük bir kısmı çalışma hayatı aktif olarak devam ederken sosyal güvenlik hakkını talep etmek yerine yaşlılık aylığı tahsis taleplerinin reddedilmesi halinde dava açma yoluna gitmektedir. Ayrıca 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı olanların kazanılmış haklarının korunması amacıyla mülga kanunların uygulanmasına devam edilmektedir. Kazanılmış hak, yürürlükte bulunan hukuka göre kişiler lehine oluşan haktır ve 5510 sayılı Kanun birçok geçici madde ile kazanılmış hakları korumaya çalışmıştır. Bu nedenle 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı olanların hangi sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında olduğunun belirlenmesi önemlidir. 01.10.2008 tarihinden önceki çalışmalar bakımından sigortalılık tespitine ilişkin uyuşmazlıklarda hizmet sözleşmesi kapsamında bir işverene bağlı çalışanlar için 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, bağımsız çalışanlar için başka bir ifadeyle serbest faaliyette bulunanlar için 1479 sayılı Esnaf Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun uygulanması gerekecektir.

Bu çalışmamızda 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı olanların, 506 sayılı Kanun kapsamında açtıkları sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasının özellikleri ana hatları ile incelenecek, yargılama aşamasında bu dava türünün hizmet tespiti davasından ayrıldığı noktalar üzerinde durulacak, Yargıtay'ın bu dava türünde en son oluşturduğu içtihatlarına yer verilerek, 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında davacının neden hukuki yararının bulunmadığı açıklanmaya çalışılacaktır.

I. 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU KAPSAMINDA SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ DAVASI

1. Genel Olarak

Sigortalılık başlangıç tarihi sigortalının uzun vadeli sigorta kolları kapsamına girmesini sağlayacak biçimde ilk kez çalışmaya başladığı tarihtir.¹

¹ Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç Matbaacılık 1977, s. 767. Mahmut Cuhruk, H. Servet Çolakoğlu, A. Avni Bükey, Sosyal Sigortalar, Ankara,

Kurum kayıtlarına geçen ilk işe giriş bildirgesinde sigortalının ilk işe başlama tarihi yazılı olup, işte bu tarih sigortalı açısından sigortalılık başlangıç tarihi demektir.² Sigortalının borçlanma imkânının olması durumunda, örneğin askerlik borçlanması veya yurt dışında geçen sürelerin borçlanması gibi durumlarda sigortalılık başlangıç tarihi borçlanılan süre kadar geriye götürülerek tespit edilecek ise de bu istisnai hallere çalışmamamızın kapsamı dışında kalması nedeniyle yer verilmeyecektir.³

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası, sigortalı işe giriş bildirgesi Kurum kayıtlarına girmiş olmasına rağmen sigortalının ilk kez çalışmaya başladığı güne ait hizmetin Kuruma bildirilmemesinden kaynaklanan ve aylık bağlama koşullarını doğrudan etkileyen bir dava türüdür. Sigortalının bu davayı açmaktaki amacı sigortalılık başlangıç tarihini ilk işe giriş bildirgesinin üzerinde yazılı olan çalışma tarihine götürmektir.

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası bir günlük hizmet tespiti davası olarak da adlandırılmakta ve bu nedenle özü itibariyle hizmet tespiti davasının bir türü olarak kabul edilmektedir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79'uncu maddesinin onuncu fıkrasında "*Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar; çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır.*" düzenlemesi hizmet tespiti davasının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Sosyal güvenlik haklarının tek çatı altında düzenlenmesi amacıyla 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmıştır. Milat niteliğinde olan 01.10.2008 tarihinden itibaren geçen çalışmalar için açılacak hizmet tespiti davalarının yasal dayanağı ise 5510 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesinin dokuzuncu fıkrasıdır. İlgili madde "*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar; çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde bahsi geçen çalışmalar işverence Kuruma bildirilmeyen veya Kurumca tespit edilemeyen kısa veya uzun olması fark etmeksizin belli bir döneme ilişkin çalışmalardır.

Olgaç Matbaacılık 1977, s. 1024. Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi 2020, s. 168-169.

² İhsan Çakmak, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C. 2, Ankara, Adalet Yayınevi 2001, s. 2496.

³ Çakmak, s. 2496.



Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında ise sadece ilk işe giriş bildirgesinin üzerinde yazılı olan çalışmaya başlama tarihi yani bir günlük çalışmanın başlangıç tarihi olarak tespiti talep edilmektedir.

Uzun vadeli sigorta kolları olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasında sigortalılık süresi aylık bağlanma aşamasında önemli iken kısa vadeli sigorta kolları olan iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortasında sigortalılık süresinin önemi bulunmamaktadır. Çünkü kısa vadeli sigorta kolları kapsamında Kurum tarafından bağlanacak gelir için sigortalılık süresi şartı aranmamaktadır. Örneğin sigortalının işe girdiği ilk gün iş kazası geçirmesi ve en az %10 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmesi durumunda, sigortalılık süresine bakılmaksızın kendisine, vefat etmesi durumunda ise kural olarak hak sahiplerine gelir bağlanacaktır.⁴

2. Yasal Dayanağı

5510 sayılı Kanun öncesinde “*sigortalılık süresi*” veya “*sigortalılık başlangıç tarihi*” kavramlarından 506 sayılı Kanun’da ve 2829 sayılı Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun’da bahsedilmiştir. 1479 sayılı Esnaf Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu’nda, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu’nda, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’nda ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu’nda bu ifadelere yer verilmemiştir.

Sigortalılık süresinin başlangıcına dair 506 sayılı Kanun’un 108’inci maddesinin birinci fıkrasında “*Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı Kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir.*” şeklinde tanımlayıcı kurala yer verilmiştir.

2829 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde de sigortalılık süresinin başlangıcı başlığı altında “*Kurumlardan herhangi birine ilk defa sigortalı olunan tarih, sigortalılık süresinin başlama tarihidir.*” hükmü bulunmaktadır.

Her ne kadar 1479, 2926, 2925 ve 5434 sayılı Kanunlarda sigortalılık süresinden bahsedilmemiş ise de sözü edilen Kanunlara tabi olarak geçen çalışmaların 2829 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesine göre 506 sayılı Kanun kapsamında geçen çalışmalarla birleştirilmesi durumunda anılan Kanunlara tabi olarak ilk defa çalışmaya başlanılan tarih sigortalılık süresinin başlangıcı olarak kabul edilecektir.⁵

⁴ Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınevi 2010, s. 944.

⁵ Aslanköylü, s. 946.

Ayrıca 506 sayılı Kanun'un 108'inci maddesinin birinci fıkrasının karşılığı olan 5510 sayılı Kanun'un 38'inci maddesinin birinci fıkrası da benzer düzenleme getirerek malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını, sigortalının sosyal güvenlik mevzuatı kapsamına ilk defa girdiği tarih yani ilk kez çalışmaya başladığı tarih olarak kabul etmiştir.⁶

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davalarında 01.10.2008 tarihinden önce tescili olan sigortalılar yönünden 506 sayılı Kanun'un 79 ile 108'inci, ilk defa 01.10.2008 tarihinden sonra sosyal güvenlik kapsamına giren sigortalılar için ise 5510 sayılı Kanun'un ise 38 ile 86'ncı maddeleri birlikte değerlendirilmez.⁷

3. Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Tespiti Davasında Yargılama Süreci

3.1. Tarafları

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında davacı, adına işe giriş bildirgesi verilen ve bir günlük dahi olsa çalışma iddiasında bulunan kişidir. Sigortalının vefat etmesi durumunda ise hak sahiplerinin dava açma hakkı

⁶ 5510 sayılı Kanun'un 38'inci maddesi: "Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanununa, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Malüliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanuna, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır. Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir. Aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından sigortalılık süresi; sigortalılığın başlangıç tarihi ile 48 inci maddeye göre yetkili makamdan emekliye sevk onayının alınarak görevi ile ilişiğinin kesildiği ayın son günü arasında geçen süredir. Vazife malüllüğü aylığı almakta iken, çalışmaya başlamaları nedeniyle haklarında uzun vadeli sigorta hükümleri uygulananlar için malullük, yaşlılık ve ölüm aylığı bağlanmasında veya toptan ödeme yapılmasında esas alınacak sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve prime esas kazancın hesaplanmasında, vazife malüllüğü aylığı bağlandığı tarihten önceki süreler dikkate alınmaz."

⁷ Yargıtay 10. HD., 2008/5021 E., 2009/9052 K., 25.05.2009, www.uyap.gov.tr., E.T.: 03.12.2020.



bulunmaktadır. Mevzuatta bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti ölüm aylığının bağlanması gibi geride kalanların doğrudan hak alanını etkileyeceğinden hak sahiplerinin sigortalının halefi olarak dava açma hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.⁸

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Kurum) olup hizmet tespiti davasından özellikle bu konuda farklılık göstermektedir.⁹

Hizmet tespiti davalarında Kurumun davalı olarak yer alıp almayacağı konusu mevzuatta ve uygulamada çeşitli aşamalardan geçmiştir. 25.10.2017 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmadan önce uygulanan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda 11.09.2014 tarihinde yapılan değişikliğe kadar hizmet tespiti davalarında davalı sıfatının Kurum ile çalışmanın geçtiği iddia edilen işverene ait olduğu ve Kurum ile işverenin arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmekteydi. Ancak 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 64'üncü maddesi ile 5521 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin üçüncü fıkrası olarak getirilen düzenleme ile hizmet tespiti davalarında Kurum ferî müdahil olarak kabul edilmiş ve aynı düzenleme 7036 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde tekrarlanmıştır. Bu durumda 11.09.2014 tarihinden sonra açılan hizmet tespiti davalarında Kurum davalı taraf olarak değil ferî müdahil olarak yer alacaktır.

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında ise yukarıda belirtilen Kanun değişikliği karşısında Kurumun davalı mı yoksa ferî müdahil olarak mı yer alması gerektiği konusunda Kanun'da hüküm bulunmaması tereddütlere neden olmuştur. Ancak Yargıtay sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında Kurumun davalı olarak yer alması gerektiğine dair uygulamasını sürdürmektedir.¹⁰ Yargıtay bir kararında “...Eldeki dava, kanun koyucunun gerçekleştirdiği düzenlemede öngörülen 506 sayılı Kanununun 79/10 maddesine dayalı hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık tespiti niteliğinde olmayıp, davalı işveren yanında ilk çalıştığı sigortalı tarihinin tespiti niteliğinde olduğundan ve bu tür uyuşmazlıklarda işverenin taraf olarak yer almasının zorunluluğu da bulunmadığı için, 5521 sayılı Kanununun 7/4 maddesi kapsamı dışında kalan dava yönünden anılan değişikliğin uygulama olanağı bulunmamakta ve Sosyal Güvenlik Kurumunun taraf sıfatı ferî müdahil değil davalı olmalıdır...” şeklindeki değerlendirme ve tespitlerle Kurumun bu davada davalı olarak yer alacağını kabul etmiştir.¹¹

⁸ Çenberci, s. 767.

⁹ Yargıtay 10. HD., 1997/9241 E., 1997/9147 K., 22.12.1997, (Yayınlanmamış karar).

¹⁰ Yargıtay 10. HD., 2006/6331 E., 2006/7613 K., 25.05.2006, Yargıtay 10. HD., 2020/3038 E., 2020/6571 K., 16.11.2020, www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.

¹¹ Yargıtay 10. HD., 2017/3905 E., 2017/6978 K., 18.10.2017, www.uyap.gov.tr., E.T.:

Burada tartışılması gereken bir diğer nokta, bu davada Kurumun yanında işe giriş bildirgesini veren işverenin davalı olarak yer alıp alamayacağı konusudur. Özü itibarıyla bu davalar hizmet tespiti davasına benzese de Yargıtay bu davaları bir bakıma Kurum işleminin iptali olarak kabul ettiği için sadece Kurumun davalı olarak gösterilmesini yeterli görmektedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın uygulaması tartışmaya açıktır. Bu dava türünü sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti veya bir (1) günlük hizmetin tespiti olarak nitelendirmemiz bu davanın hizmet tespiti davasının bir türü olduğunu gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle uyumsuzluğun hizmet tespiti davalarındaki usule göre çözümlenmesi uygun olacaktır. Aksi halde davanın sigortalı lehine sonuçlanması işverenin taraf haline getirilmemesi nedeniyle tespit edilecek bir günlük çalışma sonucunda tahakkuk ettirilen primlerin kimden ve nasıl tahsil edileceği sorunu ile karşılaşılacaktır. Bununla birlikte Yargıtay usul ekonomisi ilkesi ve hizmet tespiti davalarının sosyal güvenlik mahkemelerinde ağır iş yüküne neden olduğu gerçeğini göz önünde tutarak uygulamasını bu yönde geliştirmiştir. Bu uygulamanın temelinde yatan düşünce ise, sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davalarının uzun yıllar öncesine dair bir tespit istemini içermesi ve Kurumun zaten zamanaşımına uğrayan bir (1) günlük primi tahsil edemeyecek olması nedeniyle usul ekonomisi gereğince işvereni taraf haline getirerek yargılamayı uzatmaktan kaçınmaktır.

3.2. 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Kapsamında Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Tespiti Davasında Hukuki Yarar

Yaşlılık sigortasından yararlanmak isteyen sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için çalıştığı işten ayrılması,¹² Kuruma yazılı istekte bulunması, belli bir yaşa gelmiş olması, belirli bir sigortalılık süresine ulaşması ve istenilen prim ödeme gün sayısını tamamlaması gerekmektedir. Sigortalıya 506 sayılı Kanun'un 60'ncü maddesinde belirtilen şekilde şartları sağladıktan sonra yaşlılık aylığı bağlanacaktır. Ayrıca 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalının malullük, geride kalan hak sahiplerinin ise ölüm aylığına hak kazanması için yaş, prim gün sayısı ve sigortalılık süresi şartının talep tarihinde sağlanmış olması gerekmektedir.

Tahsis işlemlerinde dikkate alınacak sigortalılık süresi sigortalılık başlangıç tarihi ile sigortalının tahsis amacıyla Kurumdan istekte bulunduğu tarih aralığında geçen süredir.¹³ Sigortalının vefat etmesi durumunda ise sigortalılık

02.12.2020.

¹² 03.03.2021 T. ve 31412 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 14.01.2021 T. ve 2019/104 E., 2021/3 K. sayılı kararı ile 506 sayılı Kanun'un 62. maddesinin sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanması yönünden çalıştığı işten ayrılması kısmı iptal edilmiştir.

¹³ 16.05.2000 T. ve 24051 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yargıtay İBK, 18.02.2000 T. ve 1997/1 E., 2000/1 K.

süresi sigortalılık başlangıç tarihi ile sigortalının ölüm tarihi arasında geçen süredir.

Örneğin 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce 506 sayılı Kanun kapsamında yaş koşulu aranmaksızın kadın sigortalının 20, erkek sigortalının 25 yıl sigortalılık süresini doldurması ve en az 5000 gün prim ödemiş olması halinde yaşlılık aylığı şartlarını sağladığı kabul ediliyordu. Ancak bu kapsamda değerlendirilen bir sigortalı 25 yıl sigortalılık süresini sağlamadığı sürece 5000 gün prim gününü doldurmuş olsa dahi yaşlılık aylığına hak kazanamayacaktır.

Sigortalı, Kurum tarafından talebinin kabul edilmemesi üzerine sigortalılık başlangıç tarihinin tespitini mahkemeden dava yoluyla talep edebilecektir. Davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece tespit edilmesinde ise davacının hukuki yararı olduğu kuşkusuzdur. Zira sigortalılık başlangıç tarihi mahkeme kararıyla ilk işe giriş bildirgesinin üzerinde yazılı olan çalışma tarihine kadar geri götürülmüş olacaktır. Bu nedenle 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında davacının hukuki yararının olduğu kabul edilmekle birlikte, 1479 sayılı Kanun bakımından sigortalının böyle bir dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı kabul edilmektedir. Tekrardan kaçınmak amacıyla çalışmamızın ikinci bölümünde 1479 sayılı Kanun kapsamında açılan sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasına ve hukuki yarar kavramına ayrıntılı olarak değinileceği için bu bölümde yer verilmemiştir.

Kurumda sigortalılık tescili bulunan ve adına hizmet bildiriminde bulunulan sigortalılar ancak bildirilen hizmetlerinden önceki bir tarih için sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası açabilecektir.¹⁴ Örneğin davacının 01.01.1990-01.01.1991 tarihleri arasındaki çalışmaları nedeniyle adına işyerinden bu tarihler aralığında hizmet bildirildiğinde, Kurum tarafından davacının 01.01.1990-01.01.1991 tarihleri arasındaki çalışmaları için herhangi bir ihtilaf çıkarılmadığında ve çalışmasının 01.01.1991 tarihinde sonlanmasından itibaren başka bir işyerinde çalışmaya başlayıp, bu işyerinden de adına 01.01.1992 tarihinde işe giriş bildirgesi verildiğinde, artık davacının 01.01.1992 tarihi için sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Zaten adına hizmet bildiriminde bulunulan ilk tarih olan 01.01.1990 tarihi sigortalılık başlangıç tarihi olarak Kurum kayıtlarına geçmiştir.

Sigortalılar tahsis taleplerinin Kurum tarafından reddedilmesi üzerine hem sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti hem de yaşlılık aylığı bağlanması istemi ile dava açma hakkına sahiptir. Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti ile ilgili

¹⁴ Yargıtay 21.HD., 2018/2803 E., 2018/6497 K., 18.09.2018, Yargıtay 21. HD., 2018/4706 E., 2018/9064 K., 06.12.2018, www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.

birinci uyuşmazlık çözüldükten sonra ikinci uyuşmazlık olarak yaşlılık aylığı şartlarının oluşup oluşmadığının incelenmesi gerekmektedir.¹⁵

3.3. Kuruma Başvuru Şartı

11.09.2014 tarihinden önce 5510 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan davalarda dava açılmadan önce Kuruma müracaat edilmesini zorunlu kılan bir hükme mevzuatımızda yer verilmemişti. 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 64'üncü maddesi ile 5521 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin üçüncü fıkrası ile 5510 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan davalarda, dava açılmadan önce Kuruma başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Aynı düzenleme 5521 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 7036 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde tekrarlanmıştır. Ancak hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri istisna kapsamına alınmıştır. Hizmet tespiti davalarında Kuruma başvuru şartı aranmamaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında ise Kuruma başvuru şartının aranıp aranmayacağına ortaya konulması gerekmektedir. Kanun hizmet tespiti davasında yaptığı gibi sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında Kuruma başvuru şartının aranmayacağına dair ayrıca bir düzenleme yapmamıştır. Uygulamada bu davalarda Kuruma başvuru şartının aranıp aranmayacağı konusunda çelişkili kararlar verilmiştir.¹⁶ En son geline aşamada Yargıtay bu dava türünü bir (1) günlük hizmet tespiti davası olarak kabul etmekle birlikte aynı zamanda Kurum işleminin iptali olarak değerlendirdiği için Kuruma başvuru şartını aramaktadır.¹⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere özü itibariyle hizmet tespiti davasına benzediğini kabul ettiğimiz sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında da Kuruma başvuru şartı aranmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında Kuruma başvuru şartının aranması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmekle birlikte uygulamada başvuru şartının niteliği konusunda birçok farklı kararlar verilmiştir. Yargıtay (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesi Kuruma başvuru şartını kesin dava şartları arasında değerlendirerek, Kuruma başvurulmadan dava açılması durumunda, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddedilmesi gerektiği yönünde içtihat geliştirmiştir.¹⁸ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise Kuruma başvuru şartını

¹⁵ Yargıtay 21 .HD., 2019/368 E., 2019/7114 K., 21.11.2019, www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.

¹⁶ Yargıtay 10. HD., 2015/19628 E., 2015/18390 K., 02.11.2015, Yargıtay 10. HD., 2016/17915 E., 2016/13543 K., 08.11.2016 , www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.

¹⁷ Yargıtay 10. HD., 2016/17653 E., 2017/590 K., 06.02.2017, www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.

¹⁸ Yargıtay 21. HD., 2018/5213 E., 2019/1750 K., 07.03.2019, www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.



tamamlanabilir dava şartları arasında değerlendirerek içtihadını bu yönde oluşturmuştur.¹⁹ Nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.09.2020 tarihli ve 2017/10-2695 E., 2020/587 K. sayılı kararında Kuruma başvuru şartının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında tamamlanabilir dava şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği, kesin dava şartı olarak kabulünün hatalı olduğu belirtilmiştir. Geline bu noktada hukuk güvenliğinin sağlanması açısından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının yol gösterici olacağı açıktır.

Bu kapsamda sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine ilişkin bir davanın Kuruma başvuru yapılmadan açılması durumunda davanın kesin dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmesi hatalı olacaktır. Mahkemece yapılması gereken davacı tarafa 6100 sayılı Kanun'un 115'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 7036 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesindeki düzenleme gereği dava konusu olan işe giriş bildirgesi üzerinde yazılı olan ilk işe giriş tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulü bakımından Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat etmesi için süre verilmelidir. Verilen süre içerisinde dava şartı eksikliğinin tamamlanmaması halinde, dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmeli, Kuruma başvuru şartının yerine getirilmesi durumunda ise davanın esası incelenmelidir.

3.4. İşe Giriş Bildirgesinin Bulunması Şartı

Sosyal sigorta yükümlülükleri kural olarak çalışma ilişkisi var olduğu sürece devam eder.²⁰ Sosyal güvenlik hukuku kapsamında işverenin işyerini ve sigortalılığı bildirim yükümlülüğü en önemli yükümlülüklerinden biridir.²¹ Sosyal güvenlik hakkının zorunlu bir hak olması nedeniyle Kuruma yapılan bildirimler kurucu değil bildirici özelliindedir.²² Bildirim işlemi yeni bir hukuki durum yaratmamakta sadece mevcut durumun tescilini sağlamaktadır.²³ Sigortalının fiili olarak çalışmaya başlaması ile zorunlu sigortalılık başlamış ise de bu durum işverenin sigortalılığı bildirmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.²⁴

506 sayılı Kanun'un 08.09.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4447 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki 9'uncu maddesinde işverenin işe alınma tarihinden itibaren en geç bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıları, Kurumca

¹⁹ Yargıtay 10. HD., 2016/14776 E., 2017/391 K., 23.01.2017, www.uyap.gov.tr., E.T.: 02.12.2020.

²⁰ Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul, Gür-Ay Matbaası 1982, s. 190.

²¹ A.Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi 2019, s. 256. Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi 2015, s. 281.

²² Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 148-150.

²³ Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi 2019, s. 55.

²⁴ Tuncay, Ekmekçi, s. 261.

matbu şekilde hazırlanmış işe giriş bildirgesini vererek Kuruma bildirmek zorunda olduğu düzenlenmişti. İlgili maddede 4447 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra işe giriş bildirelerinin genel kural olarak sigortalının işe başlamasından önce verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile sigortalılık başlangıcı ile ilgili bildirim yükümlülüğü, Kuruma işe giriş bildirgesinin e-sigorta ile verilmesiyle yerine getirilmektedir.²⁵ Sigortalı işe giriş bildirgesi dışında, başka biçimlerde yapılan bildirimler geçerli sayılmayacaktır.²⁶ 5510 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin birinci fıkrasında 4/1(a) bendi kapsamında çalışanlar için sigortalı işe giriş bildirgesinin işe başlamadan önce Kuruma bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kural bu olmakla birlikte anılan maddede yapılan işlerin niteliğine bağlı olarak bazı istisnalara da yer verilmiştir. Buna göre inşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar en geç çalışmaya başlatıldığı gün, yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar işe alındıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde, Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalıştırılmaya başlanan sigortalılar, çalıştırılmaya başladıkları tarihten en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar, kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanlar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma bildirilebilmek zorundadır.

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında talep konusu, ilk işe giriş bildirgesinin Kurum kayıtlarına geçmiş olmasına rağmen hizmet bildirimiminin bulunmaması nedeniyle bildirgenin üzerindeki tarihin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi istemini içermesi nedeniyle bu davalarda Kurum kayıtlarına geçmiş bir işe giriş bildirgesinin varlığı şarttır. Eğer davacı adına düzenlenen işe giriş bildirgesi bulunmadığı halde böyle bir dava açarsa bu dava tamamen hizmet tespiti davası olarak kabul edilmeli ve bu kapsamda

²⁵ Arıcı, s. 281.

²⁶ 12.05.2010 T. ve 27579 sayılı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 11'inci madde: "(1) Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî ve teknik eğitime, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimine, staja veya bursiyer olarak göreve başladıkları tarihten itibaren sigortalı hak ve yükümlülükleri başlar. (2) İşverenler, Kanunun 4 üncü maddesi birinci fıkrasının; a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanları, çalışmaya başladıkları tarihten önce, b) (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar, göreve başladıkları veya okullarında eğitime başladıkları tarihten, kendi hesabına okumakta iken Milli Savunma Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı hesabına okumaya başlayanların, bu Kurumlar adına okumaya başladıkları tarihten itibaren on beş gün içinde, Kuruma e-sigorta yoluyla bildirmekle yükümlüdür..."



değerlendirilerek karar verilmelidir. Hizmet tespiti davalarında sigortalı kısa veya uzun fark etmeksizin belli bir döneme dair çalışmanın tespitini istemekte olup, işveren yanında geçen ve Kuruma bildirilmeyen bir günlük çalışmanın dahi tespiti istenebilecektir. Başka bir deyişle işe giriş bildirgesinin bulunmadığı bir günlük tespiti istendiği bu davalar hizmet tespiti davaları kapsamında değerlendirilerek çözümlenmelidir.

3.5. Hak Düşürücü Süre

Hem 506 sayılı Kanun'un 79'uncu maddesi hem 5510 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesi uyarınca hizmet tespiti davalarında dava açma süresi beş yıl olup, beş yıllık bu süre, hak düşürücü süredir. Sigortalılar olumlu tespit davası açarak çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde ispatlayabilirlerse, mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim gün sayıları hizmet cetvellerine eklenecektir.²⁷

Hak düşürücü süre, bildirimsiz kalan çalışmalar yönünden öngörülmüştür. Sigortalı çalışmaya ilişkin belgelerden birisinin dahi Kuruma verilmiş olması (işe giriş bildirgesi, kısmi hizmet bildirim, prim ödemesi) veya Kurumca, fiilen ya da kayden sigortalı çalışma olgusunun tespiti halinde hak düşürücü süreden söz edilmeyecektir.

Bu durumda sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında hak düşürücü süreden söz etmek mümkün değildir. Çünkü bu davanın açılabilmesi için yukarıda da vurgulandığı üzere Kurum kayıtlarına geçmiş işe giriş bildirgesinin varlığı şarttır. Zaten davacı söz konusu ilk işe giriş bildirgesindeki işe başlama tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulünü talep etmektedir. Kurum kayıtlarına geçmiş ilk işe giriş bildirgesinin varlığı nedeniyle bu davalar hak düşürücü süreye uğramadan açılacaktır.

Ne var ki, bu durumun bir istisnası bulunmaktadır. Davacı adına verilen işe giriş bildirgesinin Kuruma intikal tarihine dikkat edilmelidir.²⁸ Özellikle 506 sayılı Kanun'un uygulandığı döneme dair çok sık karşılaşılan durumlardan birisi işverenlerin geçmiş dönemlere dair belgeleri Kuruma sonradan vermesidir. Bu noktada belgelerin Kurum kayıtlarına geçtiği tarih yani "*varide tarihi*" belirleyici olmaktadır. Davacının talep ettiği işe giriş bildirgesinin üzerinde yazılı olan çalışma tarihi ile işe giriş bildirgesinin intikal ediliş tarihi (varide tarihi) arasında 506 sayılı Kanun'un 79'uncu maddesinin onuncu fıkrasında öngörülen beş yıllık süre geçirilmiş ise artık bu davalarda da hak düşürücü süre nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekecektir.

²⁷ Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 281. Arıcı, s. 481-482.

²⁸ Yargıtay 10.HD., 2008/13072 E., 2008/15047 K., 20.11.2008, www.uyap.gov.tr., E.T.: 04.12.2020.

3.6. İspat Yükümlülüğü

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası da hizmet tespiti davası gibi kamu düzenine ilişkindir. Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan bu hakka ilişkin davalarda “*resen araştırma*” ilkesi uygulanmaktadır. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardan olup, çalışma olgusunun sağlıklı bir biçimde ortaya konulması amacıyla gerekli inceleme ve araştırma yapılmalıdır.²⁹ Görünürdeki işlemler değil fiili durum tespit edilmelidir.

Sigortalı olma yükümlülüğü ve hakkı çalışma olgusuna bağlıdır.³⁰ Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabileceğinden bu davalarda işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile Kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalı, aynı dönemde işyerinde çalışanlar saptanmalı, sigortalının hangi işte hangi süre ile çalıştığı açıklanmalı, gerektiğinde komşu işyeri çalışanlarının da bilgilerine başvurularak gerçek çalışma olgusu şüpheden uzak bilgilere dayalı biçimde kanıtlanmalıdır.³¹

İşe giriş bildirgesinin Kurum kayıtlarına geçmiş olması davacının anılan işyerinde çalıştığını kanıtlamaya tek başına yeterli değildir. İşe giriş bildirgesinin Kuruma intikal tarihi, bildirgedeki kimlik bilgilerinin, yaptırılacak grafolojik inceleme sonucuna göre bildirgedeki imza ve varsa fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı, bildirge Kuruma teslim edildiğinde davacıya verilen sigorta sicil numarasının hangi yılın serilerinden olduğu ve bu numaranın sigortalının daha sonraki yıllarda gerçekleşen hizmetlerinde kullanılıp kullanılmadığı davanın ispatı yönünden önemli hususlardandır.³²

3.7. Hizmet Tespiti Davasına Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Tespiti Davası Olarak Devam Edilmesi

5510 sayılı Kanun’un geçici 7’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “*Bu Kanunun yürürlük tarihine kadar 17/07/1964 tarihli ve 506 sayılı, 02/09/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı, 08/06/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunlar ile 17/07/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanun’un Geçici 20’nci maddesine göre sandıklara tabi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiili hizmet*

²⁹ Yargıtay HGK., 2016/10-1909 E., 2020/194 K, 20.02.2020, www.uyap.gov.tr., E.T.: 11.12.2020.

³⁰ Sözer, s. 34.

³¹ Yargıtay HGK., 2015/10-534 E., 2019/265 K, 07.03.2019, www.uyap.gov.tr., E.T.: 11.12.2020.

³² Yargıtay HGK., 2011/10-307 E., 2011/366 K, 01.06.2011, www.uyap.gov.tr., E.T.: 11.12.2020.



süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun hükümlerine göre değerlendirilir.” düzenlemesinden dolayı hizmet tespiti davasında tespiti talep edilen hizmet dönemi esas alınarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. 01.10.2008 tarihinden önceki çalışmalar yönünden açılan hizmet tespiti davasının yasal dayanağı 506 sayılı Kanun’un 79’uncu maddesi; 01.10.2008 tarihinden sonraki çalışmalar için açılan hizmet tespiti davasının yasal dayanağını ise 5510 sayılı Kanun’un 86’ncı maddesidir.

506 sayılı Kanun’un 79’uncu maddesi ile 5510 sayılı 86’ncı maddesi birbirine benzer düzenlemeler içermektedir. Prim belgelerinin süresi içinde Kuruma verilmemesi ya da eksik verilmesi halinde sigortalılara sigortalı hizmetlerini mahkeme aracılığıyla açacakları davayla tespit ettirme hakkı tanınmıştır.³³ Ülkemizde kaçak işçi³⁴ çalıştırma olgusunun yaygın olması sebebiyle sosyal güvenlik davalarının büyük çoğunluğunu hizmet tespiti davaları oluşturmaktadır.³⁵ Her iki madde de özünde sigortalının işverence hizmetlerinin Kuruma bildirilmemesi ve Kurum tarafından da çalıştığı tespit edilememesi durumunda beş yıl içinde dava açarak çalıştığı süreyi tespit edilebileceğini düzenlemektedir. Hizmet tespiti davasında tespiti istenen dönemde kişinin sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı, yapılan işin Kanun kapsamına girip girmediği ve gerçek çalışma olgusu araştırılmaktadır.

Uygulamada hizmet tespiti davası olarak açılan davanın ancak sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası olarak devam edilip sonuçlandırıldığına sıkça rastlanmaktadır. Öncelikle yukarıda da vurguladığımız üzere zaten sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası özünde bir günlük çalışmanın tespiti niteliğinde olduğundan hizmet tespiti davasının bir türüdür. Bu nedenle sigortalının hizmet tespiti davası olarak açtığı davayı sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası olarak devam ettirme hakkı bulunmaktadır. Örneğin sigortalı 01.01.2000 ile 01.01.2005 tarihleri arasında davalı işyerinde çalıştığını iddia ederek bir hizmet tespiti davası açtıktan sonra yargılama sırasında dava konusu talebini 01.01.2000 tarihinin sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti olarak değiştirebilecektir. Bu noktada tartışılması gereken nokta ıslah yapılmasının gerekip gerekmediğidir.

Islah 6100 sayılı Kanun’un 176 ile 182’nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kavram olarak ıslah taraflardan birinin yapmış olduğu usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir.³⁶ Islahın konusu

³³ Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 282-283.

³⁴ Kurum verilerine göre yıl bazında kayıt dışı istihdam oranı:2017 yılı %33,97; 2018 yılı %33,42; 2019 yılı %34,52, http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/calisan/kayitdisi_istihdam/kayitdisi_istihdam_oranlari, E.T.: 12.12.2020.

³⁵ Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 280.

³⁶ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: IV, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık 2001, s. 3965.

tarafının yapmış oldukları usul işlemleri olduğu için, ıslahla düzeltilecek usul işlemlerinin neler olduğunun belirtilmesi gerekir. Gerek öğreti, gerekse Yargıtay uygulaması davanın değiştirebileceğini ve genişletilebileceğini aynı şekilde savunmanın genişletilebileceğini ilke olarak kabul etmektedir ayrıca müddeabihin artırılıp artırılmayacağı hususu da bir usul işlemi olup, ıslahın kapsamına girmektedir.³⁷ Sigortalı hizmet tespiti olarak açtığı davayı yargılama aşamasında ıslah müessesesinden yararlanarak sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti olarak her zaman düzeltebilir. Bu aşamada davacı asilin veya vekilinin açık beyanının ve imzasının alınması yeterli olacaktır.

4. Çıraklıkta Geçen Sürenin Sigortalılık Başlangıç Tarihi Olarak Dikkate Alınmaması

4.1. Çırakların tabi olduğu sigorta kolları

Sosyal sigorta türleri mevzuatımızda uzun ve kısa vadeli sigorta kolları olarak kabul edilmektedir. Uzun vadeli sigorta kolları maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigorta kolları iken, kısa vadeli sigorta kolları iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigorta kollarıdır. Ayrıca vazife malullüğü de uzun vadeli sigorta kolları arasında değerlendirilmiştir. Bu ayrıma dair bilgi vermemizin amacı, sigortalılık süresinin sadece uzun vadeli sigorta kolu için hukuki değer ifade etmesidir.

Çırakların sigortalılığı 506 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında çırakların sigortalı sayılacakları, haklarında 506 sayılı Kanun'un uzun vadeli sigorta kolu olarak kabul edilen malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarının uygulanmayacağı, fakat iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigorta kollarının uygulanacağına yer verilmiştir. Çıraklara dair ilk özel düzenleme 20.06.1977 tarihli ve 2089 sayılı Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanunu'dur. Bu Kanun'un 13'üncü maddesinin dördüncü fıkrası "Çıraklar hakkında, çıraklık süresince 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun iş kazalarıyla, meslek hastalıkları ve hastalık sigortaları hükümleri uygulanır." şeklindedir. Bu Kanun'da çırakların sigortalılığı 506 sayılı Kanun'a benzer şekilde tekrar düzenlenmiştir. 05.06.1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu ise 2089 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmış, 25'inci maddesinde çıraklar için iş kazaları, meslek hastalıkları ve hastalık sigortaları hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca 3308 sayılı Kanun'un kapsamına girmeyen işyerlerindeki çıraklar hakkında ise Borçlar Kanunu'nu uygulanacaktır.

Yukarıda belirtilen Kanunların ilgili maddeleri ile uyumlu olarak en son olarak 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında çıraklar hakkında iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigorta kollarının uygulanacağına yer verilmiştir. Yine bu başlık altında çıraklar için, bakmakla yükümlü olunun

³⁷ Kuru, C: IV, s. 4035.



kişiler arasına girmemeleri durumunda genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağını da hükme bağlanmıştır.

Çıracılık devresinde malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kolları söz konusu olmadığından ve bu sigorta kolları için prim alınmadığından, bu dönemin sigortalılık başlangıcında dikkate alınması mümkün değildir.³⁸ Bu durum çıracıların işçi sayılmamasından kaynaklanmaktadır. Çıracıların işçi sayılmamasının nedeni ise, hizmet sözleşmesi ile çıracılık sözleşmesinin farklı müesseseler olmasından kaynaklanmaktadır; hizmet sözleşmesinin unsurları iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık iken, çıracılık sözleşmesinin asıl unsuru meslek ve sanatın öğretilmesidir.³⁹

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında, tespit talebi çırak olarak geçen döneme ilişkin ise çıracılık döneminde sigortalılık süresinin başlaması mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.⁴⁰ Ancak bu kapsamda işveren tarafından gerçekte işçi olarak çalıştırdığı sigortalıyı Kuruma çırak olarak bildirme ihtimali de ayrıca incelenmelidir. Çünkü bazı işverenlerin uzun vadeli sigorta kolları kapsamındaki yükümlülüklerden kaçmak amacıyla çalışanlarını kısa vadeli sigorta kolları kapsamında Kuruma bildirdiği görülmektedir. İşçi olarak çalışan bir kişinin çırak kapsamında nitelendirilerek Kuruma bildirilmesi sigortalının gerçek niteliğini değiştirmeyecektir.

4.2. 18 yaş öncesinde geçen çalışmaları

Bir kişi 18 yaşından önce bir işyerinde çırak statüsünde çalışabileceği gibi, bu kişinin hizmet sözleşmesi kapsamında yani işçi statüsünde olma ihtimali de mümkündür. Bu ayırımın doğru yapılması önemlidir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi çıracılar işçi değildir ve sadece kısa vadeli sigorta kolları kapsamına alınmaktadır. Bu nedenle sigortalılık süresinin çırak olarak geçirilen dönem açısından hukuki değeri bulunmamaktadır. Oysa 18 yaşından önce de olsa işçi statüsünde bir işyerinde çalışanlar için sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı uzun vadeli sigorta kolları kapsamında değerlendirildiği için hukuki değer taşımaktadır.

Sigortalılık süresinin başlangıcı açısından yaş küçüklüğü önemli bir unsur olup, hizmet sözleşmesi kapsamında çalışanlar için yaş küçüklüğü sigortalı olmayı önleyici nitelikte olmamakla birlikte sigortalılığın başlangıcını etkileyecektir.⁴¹

³⁸ M. Fatih Uşan, Çıracılıkta Geçen Süre Sigortalılık Başlangıcının Tespitinde Dikkate Alınır mı?, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Sayı 3-4, 2002, s. 142.

³⁹ Sarper Süzek, İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi 2020, s. 136-137.

⁴⁰ Yargıtay 10. HD., 2008/12249 E., 2008/12674 K., 14.10.2008, www.uyap.gov.tr., E.T.: 15.12.2020.

⁴¹ Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 168.

506 sayılı Kanun'da olduğu gibi 5510 sayılı Kanun'da da sigortalılık kavramı yönünden yaş faktörü önemlidir. Bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri yasal düzenlemeler gereği 18 yaşından önce sigortalı olamayacaktır.⁴² Ancak hizmet sözleşmesi ile çalışanların 18 yaşından önce sigortalılık statüsüne girmesi mümkündür. Burada dikkat edilecek husus 18 yaşından önce hizmet sözleşmesine göre geçen çalışmaların olması durumunda bu çalışmalar prim gün sayısına dâhil edilse de, sigortalılık süresi yönünden 18 yaşın doldurulduğu tarihin esas alınacak olmasıdır. 506 sayılı Kanun'un 60/G maddesi açık bir şekilde bu konuyu düzenlemektedir. İlgili maddeye göre 18 yaşından önce bu Kanuna göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına tabi olarak çalışılan süreler sigortalılık süresinden sayılmaz ve sigortalılık sürelerinin 18 yaşında başladığı kabul edilir.⁴³ Sigortalının 18 yaşından önce çalışması var ise sigorta başlangıç tarihi 18 yaşını doldurduğu tarihten itibaren başlayacak, 18 yaşından önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ise prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilecektir. Bunun yanında 506 sayılı Kanun'un geçici 54'üncü maddesinde ise *"01/04/1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında 60 ıncı maddenin (G) fıkrası hükmü uygulanmaz"* denilerek 01.04.1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar 18 yaş sınırından istisna tutulmuştur.

5510 sayılı Kanun'un 38'inci maddesinin ikinci fıkrasında da 18 yaş öncesi çalışmalar ile ilgili olarak benzer düzenlemeye yer verilmiştir. Doktrinde 18 yaş öncesinde hizmet sözleşmesi kapsamında geçen çalışmaların 18 yaşın doldurulduğu tarih itibarıyla sigortalılık süresine eklenmesi hususu eleştirilmektedir. Kanun'un buradaki amacının sadece erken yaşta emekli olmayı engellenmek olduğu, ölüm ve malullük aylığı yönünden 18 yaş öncesi geçen çalışmaların sigortalılık süresine eklenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴⁴ Kanaatimizce 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar yönünden erken emeklilik sisteminin uygulanmasının mümkün olmaması hatta emeklilik şartlarının birçok bakımdan zorlaştırılması yönünden hem yaşlılık hem de malullük ve ölüm sigorta kollarında 18 yaş öncesinde geçen çalışmaların dikkate alınması gerekmektedir. Ne var ki sosyal güvenlik mevzuatının birçok düzenlenmesinin olduğu gibi 506 sayılı Kanun'un 108'inci, 5510 sayılı Kanun'un 38'inci maddeleri de emredici hükümlerdir.

⁴² 5434 sayılı Kanun'un 12. maddesi: *"Bu kanunla tanınan haklardan aşağıda (I) işaretli fıkra yazılı yerlerde çalışanlardan, Türk uyruğunda olmak ve 18 yaşını bitirmiş bulunmak şartıyla, (II) işaretli fıkra gösterilenler faydalanırlar..."*, 1479 sayılı Kanun'un 24. maddesi: *"...a) 18 yaşını doldurmamış olanlar... Hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz."*

⁴³ Fatma Başterzi, Yaşlılık Sigortası, Ankara, Yorum Basım Yayın 2006, s. 133.

⁴⁴ Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 169., Sözer, s. 56.



Sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine dair bir davada davacının talep ettiği başlangıç tarihi 18 yaşından önceki bir tarih ise 506 sayılı Kanun'un 60'ıncı maddesinin G bendi uygulama alanı bulacaktır. Şöyle ki; davacının ilk işe giriş bildirgesinin üzerinde yazan tarih fiili işe başlama tarihi olsa da, 18 yaşının doldurulmamış olması durumunda bu tarihin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulü mümkün değildir. Sigortalının 18 yaşını doldurulduğu tarih esas alınarak sigortalılık başlangıç tarihine dair karar verilmesi gerekmektedir.⁴⁵

II. 1479 SAYILI ESNAF VE SANATKÂRLAR KANUNU KAPSAMINDA SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ DAVASI

1. Genel Olarak

1479 sayılı Kanun, kanunla ve kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve bir işverene hizmet sözleşmesi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar yani serbest faaliyetlerde bulunanları kapsamına almıştır.⁴⁶

1479 sayılı Kanun bağımsız çalışanları kapsamına alırken bu kişilerin sigortalılık başlangıçlarını da farklı kıstaslarla belirlemiştir; gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıklarını mükellefiyetinin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıklarını esnaf ve sanatkârlar sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kaydedildikleri tarihten, limited şirketlerin ortakları ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları için ortaklıklarının başladığı tarihten, anonim şirketlerin kurucu ortakları, kurucu ortak oldukları tarihten, yönetim kurulu üyeleri için yönetim kuruluna seçildikleri tarihten, 10.09.1977 tarihinde muhtar olanlar için bu tarihten, daha sonra seçilenler için seçildikleri tarihten itibaren başlayacaktır.⁴⁷

1479 sayılı Kanun'da geçmiş hizmetlerin tespitine dair 506 sayılı Kanun'un 79'uncu maddesinde olduğu gibi hizmet tespiti davası açılabileceğine dair hüküm bulunmamaktadır.⁴⁸ Ancak bazı istisnai durumlarda Bağ-Kur sigortalılığının tescili ve sigortalılık süresinin belirlenmesi istenebilecektir. Eski hizmetlerin tespiti için açılacak davalarda davacı bağımsız çalışan sigortalı, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığıdır.⁴⁹ 12.05.2006 tarihli

⁴⁵ Yargıtay HGK, 2015/10-3338 E., 2019/504 K, 30.04.2019, www.uyap.gov.tr., E.T.: 15.12.2020.

⁴⁶ Levent Akın, Bağ-Kur Sigortalılığında Esnaf ve Sanatkar Odalarına Tescilinin Etkisi ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısında Durum, AÜHFĐ, C. 54, S. 2, 2005, s. 2.

⁴⁷ Levent Akın, Bağ-Kur Sigorta Yardımları, İstanbul, Alfa Yayınları 1996, s. 14-15.

⁴⁸ Mesut Balcı, Bağ-Kur Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara, Yetkin Yayınevi 2012, s. 92.

⁴⁹ Akın, Bağ-Kur, s. 86.

ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile Emekli Sandığı Kurumu, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur Kurumu tek çatı altında birleştirilmiştir. Bu nedenle Kanunun yürürlük tarihinden sonra açılacak bütün davalarda davalı Bağ-Kur değil Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı olacaktır.

Uygulamada 1479 sayılı Kanun kapsamında, vergi, sicil veya oda kayıtları bulunmasına rağmen Kurum tarafından bu tarihler itibariyle tescil edilmeyen çalışanların açtığı vergi, sicil ve oda kayıt tarihlerinin sigortalılık tespiti istemine ilişkin çok sayıda dava bulunmaktadır. Bu davaların özellikleri ve davacıların taleplerinin değerlendirilmesi hususu ayrı bir çalışma konusu olabilecek kapsamdadır. Bu bölümde anlatmak istediğimiz dava türü 1479 sayılı Kanun kapsamında talep edilen belli bir tarih aralığı için sigortalılık süresinin tespiti davasını kapsamamaktadır. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere 2829 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre 506 sayılı Kanun kapsamında geçen çalışmalarla hizmet birleşmesi durumunda 1479 sayılı Kanun'a tabi olarak ilk defa çalışmaya başlanılan tarih sigortalılık süresinin başlangıcı olarak kabul edilecektir. Sigortalı ilk kez 1479 sayılı Kanun kapsamında sosyal güvenlik kapsamına girmiş ise de 506 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya hayatına devam etmiş olabilir. Netice olarak sigortalı 2829 sayılı Kanun gereğince hizmetlerinin birleştirmesini isteyebilecek ve aylık bağlanma şartları 506 sayılı Kanun kapsamında değerlendirileceği için çalışmamızın birinci bölümünde açıklamaya çalıştığımız bilgiler geçerli olacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası gibi 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası yani sadece vergi, sicil ve oda kayıt tarihlerinin ilk başladığı tarihin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulüne dair açılan davalar oluşturmaktadır.

Yargıtay davacının 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespitinde hukuki yararı bulunmadığını kabul etmektedir.⁵⁰ 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında davacının hukuki yararının bulunup bulunmadığının anlaşılabilmesi için aşağıda öncelikle bu Kanun kapsamında yaşlılık aylığı bağlanma şartları ve sonrasında hukuki yarar kavramı incelenecektir.

2. 1479 Sayılı Kanun Kapsamında Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin Gerekli Şartlar

1479 sayılı Kanun göre sigortalının yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için Kurumdan tahsis talebinde bulunması ve talepte bulunduğu tarihte prim ve her türlü borçlarını ödemiş olması zorunludur.⁵¹

⁵⁰ Yargıtay HGK, 2015/21-840 E., 2017/1042 K, 31.05.2017, www.uyap.gov.tr., E.T.: 15.12.2020.

⁵¹ Başterzi, s. 164.



1479 sayılı Kanun'da yaşlılık aylığından yararlanma koşulları başlığı altında 35'inci maddede düzenlenmiştir. 35'inci maddenin 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı Kanun ile yapılan değiştirilen son hali "*Yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalının; a) Yazılı talepte bulunması, talepte bulunduğu tarihte prim ve her türlü borçlarını ödemiş olması, b) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması, Şarttır.*

Kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını dolduran ve en az 15 tam yıl prim ödeyen sigortalılara da kısmi yaşlılık aylığı bağlanır." şeklindedir. Ayrıca 4447 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce sigortalı olanların haklarının korunması amacıyla kademeli geçiş sistemi benimsenmiş ve 25.02.2002 tarihli 4759 sayılı Kanun ile geçici 10'uncu madde tekrar düzenlenmiştir.

1479 sayılı Kanun'un hem 35'inci maddesi hem geçici 10'uncu maddesi incelendiğinde bu Kanun kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanma için aranan koşullar arasında prim gün sayısı ve yaş şartının olduğu, sigortalılık süresinin bulunmadığı görülmektedir. Başka bir deyişle 506 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanması için gerekli olan sigortalılık süresinin doldurulması şartı 1479 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanma şartları arasında bulunmamaktadır.

1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası sonucunda alınacak kararın yani tespit edilecek sigortalılık başlangıç tarihinin, sadece yaşlılık aylığı yönünden değil, malullük ve ölüm aylığı açısından da aylık bağlanma şartları arasında yer almadığından 506 sayılı Kanunda olduğunun aksine davacıya aylık bağlanmasında katkısı olmayacaktır.

3. 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu Kapsamında Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Tespiti Davasında Hukuki Yarar Kavramı

Davalar mahkemeden istenen hukuki korumanın türüne göre eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar olarak sınıflandırılmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır.⁵²

Tespit davasının esasına girilebilmesi için dava şartlarının dışında bulunması gereken iki şart daha vardır. Bunlar tespit davasına konu olacak hukuki ilişkinin somut olması ve davacının bu hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitinde hukuki yararının bulunmasıdır.⁵³

6100 sayılı Kanunu'nun 114'üncü maddesinde dava şartları arasında "*hukuki yarar*" açıkça düzenlenmiş olup hukuki yarar her davada bulunması gereken bir dava şartıdır. Davacının tespit davası açmakta hukuki yararı olduğunun kabul edilmesi üç şartın varlığına bağlıdır. Eğer davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş, bu tehdit nedeniyle davacının hukuki durumu davacıya zarar verebilecek duruma gelmiş ve cebri icraya izin

⁵² Kuru, C:II, s. 1409.

⁵³ Kuru, C:II, s. 1418.

vermeyen tespit hükmü ile söz konusu tehlike ortadan kaldırılacaksa davacının tespit davası açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴ Her davada olduğu gibi tespit davasında da bulunması gereken hukuki yararın “*hukuki ve meşru*”, “*doğrudan ve kişisel*”, “*doğmuş ve güncel*” olması gereklidir.⁵⁵

Bu noktada 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine dair davada hukuki yarar kavramını ayrıca incelememiz gereklidir. Yukarıda da belirttiğimiz şekilde davacının aldığı tespit hükmüyle söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırması durumunda hukuki yararının olduğu kabul edilmektedir.

1479 sayılı Kanun kapsamında aylık talebinde bulunan sigortalının öncelikle iki şartı sağlaması gereklidir. Bunlar prim gün sayısı ve yaş şartıdır. Prim gün sayısı ile sigortalılık süresi farklı kavramlardır. Sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine dair alınan bir tespit kararının davacıya bağlanacak yaşlılık aylığına bir etkisi bulunmamaktadır. Zira 506 sayılı Kanun’un 108’inci maddesi ile 5510 sayılı Kanun’un 38’inci maddesi (4/1-a maddesi yönünden) kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda sigortalılara bağlanacak yaşlılık aylığında sigortalılık süresinin sağlanması şartı aranmakta ise de 1479 sayılı Kanun kapsamında böyle bir şart aranmamaktadır.⁵⁶

Bu durumda 1479 sayılı Kanun’a tabi sigortalılar tarafından açılan sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davalarında davacının hukuki yararının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ancak davacının sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti talebinde hukuki yararı bulunmadığı kabul edilmekle birlikte, bu noktada tespit davasının hukuki yarar yokluğundan dolayı reddine mi karar mı verilmesi gerektiği yoksa resen araştırma ilkesi nedeniyle davacının talebinin 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık süresine ilişkin olup olmadığının belirlenmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışılmalıdır.

Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan bu hakka ilişkin davalarda resen araştırma ilkesi uygulandığını yukarı kısımda belirtmiştik. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu sosyal güvenlik hukukuna dair tespit davasında kendiliğinden araştırma ilkesinin doğal sonucu olarak hâkim davacının talebinin tam olarak hangi hususa ilişkin olduğunu açıklattırmalıdır. Yargıtay da birçok kararında bu davalarda hâkimin davayı aydınlatma ödevi nedeniyle davacıya talebini açıklattırması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁷ 6100 sayılı Kanun’un “*Hâkimin davayı aydınlatma ödevi*” başlıklı 31’inci maddesinde hâkimin taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği

⁵⁴ Kuru, C:II, s. 1424-1425.

⁵⁵ Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara, Yetkin Yayınevi 2009, s. 135.

⁵⁶ Yargıtay HGK, 2016/10-2339 E., 2020/226 K, 10.03.2020, www.uyap.gov.tr., E.T.: 20.12.2020.

⁵⁷ Yargıtay 10.HD., 2018/6171 E., 2018/11070 K, 25.12.2018, www.uyap.gov.tr., E.T.: 20.12.2020.



ve tarafların delil göstermelerini isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Kural olarak hâkimin davayı aydınlatma görevi taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda söz konusu olacaktır.⁵⁸ Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkimin taraflara açıklama yaptırması veya delil göstermelerini istemesi hâkimin davayı aydınlatma görevinden kaynaklanmayıp, resen araştırma ilkesinin bir sonucudur.⁵⁹

Kanaatimizce 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine ilişkin bir davanın açılması durumunda resen araştırma ilkesinin doğal sonucu olarak hakimin sigortalının talebinin belli bir döneme ait sigortalılık süresinin tespitine ilişkin olup olmadığını açıklattırarak talebin belli bir dönem sigortalılığın tespiti istemini içerdiğinin anlaşılması durumunda yargılamaya bu kapsamda devam edilmesi Anayasa ile güvence altına alınmış ve temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının sağlanması açısından da hukuka uygun olacaktır.

SONUÇ

İşverenin ya da çalışanların en önemli sorumlulukları arasında sigortalılığı bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal güvenlik hakkının zorunlu bir hak olduğu konusunda şüphe bulunmamakta ise de Kurumun sigortalıyı sosyal güvenlik hakkından yararlandırması için sigorta ilişkisinden haberdar olması gereklidir. 2019 yılı Kurum verilerine göre ülkemizde %34,52 oranında kaçak işçi çalıştırılmaktadır.

Sosyal güvenlik hukuku kapsamında birçok dava türü bulunmakla birlikte aslında bu davaların temelini toplum olarak henüz sosyal güvenlik hukukunun önemi konusunda yeterli olgunluğa ulaşamadığımızdan kaynaklandığını söyleyebiliriz. Çünkü sigortalılık tespitine ilişkin birçok davanın temeli önceye dayalı kaçak çalışma veya kaçak çalıştırma olgusuna dayalıdır.

5510 sayılı Kanun, Kurumun çalışma yani sigortalılık ilişkisinden zamanında haberdar olması amacıyla birçok düzenleme getirmiştir. Ağır idari para cezaları, kamu idarelerinin ve bankalarının sigortalılık ilişkisine dair bilgi sahibi olması durumunda resen bildirim yükümlülüğü bu düzenlemelerden sadece birkaçıdır. Ancak Kurum tarafından belirlenen kaçak çalıştırma olgusuna dair son yıllara ait veriler incelendiğinde bu düzenlemelerin sorunu tamamen çözemediği anlaşılmaktadır. Sosyal güvenlik hukuku bilincimiz oluşmadığı sürece bu tarz yasal düzenlemelerin etki alanı kısıtlı olacaktır.

Özellikle çalışma hayatının bitmesi ile birlikte sigortalılar Kurumdan malullük, yaşlılık, hak sahipleri ise ölüm aylığı talebinde bulunmaktadır.

⁵⁸ Simil, s.1353.

⁵⁹ Simil, s.1353.

Sigortalıların maluliyet ve yaşlılık, hak sahiplerinin ise ölüm aylığı gibi sosyal güvenlik haklarından yararlanabilmesi için belli bir sigortalılık süresinin bulunması gereklidir. Sigortalılık başlangıç tarihi, çalışma hayatının başladığı tarih demektir. Sigortalının özellikle bağımlı çalışanların (işçi) çalışma hayatına girdiği bu tarih sosyal güvenlik hakkı kapsamında belirleyici etkiye sahiptir.

Sigortalılık ilişkisinin zamanında ve doğru şekilde Kuruma bildirilmemesi neticesinde sigortalılık süresinin tespiti için açılan, sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti veya bir (1) günlük hizmet tespiti davası olarak adlandırılan çalışmamızın konusunu oluşturan bu dava türü bazı özellikleri ile sosyal güvenlik mahkemelerinin iş yükünün büyük kısmını oluşturan hizmet tespiti davalarından ayrılmaktadır. 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası özünde hizmet tespiti davası olarak kabul edilmesine rağmen işverenin taraf haline getirilmemesi, Kuruma başvuru şartının aranması gibi farklı özellikleri bulunmaktadır. Bu durum ise davanın (1) günlük hizmetin tespiti olarak nitelendirilmesi ile de çelişki oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu dava türünün sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davası olarak nitelendirilmesi ve kendine özgü kurullarla çözülmesi yerine tamamen hizmet tespiti davası çerçevesinde çözülmesi bu çelişkiyi ortadan kaldıracaktır. Çünkü bu davanın konusu tamamen hem 506 sayılı Kanun'un hem 5510 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde düzenlenen hizmet tespiti davası ile aynı özelliktedir.

Son olarak belirtmemiz gereken nokta ise, davacının, 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti davasında hukuki yararı bulunmamaktadır. Ancak sosyal güvenlik hakkının zorunlu olması yanında sosyal güvenlik mevzuatının karışık olması sebebiyle sigortalının yasal haklarının zayi olmaması amacıyla mahkemece talebinin sigortalılık süresine ilişkin olup olmadığının açıklattırılması gereklidir.

KAYNAKÇA

Akın L, Bağ-Kur Sigortalılığında Esnaf ve Sanatkar Odalarına Tescilinin Etkisi ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısında Durum, AÜHFD, C. 54, S. 2, 2005, s. 1-22.

Akın L, Bağ-Kur Sigorta Yardımları (Bağ-Kur), Alfa Yayınları, İstanbul 1996.

Arıcı K, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

Aslanköylü R, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

Balcı M, Bağ-Kur Mevzuatı ve Uygulaması, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

Başterzi F, Yaşlılık Sigortası, Yorum Basım Yayın, Ankara 2006.



Çakmak İ, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C.2, Adalet Yayınevi, Ankara 2001.

Çenberci M, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaacılık, Ankara 1977.

Cuhruk M, Çolakoğlu H. S, Bükey A. A, Sosyal Sigortalar, Olgaç Matbaacılık Ankara 1977.

Güzel A, Okur A.R, Caniklioğlu N, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.

Hanağası E, Davada Menfaat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: II, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: IV, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

Simil C, Hâkimini Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DEÜHFD, C. 16, 2015, s. 1351-1376.

Sözer A.N, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Süzek S, İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.

Tuncay A.C, Ekmekçi Ö, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Tunçomağ K, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Gür-Ay Matbaası, İstanbul 1982.

Uşan M. F, Çıraklıkta Geçen Süre Sigortalılık Başlangıcının Tespitinde Dikkate Alınır mı?, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 3-4, 2002, s. 139-143.

www.uyap.gov.tr

http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/calisan/kayitdisi_istihdam/kayitdisi_istihdam_oranlari

DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI BAKIMINDAN ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ DOKTRİNİ

*The Fruit of the Poisonous Tree Doctrine
in Terms of Evidence Evaluation Prohibitions*

Hamid KÖSE*

Özet

Deliller ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmanın bir ön koşulu olarak önemli bir yere sahiptir. Delilsiz bir ceza muhakemesinden bahsedilemeyeceği gibi ceza muhakemesinde delilden daha önemli bir kavram da yer almamaktadır. Sanık ve mağdurun haklarından, delili toplayan muhakeme süjelerinin uyması gereken kurallara kadar delillerin sirayet etmediği bir ceza muhakemesi müessesesi de bulunmamaktadır. Öyle ki deliller muhakemenin her alanında ileri sürülebilmenin yanında muhakemenin gidişatını değiştirebilecek niteliğe sahip olmaları bakımından da muhakemenin olmazsa olmazı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza muhakemesinin başlamasına sebep olan bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi de bir delil sayesinde. Delillerin toplanması kadar ne şekilde değerlendirileceği de hayati önemi haiz bir konudur. Delilleri değerlendirirken dikkat edilecek hususlar ile delillerin değerlendirilmesinde uyulması gereken kurallar yargılamanın adilliği noktasında önemli güvenceler içermelidir. Delil değerlendirme yasakları da tam bu noktada devreye girmekte delillerin serbestçe değerlendirilmesine bir takım istisnalar öngörmektedir. Zehirli ağacın meyvesi doktrini de yıllardan beri gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında tartışılmalı, ceza muhakemesi sistemlerinde delillerin değerlendirilmesi bakımından önemli bir yere sahip ve delillerin değerlendirilebilmeleri açısından yol gösterici nitelikte bir öğretilerdir. Genelde hukuka aykırı deliller bakımından ifade edilen doktrin, delil değerlendirme yasakları bakımından irdelenmemekte ve hukuka aykırı elde edilmiş olan bir delil sayesinde elde edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorusunun cevabını bulmaya çalışılmaktadır. Ancak yargılamada sadece hukuka aykırı deliller değil hukuka uygun yollarla elde edilmiş olsalar dahi sonradan bazı olguların gerçekleşmesiyle değerlendirilme dışı bırakılan birtakım deliller de bulunmaktadır.

Bu bağlamda bu tür değerlendirilmesi yasak olan ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller sayesinde elde edilen diğer deliller değerlendirilebilecek midir, yoksa zehirli ağacın meyvesi doktrininin de olduğu gibi değerlendirmenin yasaklanması bu deliller sayesinde elde edilen delilere de mi sirayet edecektir? Makalede öncelikle zehirli ağacın meyvesi doktrinine ilişkin genel açıklamalar ve Ülkemiz uygulamaları incelendikten sonra bu doktrin delil değerlendirme yasakları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı hususu irdelenecektir. Diğer bir ifadeyle, değerlendirilmesi yasak olan bir delil sayesinde elde edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorusunun cevabı bulunmaya çalışılacaktır.

Anahtar sözcükler: Delil, delillerin değerlendirilmesi, delil değerlendirme yasakları, zehirli ağacın meyvesi

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi, e-posta: hamid.kose@adalet.gov.tr, <http://orcid.org/0000-0001-7303-5015>



Abstract

Evidence has an important role in criminal procedure as a precondition for reaching the factual truth. Just as it is not possible to address criminal procedure without evidence, there is no concept in the criminal procedure that is more important than evidence either. Likewise, there is no criminal procedure under which evidence has no impact upon a range of elements from the rights of the accused and the victim to the rules that must be followed by those who collect evidence. Evidence also emerges as an indispensable part of the criminal procedure in that it may be provided at any stage of the procedure and, given its nature, it may change the course of the procedure. It is also thanks to evidence that it is found out that a crime has been committed, which then leads to the initiation of criminal proceedings. The manner in which the evidence will be evaluated is as much important as their collection. The points to be taken into consideration and the rules to be followed in the evaluation of the evidence must provide essential guarantees as to the fairness of the procedure. It is at this very point that the prohibitions on evidence evaluation come into play and provide for certain exceptions to the free evaluation of evidence. The fruit of the poisonous tree is a doctrine which has been discussed both as a doctrine and in judicial decisions for years, has an important place in the evaluation of evidence in criminal procedure systems and is a guiding doctrine in terms of evaluation of evidence. The doctrine, which is generally expressed in terms of illegally obtained evidence, is not examined in terms of evidence evaluation prohibitions and tries to find the answer to the question of whether the evidence obtained through an illegally obtained evidence can be evaluated. However, in the criminal procedures, there are not only illegal evidences, but also some evidences, even if they are obtained through legal means, that are excluded due to the realization of some facts. In this context, is it possible to evaluate the evidence obtained thanks to the evidence that has been obtained in accordance with the law but is forbidden to be evaluated? or will the prohibition of evaluation, like the doctrine of the fruit of the poisonous tree, also affect the insane obtained through these evidences? In the article, first of all, after examining the general explanations about the doctrine of the fruit of the poisonous tree and the practice of our country, whether the fruit of the poisonous tree doctrine has scope of application as regards the rules on the evidence evaluation prohibition will be discussed. In other words, it will be tried to find the answer to the question of whether the evidence obtained by means of an evidence that is forbidden to be evaluated can be evaluated in the criminal proceedings.

Keywords: Evidence, evaluation of evidence, evidence evaluation prohibitions, fruit of the poisonous tree

GİRİŞ

İşlendiği iddia olunan bir suçun kim tarafından ve ne şekilde işlendiğinin tespitine yarayan delillerin gerek elde edilmesinde, gerekse değerlendirilmesinde tam bir serbestlik söz konusu değildir. Sistemden sisteme farklılıklar söz konusu olsa da, deliller bakımından her şeyin serbest olduğu bir sistemden bahsetmek mümkün değildir. Delillerin ne şekilde toplanacağı ve ne şekilde değerlendirileceği genel olarak mevzuatta düzenlenmek suretiyle belirlenirken, bazı hallerde konunun mahkeme kararlarıyla şekillendirildiği de görülmektedir.

Ceza muhakemesi sistemimizde, delillerle ilgili birçok düzenleme yer aldığı gibi içtihat bakımından da deliller birçok karara konu olmaktadır. Kanuni

düzenleme boyutuyla delillere ilişkin esaslı düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) yer almaktadır. Delillerin elde edilme usulü, değerlendirilme şekli ve hükme esas alınamayacak delilere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bu Kanunda düzenlenmiş ve alt düzenleme olarak da birçok yönetmelikte delillere ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Delilerin değerlendirilmesi de elde edilmesi kadar önemli bir konudur. Her delil elde edilemeyeceği gibi her delilin değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu bağlamda elde edilmesi yasaklanan bir delilin değerlendirilmesi de elbette mümkün olamayacaktır. Bunun yanında elde edilmesi yasaklanmamasına rağmen bazı delillerin değerlendirilmesi yasaklanabilmektedir. Bu noktada delil değerlendirme yasakları gündeme gelmektedir. Deliller ve değerlendirilmesi bakımından hukuka aykırı deliller, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, delil değerlendirme yasakları, yasak deliller gibi kavramlar kullanılmaktadır. Tüm bu kavramlar ceza muhakemesinin işleyişi bakımından nasıl davranılması gerektiği hususunda birtakım önermeler içermekte ve muhakemenin daha adil olmasını sağlamaya çalışmaktadır. Zehirli ağacın meyvesi doktrini de bu kavramlardan biridir ve yargılamada delillerin değerlendirilmesi bakımından önemli bir yere sahiptir.

I. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ DOKTRİNİ VE ANLAMI

Zehirli ağacın meyvesi doktrini bakımından kullanılan ifadeler ve terimler yazardan yazara farklılık göstermektedir. Bazı yazarlar “zehirli ağacın meyvelerinin zehirli olması”¹ terimini kullanırken bazı yazarlar “zehirli ağacın meyvesi kuramı” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.² Bununla birlikte, doktrinde “zehirli ağacın meyvesi öğretisi” ifadesini kullanan yazarlar da bulunmaktadır.³ Bunun yanında bu terimlerden farklı olarak bazı yazarların konuyu türemiş delillerin yargılamada kullanılması başlığı altında incelediği de görülmektedir.⁴ Zehirli ağacın meyvesi doktrini Anglosakson hukuk sisteminde kullanılmakta olup⁵, Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu hususun “hukuka aykırı delillerin uzak etkisi” şeklinde ifade edildiği söylenebilir.⁶

¹ Muharrem Özen ve Mustafa Özen, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları’, (2012) IX Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Duygun Yarsuvat’a Armağan 301, 324

² Mehmet Gödekli, ‘Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı’, (2016) 65 AÜHF 1815, 1881

³ Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, (1. Basım, Seçkin Yayıncılık 2014) 106

⁴ Cem Şenol, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı* (1. Basım, Levha Yayıncılık 2015) 362

⁵ Ahmet Gökçen ve Kerim Çakır, ‘Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları’, (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan 2911, 2941

⁶ Dülger, 106



Zehirli ağacın meyvesi doktrininin çıkış noktası, hukuka aykırı elde edilen deliller kullanılmak suretiyle ya da bu deliller sayesinde elde edilen ikincil nitelikte delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorununun çözümünü bulma isteğidir. Bu doktrinde hukuka aykırı delilin ürünü olan bir delil söz konusudur⁷ ve bu ürünün yargılamada kullanılmaması esası benimsenmiştir. Doktrinde bir metafor ortaya koymak suretiyle hukuka aykırı elde edilen deliller zehirli bir ağaca benzetilmiş ve bu ağaçtan elde edilen meyvenin de zehirli olacağı tasviri yapılmıştır. Böylelikle hukuka aykırılığın, zehirli ağacın doktrinde ifade edildiği şekliyle zehrin, meyveye de yani ikincil delile de sirayet edeceği belirtilmiştir.

II. DOKTRİNİNİN TARİHÇESİ

Hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak Anglosakson hukuk sistemlerinde dışlama kuralı olarak ifade edebileceğimiz “exclusionary rule” ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkenin kullanıldığı ilk dava 1914 tarihli Weeks v. United States davası olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸ Bu davadan önce, delillerin kullanılması delilin hukuka aykırı olmasından etkilenmemektedir. Diğer bir ifadeyle, delil hukuka aykırı olsa dahi ceza yargılamasında kullanılabilen ve değerlendirilme dışında bırakılmamaktaydı.⁹ Öte yandan, dışlama kuralı Birleşik Devletlerde ilk kez 1914 yılında kullanılmış olsa da, ülkenin tamamına yayılması epey bir zaman almış, 1961 yılında görülen Mapp v. Ohio davasına kadar ilke ülke düzeyinde uygulama alanı bulamamıştır.¹⁰ Bu davada federal düzeyde Anayasaya aykırı olarak gerçekleştirilen arama ve elkoyma sonucunda elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına hükmedilmiş ve dışlama kuralının ülkesel düzeyde kullanılmasının önü açılmıştır.¹¹

Dışlayıcılık kuralının kabul edilmesinin ardından, bazı soru ve sorunlar gündeme gelmiştir. Bu sorulardan ilki, hukuka aykırı deliller kullanılmak suretiyle elde edilen dolaylı ya da doğrudan deliller kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur. Bu sorunun cevabının bulunmaya çalışılmasıyla dışlayıcılık kuralının bir sonraki aşaması olarak “zehirli ağacın meyvesi” doktrini geliştirilmiştir.¹²

⁷ Howard R. Shapiro, ‘Miranda without Warning: Derivative Evidence as Forbidden Fruit’, (1974) 41 Brooklyn Law Review 325

⁸ Rhett DeHart, ‘Is the Exclusionary Rule Doomed’ (2015) 26 South Carolina Law Journal 41

⁹ Jeffrey M. Bain and Michael K. Kelly, ‘Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions’ (1977) 31 University of Miami Law Review 615, 616

¹⁰ Morgan Cloud, ‘Judicial Review and the Exclusionary Rule’ (1998-1999) 26 Pepperdine Law Review 835, 844

¹¹ Robert E. Burns, ‘Mapp v. Ohio: An All-American Mistake’ (1969) 19 De Paul Law Review 80, 87 Bu karar bu denli önemli nitelikte olmasına rağmen 5 e karşı 4 oyla alınmış, diğer bir ifadeyle kararda oy birliği sağlanamamıştır. ‘Exclusionary Rule: United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)’ (1974) 65 Journal of Criminal Law and Criminology 460, 461.

¹² Miller French Rosamond, ‘Krauss v. Superior Court: A Case Study on the Failure of the Fourth Amendment Exclusionary Rule’ (1972) 13 Santa Clara Lawyer 256, 260-261

Bu doktrinde, hukuka aykırı bir arama zehirli ağaç olarak nitelendirilmiş ve bu arama sırasında elde edilen deliller neticesinde elde edilen ikincil delillerse bu zehirli ağacın meyvesi olarak tasvir edilmiştir.¹³

Hukuka aykırı delillerden elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı sorusunun cevabının arandığı, “zehirli ağacın meyvesi” doktrininin benimsendiği ilk dava 1920 yılında Silverthorne Lumber Co. - Birleşik Devletler davasıdır.¹⁴ Mahkeme bu davada, hükümetin Birleşik Devletler Anayasasının delillere yasadışı olarak elkonulmasını yasakladığı, bununla birlikte hukuka aykırı eylemin bir sonucu olarak alınan bilgilerle sanığa karşı kazanacağı herhangi bir avantajı olmadığı yönündeki iddiasını reddetmiştir.¹⁵ Davaya konu olayda Silverthorne kereste şirketinde federal ajanlar bir arama yapmış ve şirkete ait bazı dokümanlara elkoymuştur. Yapılan aramanın bir karara dayanmaması nedeniyle şirket sahipleri aramanın Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşler ve yerel mahkemeye başvurmak suretiyle belgelerin kendilerine iade edilmesini istemişlerdir. Mahkeme talebi kabul etmiş ve belgelerin iade edilmesine karar vermiştir. Bu aşamadan sonra federal büyük jüri, şirket sahiplerine elkonulan belgelerin teslimi yönünde bir çağrı kâğıdı göndermiş ve belgeleri delil olarak kullanmak istemiştir. Federal Yüksek Mahkeme bu çağrı kâğıdının yasadışı aramanın meyvesi olduğuna karar vererek kullanılmasını engellemiştir.¹⁶ Bu dava doktrinin kullanıldığı ilk dava olmakla birlikte, “fruit of the poisonous tree” ifadesi ilk kez 1939 yılında Nardone v. United States davasında kullanılmıştır.¹⁷

Zehirli ağacın meyvesi doktrini bakımından dönüm noktası ise 1963 yılında görülen Wong Sun v. Birleşik Devletler davasıdır. Bu karar doktrin bakımından verilmiş en kapsamlı karardır.¹⁸ Mahkeme bu davada ileri sürülen kanıtların “meyve” olup olmadığı noktasında bir standart ortaya koymaya çalışmıştır. Mahkemeye göre ikincil delile nasıl ulaşıldığı irdelenmeli ve ikincil delile hukuka aykırı yollarla elde edilen ilk delil sayesinde ulaşıp ulaşılmadığı tespit edilmelidir. Mahkemeye göre birincil nitelikteki hukuk aykırılıktan arındırılabilir nitelikte bir farklılık bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır.¹⁹ Mahkeme bu

¹³ ‘Evidence - Defendant’s Confession Following Confrontation with Illegally Seized Evidence Not Excluded Where Independent Motive Induced the Confession’ (1975) 9 University of Richmond Law Review 767

¹⁴ R. H. Reid, ‘Criminal Law Admissibility of Illegally Obtained Evidence Impeachment of Accused as Witness’ (December 1955) 35 Oregon Law Review 51

¹⁵ *Silverthorne Lumber Co. - US* [1920] The District Court of The United States for the Western District of New York 358, [1920] 385, 391

¹⁶ ‘Exclusionary Rule: United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)’, 461

¹⁷ *Nardone v. United States* [1939] U.S. Supreme Court 240, [1939]

¹⁸ Robert M. Pitler, ‘The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized’ (1968) 56 California Law Review 579, 593

¹⁹ W. Broeder Dale, ‘Wong Sun v. United States, A Study in Faith and Hope’, (1963) 42 Nebraska Law Review 483, 547



noktada bağımsız bir kaynak (*independent source*) ve hukuka aykırılıkla zayıf bağlantı (*connection may have become so attenuated as to dissipate the taint*) kriteri belirlemiş ve bu kriterlerin bulunması durumunda ikincil delillerin yargılamada kullanılabilmesine hükmetmiştir.²⁰ Bu kriterlerin temel çıkış noktası, ikincil delilin hukuka aykırı bir faaliyetle elde edilen birincil delilin hukuka aykırılığında kaynaklanmadığını göstererek “zehirli” delillerden lekeyi hafifletmeye yönelmektir.²¹ Diğer bir ifadeyle, bu şekilde ilk elde edilen hukuka aykırı delille ikinci elde edilen delil arasındaki bağlantının nasıl gerçekleştiğinin ortaya konularak ikinci delilin yargılamada kullanılmasına imkan verilmeye çalışılmıştır. Esasen mahkeme “bağımsız kaynak” kriterinden ne anlaşılması gerektiğini hiç bir zaman net olarak ortaya koymamıştır.²² Doktrinde genelde bu kriter “kaçınılmaz elde edim” kriteri olarak nitelendirilmiş ve hukuka aykırı elde edilen delil hiç elde edilmemiş olsa bile, ikincil delillerin hukuka edilebileceği durumlarda ikincil delilin mahkemede kullanılabilmesi şeklinde ifade edilmiştir.²³ Hukuka aykırılıkla zayıf bağlantı kriterinde ise ilk delilin hukuka aykırılığıyla ikinci delilin elde edilmesi arasındaki bağlantı esas alınmakta ve nedensellik noktasında değerlendirilme yapılmaktadır. Davaya konu somut olayda hukuka aykırı şekilde yapılan yakalama ve arama sonucunda uyuşturucu madde ile yakalanan bir şüphelinin, ifadesinde başka bir şüphelinin daha uyuşturucu madde bulundurduğu bilgisini federal ajanlarla paylaşması üzerine ikinci şüphelide de bir miktar uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Bu şüpheliye uyuşturucu maddeyi kimden tedarik ettiği sorulması üzerine şüpheli Wong Sun’dan uyuşturucuyu aldığını söylemiştir. Akabinde Wong Sun da göz altına alınmış ve bir süre sonra serbest bırakılmasına rağmen daha sonra kendi rızasıyla gelerek suçunu itiraf etmiştir. Yargılama sırasında federal ajanlar gerek ikinci şüphelide ele geçirilen uyuşturucu maddeye ve gerekse Wong Sun’da ele geçirilen uyuşturucu maddeye ilk şüphelinin yardımı olmadan ulaşamayacaklarını kabul etmişlerdir. Bu kabulün de etkisiyle mahkeme Wong Sun’un itiraflarının zehirli ağacın meyvesi olduğunu kabul etmek suretiyle değerlendirilme dışı bırakılmasına karar vermiştir.²⁴ Bununla birlikte, Mahkeme yargılamada elde edilen delillerin tamamının zehirli ağacın meyvesi olmadığını ve aynı zamanda Wong Sun’un ikrarının da doğrudan hukuka aykırı yakalamadan kaynaklanmadığını da kabul

²⁰ *Wong Sun v. United States* [1963] U.S. Supreme Court 36 [1963]

²¹ Brian S. Conneely and P. Murphy Edmond, ‘Inevitable Discovery: The Hypothetical Independent Source Exception to the Exclusionary Rule’ (Fall 1976) 5 Hofstra Law Review 137, 138

²² William F. Frey, ‘Criminal Procedure - Fruit of the Poisonous Tree - Exclusionary Rule Applied with Greater Reluctance to Live Witness Testimony’ (March 1979) 25 Wayne Law Review 935, 936

²³ Frey, 946

²⁴ Pitler, 594

etmiştir.²⁵ Davada hükümet her ne kadar ilk şüphelinin yakalanması hukuka aykırı olsa da Wong Sun'un sonradan kendiliğinden gelerek ifade verdiğini, bu nedenle ifadenin özgür iradeye dayanması nedeniyle kabul edilebilir olduğunu iddia etmişse de, Mahkeme bu iddiayı kabul etmemiş ve ifadenin doğrudan hukuka aykırı yakalamadan kaynaklanmasa da hukuka aykırı yakalama ve aramanın hemen ardından yapılmış olmasına vurgu yapmıştır.²⁶

III. CEZA MUHALEMESİ SİSTEMİMİZDE DOKTRİNİN UYGULAMASI

Ceza muhakemesi sistemimizde gerek Anayasa'da ve gerekse CMK'da sadece hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği yönünde hüküm ihdas edilmiş olmasına rağmen,²⁷ hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanılması suretiyle başkaca bir delil elde edilmesi durumunda bu delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında özel bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı noktasında açık bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde CMK'nın 217 nci maddesinin aslında zehirli ağacın meyvesi doktrinini düzenlediği yönünde görüş ileri sürülmektedir.²⁸ Bu görüşün dayanağı ise maddenin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan maddenin gerekçesinde hukuka aykırı deliller bakımından ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş olmakla birlikte, doktrinin uygulanacağı noktasında açık bir ifade yer almamaktadır. Maddenin TBMM Adalet Komisyonu ve Genel Kurul görüşmeleri sırasında da bu hususta herhangi bir tespit ya da ifadeye yer verilmemiştir.²⁹

Ceza Muhakemesi Kanununun 217 nci maddesi TBMM'ye sevk edilen Tasarı metninde “*Soruşturma ve kovuşturma ile görevli olanların hukuka aykırı olarak elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.*” şeklinde kaleme alınmıştı. Maddenin gerekçesi de bu metin esas alınarak hazırlanmış ve gerekçede “... *hukuka aykırı olarak, örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınamayacaktır.*” denilmiştir. Bununla birlikte, gerekçenin bu yazımından sadece gerekçede örneklendirildiği şekilde elde edilen delillerin mi yoksa bu deliller sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki delillerin mi kast edildiği anlaşılamamaktadır. Gerekçede bu bağlamda bir açıklık

²⁵ Pitler, 594

²⁶ Pitler, 595

²⁷ Anayasanın 38 inci maddesinin altıncı fıkrası “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”, CMK'nın 217 nci maddesinin ikinci fıkrası da “(2) *Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” şeklindedir.

²⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Yeniden ve Gözden Geçirilmiş 13. Basım, Beta Eylül 2016) 762-763

²⁹ *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, (Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı 2005) 875



bulunmamaktadır. Doktrinde hukuka aykırı deliller kullanılmak suretiyle elde edilen türemiş delillerin de hukuka aykırı delillerle aynı kategoride olduğu ve ceza yargılamasında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır.³⁰ Bu görüşteki yazarlara göre hukuka aykırı elde edilen deliller sayesinde ya da bu deliller kullanılmak suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırı delillerle aynı nitelikte olduklarından yargılamada kullanılamayacaktır.³¹

Doktrinde bu şekilde düşünmeyip hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki delillerin hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. İçel, hukuka aykırı yöntemle alınan ifadenin ceza yargılamasında kullanılmaması gerektiğini, ancak bu ifade sayesinde hukuka uygun olarak elde edilen dolaylı delillerin hükme esas alınabileceğini belirtmektedir.³² Aynı doğrultuda Önder/Cihan'a göre de bu nitelikteki deliller ceza yargılamasında kullanılabilir.³³ Bu yazarların görüşlerinin 1412 sayılı Mülga CMUK döneminde olduğu dikkate alındığında CMK ve CMUK'un bu husustaki maddelerini karşılaştırmakta fayda bulunmaktadır. CMK'nın konuyu düzenleyen 217 nci maddesinin ikinci fıkrası "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" şeklindeyken, 1412 sayılı Mülga CMUK'da bu maddenin karşılığı olan 254 üncü maddenin ikinci fıkrasının "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.*" şeklinde olduğu görülmektedir. 1412 sayılı Mülga CMUK'a bu düzenlemeyi ekleyen 18/11/1992 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilen 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun gerekçesinde maddenin ihdas eden gerekçesi "*(Delilleri takdir selahiyeti) başlığını taşıyan 254 üncü maddeye bir fıkra eklemek suretiyle; soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin, hükme esas olmayacağı belirtilmiştir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, CMUK döneminde hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmayacağına ilişkin düzenleme 3842 sayılı Kanunla getirilmiştir. Anılan Kanun öncesinde de hukuka aykırı bir takım delillerin değerlendirilemeyeceğine

³⁰ Metin Köse, 'Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Dışlanması' (2019) 9 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 159, Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuk Ders Kitabı*, (3. Basım, Seçkin Yayınları 2010) 372. Yazarlara göre CMK'nın 217 nci maddesinin ikinci fıkrasının varlığı karşısında ceza muhakemesi sistemimizde delil yasaklarının uzak etkisi sorunu kalmamıştır.

³¹ Dülger, 121

³² Kayıhan İçel, 'Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları', (1988) İÜHF Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan 121, 123-124

³³ Ayhan Önder ve Erol Cihan, *Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleri ile İlgili Ek*, (Filiz Kitabevi 1993) 31.

ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, genel bir düzenleme olarak anılan hüküm hukuk sistemimize 1992 yılında girmiştir.³⁴ CMK'nın 217 nci maddesi ile CMUK'un 254 üncü maddesi arasında ifade ediliş şekli bakımından değişiklik olsa da nitelik olarak büyük bir fark bulunmamaktadır. Bu noktada 2001 yılında Anayasa'da yapılan değişikliğe de değinmekte fayda bulunmaktadır. Bilindiği üzere 2001 yılında yapılan değişiklikte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. CMUK'un 254 üncü maddesinin yürürlükte olduğu bir dönemde Anayasanın bu hükmünün de yürürlüğe girmiş olması ve kaleme alınış şekillerinin farklı olması karşısında doktrinde bir takım tartışmalar gündeme gelmiştir. Bazı yazarlar aynı hükmün CMUK'da bulunduğunu ve Anayasaya alınmasına gerek olmadığını ifade ederken³⁵, bazı yazarlara göre Anayasa hükmü ile CMUK arasında temel farklılıklar bulunmaktadır.³⁶ Bu yazarlara göre öncelikle CMUK sadece ceza yargılaması bakımından uygulama alanı bulurken Anayasa tüm yargılama dalları bakımından uygulanacaktır. Bunun yanında, yazarlara göre her iki hüküm arasında kapsam bakımından da farklılık bulunmaktadır. Anayasa delil olarak kabul edilemez demek suretiyle henüz delil vasfını kazanmamış tüm iz ve eserler ile belirtilerin delil vasfı kazanamayacaklarını ifade etmektedir. Bunun yanında Anayasaya göre kanuna uygunluk denetimi yapılacakken CMUK yerinde bir şekilde hukuka uygunluk denetiminden bahsetmektedir.³⁷ Görüldüğü üzere doktrinde 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile CMUK arasında ilişki bakımından farklı görüşler ortaya konulmuştur.

Öte yandan, hukuka aykırılığı oluşturan fiilin hangi makamdan kaynakladığı noktasında CMK ve CMUK birbirinden ayrılmaktadır. CMUK'un 254 üncü maddesinde sadece soruşturma ve kovuşturma organlarından bahsedilmesine rağmen CMK'da bu ayırım yapılmamakta ve kimden kaynaklanırsa kaynaklansın hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Bu bağlamda CMUK döneminde 2001 Anayasa değişikliğine kadar soruşturma ve kovuşturma makamları dışında kalan özel kişilerin hukuka aykırı yollarla elde ettiği delillerin ceza yargılamasında kullanılabileceği görüşü dile getirilmekteydi.³⁸

Doktrinde bazı yazarlar ise hukuka aykırı deliller sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki deliller bakımından toptancı bir anlayış yerine somut olayın

³⁴ Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1995) 27

³⁵ Doğan Soyaslan, 'Hukuka Aykırı Deliller' (2003) VII AÜEHFD 9

³⁶ Öztürk/ Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, 369

³⁷ Öztürk/ Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, 370

³⁸ Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, (1998) 176



özelliğine göre hareket edilmesi gerektiği fikrini ileri sürmektedir.³⁹ Bu yazarlara göre her olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve ikincil nitelikteki bu tür delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği olay bazlı ele alınmalıdır. Karma görüş olarak nitelendirebileceğimiz bu görüşte yazarların hareket noktası birbirinden farklılık gösterebilmektedir. Kimi yazarlar ikincil nitelikteki delilin değerlendirilip değerlendirilmemesinde mutlak ve nispi delil yasağı ayrımından hareket ederken,⁴⁰ kimi yazarlar ikincil delile Devletin kendi imkânları ile ulaşabilip ulaşamayacağı noktasında bir değerlendirme yapmaktadır.⁴¹ Mutlak ve nispi delil yasağı ayrımı yapan yazarlara göre ikincil delilin elde edilmesinde etkili olan hukuka aykırılık mutlak bir hukuka aykırılıksa ikincil nitelikteki delil kullanılamayacak, ancak nispi nitelikte bir hukuka aykırılıksa o zaman kullanılabilir. Hukuka aykırılığın nitelendirilmesi ve sınıflandırılması bakımından bir değerlendirme yapan bu görüşe göre, işkence gibi mutlak bir yasağın ihlal edilerek delil elde edilmesi durumunda bu delilden hareketle elde edilen ikincil deliller yargılamada kullanılamayacak, bununla birlikte, hukuka aykırılık bakımından işkence kadar kesin bir yasak bulunmaması durumunda elde edilen ikincil delil kullanılabilir. Bu görüşe hukuka aykırı deliller kullanılarak elde edilen ikincil deliller bakımından ihlal edilen kural ile korunan hukuki değer arasında bir denge kurulması ve orantılı bir şekilde denge aranması gerekmektedir.⁴²

Öte yandan, ikincil delillerin kullanılabilmesi bakımından doktrinde bu delillerin yargılamada kullanılmak yerine bir suç soruşturması başlatılabilmesi bakımından kullanılabilirliği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, ikincil delillerin yargılama konusu suç ya da yeni bir suça ilişkin olup olmadığı arasında bir ayrım yapmak gerekecektir. Hukuka aykırı deliller sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki deliller yargılama konusu suça ilişkin iseler kullanılamayacak, ancak yeni bir suça ilişkin iseler bu deliller soruşturma başlatılabilmesi bakımından kullanılabilir.⁴³

³⁹ Dülger, 114

⁴⁰ Şen, 153, Seydi Kaymaz, *Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, (Seçkin Yayıncılık 1997) 271, Feridun Yenisey, 'Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller' (1996) Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu İstanbul Barosu Yayını 156 vd.

⁴¹ Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, (Yetkin Yayınları 1994) 232, Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, (Seçkin Yayıncılık 2005) 478, Feridun Yenisey, 'Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller' içinde Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoğlu (edt.), *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, (Cilt I Seçkin Yayıncılık 1995) 1239

⁴² Ali Eryılmaz, *Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil* (Hukab Yayınları 2013) 120

⁴³ Pervin Aksoy İpekçioğlu, 'Gözetiminde Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri' (2008) 57 AÜHFD 51, 65, Öztürk, 'Delil Yasakları' 35

IV. YARGITAY'IN DOKTRİNE YAKLAŞIMI

Yargıtay'ın zehirli ağacın meyvesi doktrinini uygulama noktasında net bir yaklaşım sergilediğini söylemek çok da mümkün değildir. Yargıtay verdiği bazı kararlarında zehirli ağacın meyvesinin zehirli olmayacağı şeklinde yaklaşımlar sergilerken bazı kararlarında ise tam tersi şekilde bu doktrini kabul ettiği görülmektedir. Esas itibarıyla bu doktrinin ifade edildiği sadece iki Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı bulunmakta olup, ayrıca Yargıtay 11 ve 7 nci ceza daireselerinin birer kararında da bu doktrin dile getirilmektedir. Bunun yanında Yargıtay 19 uncu Ceza Dairesinin 2015 yılında verdiği birçok kararın muhalefet şeklinde bu doktrine atıf yapılmakta ve bu doktrin somut olayda uygulanmadığı için karara muhalif kalındığı belirtilmektedir.

1. Yargıtay'ın doktrini kabul ettiği kararları

Yargıtay 7 nci Ceza Dairesinin 2011 tarihli bir kararında zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Anılan kararda öncelikli olarak sanıklar bakımından verilen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin hukuka aykırı olduğu belirlenmiştir. Bu tespitten bulunduktan sonra iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri kullanılmak suretiyle elde edilen diğer delillerin “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” doktrini uyarınca her bir suç bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁴

Karara konu somut olayda sanıklar hakkında sahte banka kartı kullanma suretiyle yarar sağlama ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından soruşturma başlatılmış ve soruşturma sırasında şüpheliler hakkında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine başvurulmuştur. Açılan kamu davası sonrası yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesince suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından beraat kararı, diğer suçlardan ise mahkûmiyet kararı verilmiştir. İlk derece mahkemesi kararında koruma tedbirinin hukuka aykırı olup olmadığı noktasında bir tespitte yer verilmemiş ve bu deliller kullanılmak suretiyle elde edilen ikincil nitelikteki deliller bakımından da herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Kararın temyiz incelemesinde Yargıtay 11 inci Ceza Dairesi tarafından iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirinin hukuka aykırı olduğu tespitine yer verildikten sonra, toplanan diğer delillerin bu bağlamda zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı şeklindeki kural uyarınca değerlendirilmemesi gerektiği kanaatiyle ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.

Yargıtay'ın zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olduğu doktrinin kabul eden ikinci kararı Ceza Genel Kurulu tarafından verilen 17/11/2009 tarihli karardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu anılan kararında hukuka aykırı aramada elde

⁴⁴ Yargıtay 11. CD. 22.02.2011 E.2010/6505, K.2011/1134 (UYAP karar arama ekranı)



edilen deliller dışındaki diğer delillerin mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı sorununu çözmeye çalışmıştır. Kararda sanık hakkında yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu vurgulanmış, hem Yargıtay dairesince hem de itirazda bulunan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca bunun kabul edildiği ifade edilmiştir. Kararda zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olduğu doktrini bakımından doktrindeki bazı yazarların görüşüne yer verilmiş ve somut olay bakımından bu doktrin uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Bunun yanında hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen arama neticesinde sanığın suçu ikrar etmiş olması durumunda bu ikrarın özgür iradeye dayanmış olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Genel Kurulca hukuka aykırı delil kullanılmak suretiyle elde edilen bir delilin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olsa dahi yargılamada kullanılmasının mümkün olmadığı ve hükme esas alınamayacağına karar verilmiştir.⁴⁵

2. Yargıtay'ın doktrini kabul etmediği kararları

Yargıtay 19 uncu Ceza Dairesinin 2015 yılında verdiği birçok kararda zehirli ağacın meyvesi doktrinine atıf yapıldığı görülmektedir. Hal bu olmakla birlikte, kararlarda doktrine atıf yapılan kısım muhalefet şerhi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kararlarda çoğunluğun görüşünde bu doktrine atıf yapılmamakta ve bu doktrin uygulanması gerektiği yönünde bir ifadeye yer verilmemektedir. Bu kararlardan birinde, hukuka aykırı arama kararından sonra sanığın ikrarının hukuka aykırı aramada elde edilen suça konu eşyadan kaynaklandığı yaklaşımı reddedilmiş ve sanığın ikrarının mahkûmiyete konu edilebileceği ifade edilmiştir. Karara muhalif kalan bir Yargıtay üyesi karşı oy gerekçesinde, sanığın ifade ve sorgusu sırasında hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucunda bulunan suç eşyasına ilişkin arama zabıtlarının önüne konulmak suretiyle köşeye sıkıştırılarak baskı altında itirafta bulunduğunu ve bu bağlamda zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağının kabul edilmesi gerektiğini savunmuşken, Daire bu görüşe katılmayarak oçokluğuyla sanığın mahkumiyet kararının onanması yönünde karar vermiştir.⁴⁶

Yargıtay 7 nci Ceza Dairesinin 2010 tarihli bir kararında ise sanığın iş yerinde yapılan aramanın hukuka aykırı olması karşısında sanığın ifadesinin hükme esas alınamayacağı yönünde iki üyenin muhalefet şerhi kaleme aldığı görülmektedir. Karara konu olayda sanığın iş yerinde hukuka aykırı bir şekilde arama yapılmış ve bir firmaya ait izinsiz çoğaltılmış bir eserin nüshaları bulunmuştur. Yerel mahkeme tarafından sanık hakkında iddia edilen suç bakımından fiilin idari para cezasını gerektirdiği değerlendirilmek suretiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Kararın katılanlar tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından yapılan

⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.11.2009 E.2009/7-160, K.2009/264 (UYAP karar arama ekranı)

⁴⁶ Yargıtay 19. CD. 09.11.2015. E.2015/12122, K.2015/6823 (UYAP karar arama ekranı)

incelemede işlendiği iddia olunan fiilin suç oluşturduğu tespiti yapılmasına rağmen, aramanın hukuka aykırı olup olmadığı ve arama sonrasında elde edilen delillerin hükme esas alınıp alınamayacağı yönünde bir değerlendirme yapılmamıştır. İki üye tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesinde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerle sanığın mahkûmiyetine karar verilemeyeceği ifade edilmiştir.⁴⁷

Yargıtay'ın zehirli ağacın meyvesinin zehirli olduğu doktrinini açık bir şekilde reddettiği en önemli kararı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2005 tarihli kararıdır. Genel Kurul kararına esas alınan olayda hukuka aykırı bir şekilde yapılan aramada sanığın evinin damında 50 kök hint keneviri ele geçirilmiş ve sanık suçunu ikrar etmiştir. İlk derece mahkemesince sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen Yargıtay 7 nci Ceza Dairesi tarafından 2005 yılında hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin hükme esas alınmayacağı ve başkaca delille desteklenmeyen soyut ikrarın mahkûmiyet için yeterli olmadığı gerekçesiyle karar bozulmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca ikrarın sanığın özgür iradesine dayandığı ve sanığın suçunun sabit olduğu gerekçesiyle karar Yargıtay Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır. Genel Kurul sanığın evinde yapılan aramanın hukuka aykırı olduğunu kabul ettikten sonra, bu aramada elde edilen delillerin ve düzenlenen ekspertiz raporunun hükme esas alınmasının doğru olmadığı tespitinde bulunmuştur. Bununla birlikte Genel Kurul sanığın ikrarı bakımından yaptığı değerlendirmede, ikrarın mahkûmiyete esas alınabileceği yönünde karar vermiştir. Genel Kurul bu hususu “...hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir.” şeklinde ifade etmiştir.⁴⁸

V. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN TUTUMU

Ceza muhakemesi sistemimizde içtihat hukukunun gelişimi bakımından 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete başlayan bölge adliye mahkemeleri de önemli bir yere sahiptir. Bu bakımdan bölge adliye mahkemelerinin zehirli ağacın meyvesi doktrinine yaklaşımının ortaya konulması da yerinde olacaktır. Doktrin uygulanması bakımından bölge adliye mahkemelerinde de Yargıtay'da olduğu gibi birbirinden farklı kararlar verilebildiği görülmektedir. İstinaf tarafından verilen bazı kararlarda zehirli ağacın meyvesi doktrini kabul edilirken bazı kararlarda bu doktrini kabul ederek karar veren ilk derece mahkemesi kararları bozulabilmektedir.

⁴⁷ Yargıtay 7. CD. 24.02.2010 E.2007/10087, K.2010/6022 (UYAP karar arama ekranı)

⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005 E.2009/7-144, K.2005/150 (UYAP karar arama ekranı)



Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında, hukuka aykırı iletişim tespit tutanaklarının delil olarak kabul edilemeyeceği tespiti yaptıktan sonra “*zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı kuralı gereğince her bir suç bakımından mevcut diğer delillerin durumu da değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesini*” demek suretiyle doktrinin uygulanmasını kabul etmiştir.⁴⁹ Bununla birlikte, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi zehirli ağacın meyvesi doktrinini kabul etmemiş ve sanık hakkında beraat kararı veren ilk derece mahkemesi kararını mahkûmiyet kararı verilmesi gerekçesiyle bozmuştur.⁵⁰ Karar gerekçesinde her ne kadar doktrin bakımından bir değerlendirme yapılmamışsa da mahkûmiyet kararı verilmesi yönünde görüş belirtilmesi doktrinin uygulanmaması yönünde tavır takınıldığının bir göstergesidir.

VI. AİHM’İN DOKTRİNE YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) zehirli ağacın meyvesi doktrinine yaklaşımını tespit için öncelikle deliller ve delillerin değerlendirilmesi konusuna yaklaşımını incelemek gerekir. AİHM’in delillerin değerlendirilmesi veya değerlendirilme dışı bırakılmasına ilişkin kararları incelendiğinde bu noktada konuyu ulusal makamların takdirine bıraktığı görülmektedir.⁵¹ Mahkeme hukuka aykırı delilin kullanılıp kullanılmamasını değerlendirme bakımından da kendisini görevli görmemekte ve bu hususlarda da değerlendirmeyi ulusal makamlara bırakmaktadır.⁵²

Mahkeme sadece adil yargılanma hakkı bağlamında konuyu ele almakta ve Sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça delillerin değerlendirilmesi ya da değerlendirme dışı bırakılması hususuna girmemektedir.⁵³

⁴⁹ Ankara BAM 8. CD. 15.06.2017 E.2017/686, K.2017/965 (UYAP karar arama ekranı)

⁵⁰ Diyarbakır BAM 5. CD. 22.10.2020 E.2019/226 K.2020/1420 (UYAP karar arama ekranı)

⁵¹ Örs ve Diğerleri v Türkiye, Başvuru no. 46213/99 (AİHM, 20.06.2006) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı) Mahkeme Kararında “*AİHM, delillerin ikamesinin öncelikle iç hukuk kuralları ile ilgili olduğunu ve toplanan delilleri değerlendirme görevinin ilke olarak ulusal mahkemelere ait olduğunu hatırlatmaktadır.*” demek suretiyle ceza yargılamaları bakımından deliller ve delillerin değerlendirilmesi noktasında tavrını açıkça belli etmiştir.

⁵² Allan v Birleşik Krallık, Başvuru no. 48539/99 (AİHM, 5.12.2002) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı) Mahkeme bu konudaki görüşünü “*İlke olarak, belirli delil türünün - örneğin, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin - kabul edilebilir olup olmayacağına veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermek Mahkemenin görevi değildir.*” şeklinde ifade etmiştir.

⁵³ Brandie Gasper, ‘Examining the Use of Evidence Obtained Under Torture: The Case of the British Detainees May Test the Resolve of the European Convention in the Era of Terrorism’ (2005) 21 American University International Law Review 277, 284-285.

Mahkeme bu noktada yargılamanın bir bütün olarak diğer bir ifadeyle tamamının adil olup olmadığını değerlendirme konusu yapmakta ve yargılamanın bir bütün olarak adil yapıp yapılmadığı sorusunun cevabını bulmaya çalışmaktadır.⁵⁴

Mahkemenin delillerin değerlendirilmesi noktasında temel ve yol gösterici kararlarından biri Gäfgen – Almanya kararıdır. Mahkeme bu kararında Sözleşmenin 19 uncu maddesi gereğince kendi görevinin Sözleşmeci Devletlerin Sözleşmeye karşı üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olduğunu hatırlatmakta ve yargılamayı yapan mahkeme tarafından yapılan maddi ve hukuki hataların Sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça görevi kapsamında olmadığını ifade etmektedir. Mahkeme kararında ayrıca Sözleşmenin delillerin kabul edilebilirliği konusunda bir hüküm getirmediğini belirterek konunun ulusal hukukta çözülmesi gerektiği noktasında görüş beyan etmektedir.⁵⁵

Mahkemenin yukarıda da belirtildiği üzere delillerin değerlendirilmesi noktasında hukuka aykırılıktan ziyade iki husus üzerinde durduğu söylenebilir. Birincisi Sözleşmeye aykırılık, ikincisi ise yargılamanın adilliyetidir. Mahkemeye göre Sözleşmeye her aykırılık yargılamanın adil olmadığı sonucunu kendiliğinden doğurmayacaktır.⁵⁶

Mahkeme her ne kadar delillerin değerlendirilmesi ve değerlendirme dışı bırakılması noktasında kendisinin görevli olmadığını belirtse de, konuya ilişkin kararları incelendiğinde Mahkemenin tutumunun ne şekilde tezahür ettiğinin belirlenmesi mümkün olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, mahkemenin delillerin değerlendirilme dışı bırakılması ya da bırakılmaması durumunda adil yargılama hakkının ihlal edildiği veya edilmediği yönündeki kararları, Mahkemenin görüşünün ne olduğunun tespit edilmesine yarayacaktır. Bu noktada Mahkemenin bazı kriterler geliştirdiği söylenebilir. Yargılama konusu suçun ciddiyeti, iddia edilen suç bakımından sanığı koruyucu başkaca tedbirler olup olmadığı, delilin başkaca delillerle desteklenip desteklenmediği, delilin ana delil olup olmadığı gibi kriterler geliştiren Mahkeme, bu kriterleri yargılamanın adilliyeti ve delillerin değerlendirilmesi ya da değerlendirilme dışı bırakılması gerekip gerekmediğinin tespitinde kullanmaktadır.⁵⁷

⁵⁴ Jalloh v Almanya, Başvuru no. 54810/00 (AİHM, 11.06.2006) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı) Mahkeme kararında bu konudaki görüşünü “*Cevaplanması gereken soru, kanıtların elde edilme şekli de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır.*” şeklinde ifade etmiştir.

⁵⁵ Gäfgen v Almanya, Başvuru no. 22978/05 (AİHM, 1.6.2010) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı)

⁵⁶ , Ana Maria Torres Chedraui, ‘An Analysis of the Exclusion of Evidence Obtained in Violation of Human Rights in Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights’, (2010-2011) 15 Tilburg Law Review 205

⁵⁷ Chedraui, 209-210



AİHM ceza yargılaması bağlamında delillerle ilgili olarak adil yargılanma hakkının ihlali bakımından tarafların delillerden bilgi sahibi olmalarını ve bunlara karşı görüşlerini kolaylıkla bildirebilmeleri gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁸ Ruiz-Mateos/İspanya Kararında Mahkeme çekişmeli yargılanma hakkından bahsedebilmek için delillerin her iki taraf açısından da ulaşılabilir olması gerektiğine vurgu yapmıştır.⁵⁹ Bunun yanında mahkemenin bazı hallerde üzerinde durduğu bir diğer konu da delillerin ispat gücü noktasında kendisini göstermektedir. Delillerin somut olayın ispatı bakımından değerini ifade eden ispat gücü⁶⁰ bir sınırlama olmaksızın delillerin serbestçe takdiri noktasında kendini göstermektedir. AİHM ispat gücünü genel itibarıyla delilin güvenilirliği noktasında ele almakta ve genellikle ulusal makamların takdir hakkı olduğu gerekçesiyle konuya çok da girmemektedir.⁶¹ Mahkeme Sözleşmenin 6 ncı maddesi bağlamında delilin güvenilirliği iddialarını dördüncü derece mahiyetinde kabul ederek reddetmektedir.⁶² Bununla birlikte, Mahkeme zaman zaman Lisica Hırvatistan ve Laska ve Lika Arnavutluk kararlarında olduğu gibi delilin elde edilmesinden kaynaklanan bir takım nedenlerle delillerin güvenilir olmadığına da hükmedebilmektedir.⁶³

Mahkemenin tutumunu belirlemek için Sözleşmenin 3 üncü maddesinde yer alan işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağına değinmek gerekmektedir. Sözleşmenin 3 üncü maddesine aykırı davranılmak suretiyle bir delil elde edilmesi durumunda Mahkeme yargılamanın hakkaniyetine ilişkin olarak ciddi sorular ortaya çıkacağını düşünmektedir.⁶⁴ Bunun yanında Mahkemenin Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ihlal edilerek delil elde edilen bir yargılamanın otomatik olarak adil olmadığı yönünde tavır sergilediği söylenebilecektir.⁶⁵

Bu noktada Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ihlaliyle elde edilen dolaylı delillerin yargılamaya etkisi bakımından Mahkemenin tutumunu belirlemekte

⁵⁸ Vuslat Dirim, ‘Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları)’ (2014) 3 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 161.

⁵⁹ Ruiz-Mateos v İspanya, Başvuru no. 12952/87 (AİHM, 23.06.1993) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı)

⁶⁰ Doğan Gedik, ‘Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)’ (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan 913, 945-946

⁶¹ Dovydas Vitkauskas Grigoriy Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması Uygulamaları İçin El Kitabı* (Avrupa Konseyi 2018) 112

⁶² Vitkauskas/Dikov, 113

⁶³ LISICA v Hırvatistan, Başvuru no. 20100/06 (AİHM, 25.02.2010) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı), Laska ve Lika Arnavutluk Başvuru no. 12315/04 17605/04 (AİHM, 20.04.2010) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı)

⁶⁴ Göçmen v Türkiye Başvuru no. 72000/01 (AİHM, 17.10.2006), (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı)

⁶⁵ Chedraui, 214

fayda bulunmaktadır. Mahkeme Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ihlali bakımından dolaylı delillerle ilgili olarak işkence ile insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele arasında bir ayrıma gitmektedir. Mahkemeye göre işkence kullanılmak suretiyle bir delil elde edilmesi durumunda delilin birincil ya da ikincil niteliğine bakılmaksızın yargılamanın adilliği otomatik olarak etkilenecektir.⁶⁶ Levinta-Moldova kararında Mahkeme “...işkence sonucunda elde edilen ifadelerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasının, delillerin kabulünün başvuranın mahkûmiyetini sağlamada belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın, yargılamayı tamamen haksız kıldığını tespit etmiştir.” demek suretiyle işkence sonrasında elde edilen deliller bakımından birincil ya da ikincil diye bir ayırım yapmadığını göstermiştir.⁶⁷ Kötü muamele bakımından ise Mahkemenin kötü muamele sonucunda elde edilen deliller bakımından otomatik bir adil yargılanma hakkı ihlali gördüğü söylenemeyecektir. Yukarıda belirtildiği üzere Gäfgen – Almanya kararında Mahkeme başvurucuya yapılan muamelenin insanlık dışı muamele oluşturacak kadar ağır olduğu, işkence düzeyine varmadığı tespitini yaptıktan sonra Sözleşmenin 6 ncı maddesi bağlamında adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁶⁸

Delilin elde edilme veya değerlendirilmesiyle ilgili olarak AİHM’in üzerinde durduğu bir diğer konu da “entrapment” olarak ifade edilen “tuzağa düşürme” halidir.⁶⁹ Bu tür durumlarda Mahkeme, Khudobin Kararında olduğu gibi tuzağa düşürülme yöntemi kullanılmak suretiyle elde edilen delillerin değerlendirilmeye alınmayacağına hükmetmiştir.⁷⁰

⁶⁶ John Jackson, ‘Human Rights, Constitutional Law and Exclusionary Safeguards in Ireland’ içinde Roberts, Paul ve Jill Hunter (edt.) *Criminal Evidence and Human Rights Reimagining Common Law Procedural Traditions* (Hart Publishing: Oxford ve Portland, Oregon, 2012) 137

⁶⁷ Levinta v Moldova Başvuru no. 17332/03 (AİHM, 16.11.2008) (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı)

⁶⁸ AİHM’in kararına konu somut olayda, başvurucuya kötü muamelede bulunulmak suretiyle ifadesi alınmış ve öldürdüğü kişinin cesedinin yeri tespit edilmiştir. Başvurucu hakkında yapılan yargılamada ceset ve cesede yapılan otopsi sonrası hazırlanan rapor delil olarak kullanılmıştır. Bunun yanında yargılamada başvurucunun cesede ilişkin delillerin kullanılmayacağı yönündeki itirazları mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu bağlamda AİHM’in somut olayda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönündeki karar vermesinden zehirli ağacın meyvesi doktrinini bu olay bakımından kabul etmediği anlaşılmaktadır. Mahkeme her ne kadar kötü muamele sonrası elde edilen delillerin kullanılabilmesi noktasında açık bir ifade kullanmasa da, görüşünü “...başvurucuya ilgili olayın özel koşulları içinde, insanlık dışı muamele vasıtasıyla ifade alınmasından sonra toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvurunun mahkûmiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır.” şeklinde açıklamıştır.

⁶⁹ Terimsel anlamda tuzağa düşürme bakımından “polis kışkırtması” gibi farklı ifadeler de kullanılabilir. Bununla birlikte bu ifadeler bakımından temel bir takım farklılıklar bulunduğu da açıktır. Vitkauskas/Dikov, 88

⁷⁰ Khudobin v Rusya, Başvuru no. 59696/00 (AİHM, 26.01.2007) (Avrupa İnsan Hakları



VII. MUKAYESELİ HUKUKTA ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ DOKTRİNİNİN UYGULAMASI

Birçok eserin mukayeseli hukuka ilişkin bölümleri incelendiğinde genellikle benzer ülkelerin ele alındığı görülmektedir. Avurapa’da genellikle Almanya ve Fransa gibi nüfus itibarıyla büyük ülkelerin uygulamaları irdelenmekte, bunun yanında Amerika’ya ek olarak bazı eserlerde İngiltere’ye de yer verilmektedir. Makalede İsrail, Hollanda, Kanada ve Hindistan’ın seçilme nedeni farklı ülke uygulamalarını görebilmek ve makalenin bu yönüyle daha zengin olmasını sağlamak adına. Alışılmışın dışına çıkılarak farklı ülke uygulamalarının irdelenmesinin yerinde olacağı düşüncesiyle bu ülkeler seçilmiş, ülkelerin farklı coğrafyadan ve farklı hukuk kültürlerinden olmasına da özen gösterilmiştir.

1. Kanada örneği

Mukayeseli hukukta zehirli ağacın meyvesi doktrininin uygulanması bakımından genelde konunun türemiş deliller bağlamında ele alındığı görülmektedir. Kanada ceza muhakemesi sisteminde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilemezliği, her ne kadar öncesinde tamamen dışarıda tutulduğu söylenemezse de, 1982 tarihli Kanada Anayasasının (Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı’nın - Canadian Charter of Rights and Freedoms) yürürlüğe girmesiyle belirginleşmiştir.⁷¹ Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce Kanada’da mahkemeler delilin nasıl elde edildiğinden ziyade güvenilirliği üzerinde durmaktaydı. Örneğin Ontario Bölge Mahkemesi R. v. St. Lawrence kararında sonradan elde edilen delillerle doğrulanan irade dışı itirafın yargılamada kabul edilebilir olduğuna karar vermişti.⁷²

Kanada’da zehirli ağacın meyvesi doktrini kabul edilmekte⁷³ ve bu doktrin bakımından mahkemeler genellikle türemiş delil kavramını kullanmaktadır. Bu tür delillerin kabul edilebilirliği noktasında Kanada’da iki durum karşımıza çıkmaktadır. Birinci durum ilk delilin Anayasadaki hakların ihlali nedeniyle hukuka aykırı olarak elde edilmesi bağlamında, ikincisi ise Anayasanın 13 üncü maddesi ile Delil Kanununun⁷⁴ 5 inci maddesi kapsamında tanığın kendisi

Mahkemesi İçtihat Veri Tabanı), Davaya konu somut olayda gizli bir polis ajanı başvurandan eroin almak istediğini söylemiş ve para karşılığında başvuranın polise eroin satması üzerine başvuran kendisini bekleyen polisler tarafından yakalanmıştır. Mahkeme Kararında Ulusal hukukun Devlet görevlilerince kışkırtma sonucu elde edilen delillerin kullanılmasına müsamaha göstermemesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁷¹ Mark D. Wiseman, ‘The Derivative Imperative: An Analysis of Derivative Evidence in Canada’, (May 1997) 39 Criminal Law Quarterly 435, 436

⁷² Kersi B Shroff and Stephen F. Clarke, *Admissibility of Illegally Obtained Evidence: A Comparative Analysis of the Laws of England, Scotland, Ireland, Canada, Australia, and New Zealand*, (Library of Congress Law Library 1981) 31

⁷³ Dülger, 124.

⁷⁴ Canada Evidence Act. 1985

aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamayacağı hükmüne aykırılık noktasında kendini göstermektedir.⁷⁵

Kanada Anayasası Anayasaya aykırı elde edilen deliller bakımından açık bir düzenleme içermektedir. Anayasanın 24 üncü maddesinin ikinci fıkrası bir mahkemenin, delillerin Anayasa ile güvence altına alınan herhangi bir hak veya özgürlüğü ihlal eden veya reddeden bir şekilde elde edildiği sonucuna varması durumunda, tüm koşullar göz önünde bulundurularak, yargılamalarda kabul edilmesinin adaletin idaresinin itibarını zedeleyeceği tespit edilmesi halinde delillerin yargılamada kullanılmayacağı hükmünü içermektedir.⁷⁶ Görüldüğü üzere Anayasanın bu maddesinde delillerin hangi şartlar altında yargılamada kullanılmayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Maddeye göre delillerin kullanılmaması için Anayasada güvence altına alınan bir hakkın ihlaliyle elde edilmesi gerekecek ve bu ihlal neticesinde delilin yargılamada kullanılmasının yargılamanın adilliğini etkilemesi gerekecektir. İhlal ile adil yargılanmanın etkilenmesi arasında bir nedensellik kurulması gerekecektir.⁷⁷

Maddenin yürürlüğe girmesinin ardından Kanada Yüksek Mahkemesinin hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili önemli kararları, 1985 yılında R. v. Therens⁷⁸ ve 1988 yılında R. v. Strachan kararları olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁹ Anayasanın ihlal edilerek elde edilen delillerin yargılamada kullanılması bakımından bu iki davada iki farklı yönde karar verilmiştir. R. v. Therens Kararında Yüksek Mahkeme Anayasanın ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin kullanılmayacağına hükmederken, Anayasanın güvence altına aldığı bir hak veya özgürlüğün ihlalinden elde edilen delilden neyin kastedildiği sorusuna değinmiştir.⁸⁰ Strachan Kararında ise Yüksek Mahkeme, sanığın yakalama sırasında hakları düzenleyen Anayasanın 10 uncu maddesinin⁸¹ ihlal edilmesinin ardından evinde ele geçirilen uyuşturucu maddenin yargılamada kullanılabilmesine hükmetmiştir. Karara konu somut olayda, bir arama kararına istinaden evinde arama yapılan sanığın avukat hakkının kullandırılmaması nedeniyle ele geçirilen uyuşturucunun davada delil olarak kabul edilemeyeceği

⁷⁵ Wiseman, 437

⁷⁶ Kanada Anayasası madde 24/2

⁷⁷ Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant, Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, (5th ed, LexisNexis 2018) 399

⁷⁸ Eileen Skinnider, 'Improperly or Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada', (December 2005) International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy 1, 25

⁷⁹ Wiseman, s.440.

⁸⁰ Julianne P. Arfeit, 'A Triumph of Liberalism: The Supreme Court of Canada and The Exclusion of Evidence' (2002) 40 Alberta Law Review 299, 318

⁸¹ Kanada Anayasasının 10 uncu maddesi yakalama ve gözaltı kenar başlığı taşımakta olup, maddede yakalama ve gözaltı bakımından kişilerin hangi haklarının olduğu düzenlenmektedir.



iddiası yer almaktadır.⁸² Kararda Anayasanın 24 üncü maddesinin bakımından somut olaydaki ihlalin niteliği değerlendirme konusu yapılmış ve ele geçirilen uyuşturucu maddelerin delil olarak kullanılması gerektiğine hükmedilmiştir.⁸³

Kanada Yüksek Mahkemesinin hukuka aykırı delil kullanılmak suretiyle elde edilen türev delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağıyla ilgili olarak R v Burlingham davası da önemli bir yer tutmaktadır. Davada cinayetle suçlanan sağın avukatı olmadan alınan ifadesinde cinayeti işlediği silahın yerini söylemesi üzerine Anayasada düzenlenen avukattan yararlanma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle, delilin davada gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte, türemiş delil niteliğindeki silah ve ifadenin yargılamada kabul edilmesinin adalet idaresinin itibarını zedeleyebileceğini kaydetmek suretiyle kullanılamaz olduğuna hükmetmiştir.⁸⁴ Kanada Yüksek Mahkemesinin delillerin dışlanması bakımından 1982 yılından 2004 yılına kadar verdiği yetmiş dört kararda somut olaya göre delilin kabul edilmesine ya da yargılamada kullanılmamasına hükmettiği görülmektedir.⁸⁵

2. İsrail uygulaması

İsrail zehirli ağacın meyvesi doktrini kabul edilmediği bir ülkedir. İsrail’de hukuka aykırı elde edilen delillerle ilgili olarak aslında ana aktör İsrail Yüksek Mahkemesidir.⁸⁶ Her ne kadar zorla elde edilen itiraf,⁸⁷ yasadışı dinleme yoluyla

⁸² R. v. Strachan [1988] Supreme Court of Canada 19749 [1988]

⁸³ James Stribopoulos, ‘Lessons from the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate’ (1999) 22 Boston College International & Comparative Law Review 77, 124-125. Mahkeme gerekçesinde aramanın hukuka uygun bir arama kararına dayandığına vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre sanığın avukat hakkının ihlal edilmesi sanığın yakalanmasından, suçla ilgili eşyaların ele geçirilmesinden ve diğer iki kişi olay yerinden ayırdıktan sonra gerçekleşmiştir. Bu noktada sanığın avukatının aramasının engellenmesinde herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Ancak mahkemeye göre aramada ele geçirilenlerle avukatla görüşme hakkının ihlali arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır.

⁸⁴ Skinnider, 15

⁸⁵ Skinnider, 25-26, Mahkeme bu kararlarında kimi zaman delilleri dışlamanın bir yanda gerçeğin çıkarları ile diğer yanda yargı sisteminin bütünlüğü arasında bir dengeyi temsil edeceği gerekçesiyle delilin kabul edilmesine karar verirken (R. v. Simmons, 1988), bazı kararlarında sistemin itibarına delillerin kabul edilmesinin mi yoksa dışlanmasının mı daha iyi hizmet edeceğini irdelemiştir. Mahkemeye göre delillerin dışlanmasından kaynaklanabilecek herhangi bir itibarsızlığı dikkate almak gerekecektir. (R. V. Collins 1987) Bunun yanında Mahkemenin başkaca seçeneklerin varlığı nedeniyle delillerin dışlanması gerektiği kanaatine vardığı kararlar da bulunmaktadır. (R. v. Feeney 1997)

⁸⁶ Mohammed Saif and Alden Wattad, ‘Did God say, ‘You shall not eat of any tree of the garden?’” Rethinking the “Fruits of the Poisonous Tree” in Israeli Constitutional Law’, (2005) Oxford University Comparative Law Forum, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/did-god-say-you-shall-not-eat-of-any-tree-of-the-garden-rethinking-the-fruits-of-the-poisonous-tree-in-israeli-constitutional-law/> (Erişim tarihi: 11.01.2021)

⁸⁷ Evidence Ordinance m.12

elde edilen deliller⁸⁸ ve özel hayatın gizliliğini ihlal ederek elde edilen deliller⁸⁹ bakımından özel yasal düzenlemeler bulunsa da konu esasen Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla şekillenmektedir.

İsrail Yüksek Mahkemesinin 2006 tarihli Issacharov kararı zehirli ağacın meyvesi bakımından ülkedeki önemli içtihatlardan biridir.⁹⁰ Aslında karara konu somut olayda mahkeme birincil nitelikteki delillerin değerlendirilmesi meselesiyle ilgilenirken, hukuka aykırı delil sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki deliller bakımından da görüş bildirmiştir.⁹¹ Mahkeme kararında zehirli ağacın meyvesi doktrinini açıkça reddetmesine rağmen, bu durumun türetilmiş delillerin dışlanması seçeneğini ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir.⁹²

Farhi v. İsrail Devleti davası, İsrail Yüksek Mahkemesinin, türev delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak karşılaştığı ilk davadır.⁹³ Bu kararda Yüksek Mahkeme Issacharov'daki kararıyla tutarlı olarak, "zehirli ağacın meyveleri" doktrinini reddettiğini kabul etmesi doğrultusunda, türetilmiş kanıtların genel bir kural olarak yargılamada kabul edilebilir olması gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, türetilmiş kanıtların her zaman dışlanmadan muaf olmayacağını da ifade etmiştir.⁹⁴ Karara konu somut olayda Farhi'ye, dört nitelikli cinsel saldırı suçu isnat edilmektedir. Bu suçlar bakımından hakkındaki en önemli delil bir cinayet soruşturması sırasında Farhi'den alınan tükürük örneğinden elde edilen DNA profilidir.

Farhi bir cinayet soruşturması kapsamında gönüllü olarak örnek vermiş ve polis, numuneyi almadan önce, örneğin söz konusu cinayetin soruşturulması dışında herhangi bir amaç için kullanılmayacağını Farhi'ye bildirmiştir. Cinayet soruşturması kapsamında Farhi'nin DNA profilinin cinayet mahallinde bulunan DNA ile eşleşmediği anlaşılmıştır. Daha sonra yürütülen nitelikli cinsel saldırı soruşturması kapsamında olay yerinde ele geçirilen sperm örneklerinin DNA analizinde, spermin Farhi'nin DNA'sıyla uyumlu olduğu tespit edilmiştir. Bu işlem yapılırken Farhi'nin cinayet soruşturması kapsamındaki DNA profili kullanılmıştır. Bunun üzerine Farhi yakalanmış ve kendisinden DNA örneği alınmak istenmiştir. Reddetmesi üzerine de evindeki sigara izmaritinden bilgisi dışında örnek alınmıştır. Nitelikli cinsel saldırı soruşturması kapsamında Farhi

⁸⁸ Secret Monitoring Law m.13

⁸⁹ The Privacy Protection Act of 1981 m.32.

⁹⁰ Issacharov v. Chief Military Prosecutor, [2006] Israel Supreme Court 61(1) [2006] 461

⁹¹ Yuval Merin, 'Lost Between the Fruits and The Tree: In Search of a Coherent Theoretical Model for The Exclusion of Derivative Evidence', (Spring 2015) 18 New Criminal Law Review 273, 287

⁹² Binjamin Blum, 'Exclude Evidence You Exclude Justice'? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov' (2010) 16 Southwestern Journal of International Law 385, 403

⁹³ Merin, 288

⁹⁴ Merin, 288



aleyhine olan esas delil sigara izmaritinden alınan bu DNA örneğiydi. Farhi suçlamaları reddetmiş ancak savcılık, Farhi'nin cep telefonunun, suçların işlendiği sırada olay mahallinin yakınında bulunduğunu gösteren cep telefonu izleme verilerini mahkemeye delil olarak sunmuştur. Bölge Mahkemesi, Farhi'nin DNA kanıtlarının dışlanması ve delil olarak kullanılmaması yönündeki talebini reddetmiş ve mahkûmiyetine karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yüksek Mahkeme Farhi'ye ilk DNA örneğini cinayet soruşturması dışında herhangi bir amaçla kullanmama sözünün Arama Kanunu ve 1981 tarihli Özel Hayatın Korunması Kanununa aykırı olduğunu belirttiikten sonra, bu hususu sanığın haklarının ihlal edildiği noktasında değerlendirmeye aldığı ifade etmiştir. Buna göre Mahkeme, delillerin dışlanıp dışlanmaması gerektiğini incelemeye başlamıştır. Mahkeme, cinayet soruşturması sırasında elde edilen ilk DNA örneğini birincil delil, geri kalan delilleri türev olarak sınıflandırmıştır.

Mahkeme, Farhi'ye verilen sözün ihlali olmasaydı hiçbir kanıtın bulunamayacağına ve bu nedenle, ilk DNA örneğinin kabulünün, onun adil yargılanma hakkına önemli ölçüde ve gereksiz yere zarar vereceği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte birincil DNA örneğinin dışlanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu noktada Yüksek Mahkeme türev delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorusunun cevabını araştırmaya başlamıştır. Mahkeme, türetilmiş delillerle ilgili temel endişenin, birincil kanıtla olan bağlantısı olduğu tespitini yaptıktan sonra, birincil nitelikteki dışlanan delille türev delil arasındaki nedensel bağlantı ne kadar güçlüyse, birincil delilin hukuka aykırılık niteliğinin türev delili de bozma ve böylece onu dışlama eğilimini artırma olasılığını artıracaklarını ifade etmiştir. Mahkeme somut olay bakımından ilk DNA profili ile kanıtların geri kalanı arasında yadsınamaz bir nedensel bağlantı olduğuna vurgu yapmasının yanında Farhi, tükürük örneğini gönüllü olarak vermemiş olsaydı, cinsel suçları işlediğinden şüphelenilmeyeceği ve açıkça bu suçlarla bağlantılı olarak hakkında soruşturma yapılmayacağı tespitinde bulunmuştur. Mahkeme DNA profili bakımından aynı nitelikte oldukları ve ilk DNA profilindeki hukuka aykırılığın ikinciye sirayet ettiği için yargılamada kullanılmayacağını kabul etmesine rağmen bunun dışında kalan diğer türev kanıtlara, cep telefonu izleme verileri ve ifadesini yargılamada kullanılmak suretiyle mahkûmiyet kararını onamıştır.⁹⁵ İsrail'in bu bağlamda bir tarafa iyiniyeti diğer tarafa ise hukuka aykırılığı koyduğu ve emniyeti tercih ettiği söylenebilecektir.⁹⁶ Aslında Yüksek Mahkemenin kararının çelişkiler içerdiği açıktır. Mahkemenin bu kararıyla bir yandan ilk delil olmadan diğer hiç bir delilin elde edilemeyeceğini kabul ederek

⁹⁵ Merin, 314-319

⁹⁶ Michael Madden, 'The Exclusion of Improperly Obtained Evidence at the International Criminal Court: A Principled Approach to Interpreting Article 69(7) of the Rome Statute' (April 2014) Dalhousie University 77

hukuka aykırılığını ikincil delile de sirayet edeceğini belirtirken diğer yandan sadece bir delil dışında diğer delillerin yargılamaya esas alınabileceğini kabul etmektedir. Bu durum zehirli ağacın meyvesi doktrininin hem kabul edilip hem de reddedilmesi gibi bir sonuç doğmasına, ancak en nihayetinde bu doktrinin kabul edilmemesi sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır. Doktrin gerekçede kabul edilirken kararda kabul edilmemiştir.

3. Hollanda sistemi

Zehirli ağacın meyvesi doktrininin Hollanda uygulaması incelendiğinde, Ülkede doktrinin kanuni düzenleme bağlamında bir yer bulamadığı görülmektedir.⁹⁷ Doktrin içtihat yoluyla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmış olmakla birlikte, Yüksek Mahkemenin doktrini çok da önemsemediği söylenebilecektir.⁹⁸ Hollanda ceza muhakemesi sisteminde doktrin bakımından ilk karar 1979 tarihli Amsterdam Temyiz Mahkemesine aittir.⁹⁹ Karar, sanığın sorgulamasında sanığa birtakım uygulamalarla baskı yapılması halinde sanığın itirafının delil olarak kullanılamayacağı esasına dayanmaktadır. Somut olayda, sanığın cebinden evinin anahtarı alınmak suretiyle hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucunda bulunan silahın, sanığın itirafında etkili olduğu gözetilmek suretiyle delil olarak kullanılamayacağına karar verilmiştir. Mahkeme sanığın itiraf etmesinde evinde bulunan silahın etkili olduğuna ve itirafın doğrudan hukuka aykırı arama ve elkoymanın bir sonucu olarak, zehirli bir ağacın meyvesi olduğu için yargılamada kullanılmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.¹⁰⁰ Hal bu olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme bu tür durumlarda delillerin yargılamada kullanılamaması için doğrudan bağlantı (direct connection) şeklinde ifade edebileceğimiz bir bağ aramaktadır. Doğrudan bağlantı kavramı zehirli ağacın meyvesi doktrininin uygulanabilmesi için münhasıran hukuka aykırı fiillerin sonucu olmayı gerektirmektedir.¹⁰¹ Yüksek Mahkeme bu bağlamda somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmakta ve delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında somut olayın özelliklerine göre karar vermektedir.¹⁰²

⁹⁷ Marc. S. Groenhuijsen, 'Illegally obtained evidence: an analysis of new trends in the criminal justice system of The Netherlands' (2008) XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports 91, 100

⁹⁸ Marc Thommen and Mojan Samadi, 'The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law' (2016) 24 European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice 65, 76

⁹⁹ Groenhuijsen, 100

¹⁰⁰ NJ [1979] Amsterdam Court of Appeal [1980]

¹⁰¹ M.J. Borgers and L. Stevens, 'The Use of Illegally Gathered Evidence in the Dutch Criminal Trial' (December 2010) 14 Electronic Journal of Comparative Law 1, 7

¹⁰² Christopher Slobogin, 'A Comparative Perspective on the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases' (2013) Vanderbilt Public Law Research 1, 9



Hollanda Yüksek Mahkemesi 2004 yılında verdiği bir kararında hukuka aykırı arama sonucunda bulunan suça konu eşyaların yargılamada kullanılabilmesine hükmetmiştir. Karara konu somut olayda evden hırsızlık suçundan şüpheli olan şahıs hukuka aykırı olarak durdurulmuş ve kendisine hırsızlık konusu eşyanın kendisinde olup olmadığı sorulması üzerine çantası ve montunu yere fırlatarak “siz bakın” diye polise bağırıştır. Bunun üzerine polisin çanta ve montta yaptığı aramada hırsızlık konusu eşyaya ulaşılmıştır. Yargılamada şüphelinin hukuka aykırı olarak yakalandığı ve bu nedenle de bulunan eşyanın zehirli ağacın meyvesi olması nedeniyle delil olarak kullanılmayacağı iddia edilse de, Mahkeme somut olayda doğrudan bağlantı olmadığı gerekçesiyle delillerin kullanılabilmesine hükmetmiştir.¹⁰³

4. Hindistan modeli

Zehirli ağacın meyvesi doktrini bakımından Hindistan sistemi incelendiğinde aslında bu doktrinin hukuka aykırı delillerin dışlanmasıyla aynı formatta değerlendirildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu doktrinin hukuka aykırı delillerin yargılama dışı tutulması olarak algılandığı söylenebilecektir.¹⁰⁴ Hindistan ceza muhakemesi sisteminde delillerle ilgili olarak 1872 tarihli Delil Kanunu önemli bir yer tutmaktadır.¹⁰⁵ Bununla birlikte, Hindistan Ceza Muhakemesi sisteminde hukuka aykırı delillerin değerlendirilmeyeceği iddiası Anayasanın 20 nci maddesi bağlamında dile getirilmektedir.¹⁰⁶ Hindistan Yüksek Mahkemesi hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili olarak, hukuka aykırılığın delil olarak değerlendirilmeyi etkilemediği yönünde bir tavır takınmış durumdadır. Mahkeme bu tutumunu gerek 1973 yılında verdiği R.M. Malkani v. Maharashtra ve gerekse nispeten yeni tarihli olan 2005 yılında verdiği Navjot Sandhu @ Afzal Guru kararlarında göstermiştir.¹⁰⁷

Hindistan Yüksek Mahkemesi R.M. Malkani v. Maharashtra ve Navjot Sandhu @ Afzal Guru kararlarında delilin hukuka aykırı olmasını

¹⁰³ Borgers and Stevens, 7

¹⁰⁴ Vijay Pal Singh, ‘Poison tree principle: It’s applicability in India’, (January 2018) 3 International Journal of Advanced Research and Development 370

¹⁰⁵ The Indian Evidence Act 1872, Vepa P. Sarathi, ‘Historical Background of The Indian Evidence Act, 1872’, (1972) Journal of The Indian Law Institute 1, 3

¹⁰⁶ Khagesh Gautam, ‘The Unfair Operation Principle and The Exclusionary Rule: On The Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Criminal Trials in India’ (2017) 27 Indiana Int’l & Comp. Law Review 147, 188, Hindistan Anayasanın 20 nci maddesi “*Suçlardan mahkumiyet konusunda koruma*” kenar başlığını taşımakta olup, hiç kimsenin işlendiği sırada suç olmayan bir fiilden cezalandırılmayacağı, hiç kimsenin aynı fiilden birden fazla kez cezalandırılmayacağını ve hiç kimsenin kendisine karşı tanıklıkta bulunmaya zorlanamayacağı hükümlerini içermektedir. Bununla birlikte, maddede hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi noktasında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

¹⁰⁷ Paras Mary, ‘A Relook at the Admissibility of Illegally or Improperly Obtained Evidence’, (Mart 2019) VIII Nliu Law Review 213, 216-217

değerlendirilme dışı bırakılması bakımından yeterli görmemiş ve hukuka aykırı olsalar dahi delillerin değerlendirilebileceğine hükmetmiştir.¹⁰⁸ R.M. Malkani v. Maharashtra kararına konu somut olayda, bir hastanın ameliyat sonrası ölümünün ardından ameliyatı gerçekleştiren ve hastaya teşhis koyan doktordan adli tıp görevlisince¹⁰⁹ rüşvet istenmiştir. Doktorla rüşvet isteyen adli tıp görevlisi arasında yapılan görüşmeler polis tarafından kaydedilmiş ve yargılamada mahkemeye sunulmuştur. Mahkemede rüşvet isteyen adli tıp görevlisi konuşmaların 1885 tarihli Telgraf Kanununun 25 inci Bölümüne aykırı olarak elde edildiği ve bu nedenle kullanılmayacağı iddiasında bulunmuştur. Kanuna göre telefon görüşmeleri sadece Telgraf İdaresi tarafından görüntülenebilmekte ve engellenebilmekte, ayrıca Kanuna göre telefon görüşmelerinin kaydedilmesi suç olarak düzenlenmektedir. Somut olayda önce Bombay Bölge Mahkemesi talebi hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle reddetmiş, ardından Yüksek Mahkeme de aynı gerekçeyle delillerin yargılamada kullanılabilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹¹⁰

VIII. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ İLE DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI ARASINDAKİ BAĞLANTI

Bilindiği üzere ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma vasıtası olarak deliller kullanılmakta ve deliller sayesinde işlendiği iddia olunan suçun kim tarafından ve nasıl işlendiği tespit edilmektedir. Bu bağlamda deliller ceza muhakemesinin olmazsa olmazı olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ceza muhakemesinin başlamasına vesile olan delil olmayan bir ceza muhakemesinden bahsetmek mümkün değildir. Delillerin nevi ve vasıflandırılması ile nelerin delil olacağı ve delillerin ispat fonksiyonu bakımından modern ceza muhakemesi sistemlerinde delillerin serbestliği ilkesi kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu serbestliği sınırsız bir serbestlik şeklinde anlamamak gerekir. Şöyle ki, delillerin serbestliğinin her ne pahasına olursa olsun delil elde edilmesi ve tüm delillerin hükme esas alınması anlamı taşımayacağına bir tereddüt bulunmamaktadır.

Delillerin serbestliğine getirilen sınırlamaların iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyut delilin elde edilmesine ilişkin olarak delil elde etme yasakları ikincisi ise delil değerlendirme yasaklarıdır. Hal bu olmakla birlikte doktrinde bu yasaklar bakımından farklı ifadeler ve terimler kullanılmakta zaman zaman da farklı sınıflandırmalar yapılabilmektedir. Bazı yazarlar “ispat yasakları”

¹⁰⁸ Mary, 216-217

¹⁰⁹ Hindistanda şüpheli ölümler “*coroner*” tarafından soruşturulmaktadır. S. M. Das Gupta, ‘Unnatural death investigation in India. A plea for the introduction of a medical examiner system of inquest’ (June 1986) Am J Forensic Med Pathol 133

¹¹⁰ Gautam, 155-157



terimini kullanırken¹¹¹ bazı yazarlar “delil yasakları” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.¹¹² “Kanuna aykırı olarak elde edilen delil” kavramını kullanan yazarlar olmakla birlikte¹¹³ doktrinde genelde hukuka aykırı delil kavramının yaygın olduğu görülmektedir.¹¹⁴

Delil değerlendirme yasakları kavramı ile hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin yasaklanması kavramları birbirine çok yakın ve birbirleriyle sıkça karıştırılan kavramlardır. Hukuka aykırı bir delilin değerlendirme dışı bırakılması sorunu ile elde edilen bir delilin belli bazı nedenlerin sonradan ortaya çıkmasıyla hükme esas alınmaması gerek altında yatan sebepler ve gerekse çıkış noktaları bakımından birbirinden ayırt edilmeleri gereken durumlardır. Bu iki durum arasında temel bazı farklılıklar söz konusudur. Hukuka aykırı olan delillerin bazıları hükme esas alınabilecekken değerlendirilmesi yasaklanan deliller de böyle bir durum söz konusu olamayıp değerlendirilmesi yasaklanan delillerin tamamı değerlendirme dışı bırakılacaktır. Bunun yanında değerlendirilmesi yasaklanan her delilin hukuka aykırı olduğu da söylenemeyecektir. Elde edilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmayan bir delil toplanmasının ardından ortaya çıkan bir nedenle hukuka aykırı hale gelmeden sadece değerlendirilmesi yasaklanmak suretiyle hükme esas alınmaması söz konusu olabilmektedir. Sonradan ortaya çıkan neden kimi zaman hukuki olmakta kimi zamansa fiili bir neden olarak tezahür edebilmektedir. Böyle bir durumda delil hukuka uygun olmakla birlikte değerlendirmeye alınmamakta ve delil değerlendirme yasakları devreye girmektedir.

Hukuka aykırı delillerin yargılamada değerlendirilebilirliği, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin ceza yargılamasında hükme esas alınıp alınamayacağını ifade etmekte iken, delil değerlendirme yasağı kavramı her ne surette elde edilmiş olursa olsun bir delilin ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşma bakımından değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceğiyle ilgilenir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde delilin nitelendirilmesi bakımından bir tespit söz konusu iken, delil değerlendirme yasaklarında delilin hükme esas alınmasının engellenmesi kimi zaman yargılamanın taraflarını koruma amacı taşımakta, kimi zamansa yasağın sistemsel bir nedeni olabilmektedir. Yasak bazı durumlarda ise yargılamada kullanılan bir müessesenin amacına hizmet etmek şeklinde kendini gösterebilmektedir.

¹¹¹ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (11. Basım, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım 2005) 231

¹¹² Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Basım, Adalet Yayınevi 2016) 623, Öztürk/ Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, 363

¹¹³ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 4.Basım, Seçkin Yayıncılık 2016) 520

¹¹⁴ Centel/ Zafer, 749, Şen, 23, Doğan Soyaslan, ‘Hukuka Aykırı Deliller’ (2003) VII AÜEHFD 9, Cumhur Şahin, ‘Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu’ (1998) I AÜEHFD 87

Modern ceza muhakemesinde gerçeğin her ne pahasına olursa ortaya çıkarılması gibi bir anlayış bulunmamaktadır.¹¹⁵ Herhangi bir sınırlama olmadan delil elde edildiği ve bu delillerin değerlendirilerek hükme esas alındığı bir sistemde adil bir yargılanmadan bahsetmek mümkün değildir. Bu noktada yargılamanın adilliyinin sağlanması noktasında deliller bakımından ceza muhakemesi sistemlerinde bireysel ve toplumsal değerlerin korunması için bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Bu sınırlamalar sayesinde maddi gerçeğe hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillerle ulaşılması gerektiği sonucuna ulaşılması sağlanmıştır.¹¹⁶

Gerek nitelikleri bakımından ve gerekse ifade ettikleri anlamlar yönünden delil değerlendirme yasakları, hukuka aykırı deliller, delil elde etme yasakları ve delil yasakları gibi kavramların tamamı birbirinden farklı anlamlar ifade etmektedir. Elde edilmesi yasaklanan bir delilin değerlendirilmesinin de yasaklanacağına herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Aksi takdirde elde etmeyi yasaklamanın bir anlamı kalmayacaktır. Bununla birlikte elde edilmesinde bir yasak olmamasına rağmen hükme esas alınmama durumunda aslında bir delil yasağı söz konusu olamayacağından delil yasakları ile delil değerlendirme yasaklarının da farklı kavramlar olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Ceza mevzuatımızda yer alan delil elde etme yasakları incelendiğinde yasakların bir kısmının şüpheli ve sanığın ifadesi alınması sırasında ya da sorgulanması esnasında ortaya çıkabilecek yöntemlerle dayandığı söylenebilir.¹¹⁷ CMK'nın "İfade ve sorgunun tarzı" kenar başlıklı 147 nci maddesi ile "İfade alma ve sorguda yasak usuller" kenar başlıklı 148 inci maddesi ifade ve sorgunun ne şekilde yapılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmış ve hangi hallerde ifadenin ve sorgunun hukuka aykırı olarak nitelendirileceği hüküm altına alınmıştır. 148 inci maddede ayrıca yasak usullerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilmesi de yasaklanmıştır.

IX. DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI BAKIMINDAN ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ DOKTRİNİ

Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen delil değerlendirme yasakları incelendiğinde, 210 uncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan tanıklıktan çekinebilecek olan kişinin, duruşmada tanıklıktan çekinmesi durumunda alınan **önceki ifadesi**, 253 üncü maddenin yirminci fıkrasında yer alan uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, 148 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan **müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan** ve hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmayan ifadeler, 250

¹¹⁵ Berrin Akbulut, 'Delil Değerlendirme Yasakları' (Aralık 2010) 2 Fasikül Hukuk Dergisi 6, 9

¹¹⁶ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II* (6. Basım, Seçkin Yayıncılık Şubat 2017) 94

¹¹⁷ Şahin/Göktürk, 94



inci maddenin onuncu fıkrası kapsamında seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, 217 nci maddenin birinci fıkrası bağlamında duruşmaya getirilmeyen ya da getirilemeyen deliller karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere delil değerlendirme yasaklarının temel amacı maddi gerçeğe her ne pahasına olursa olsun ulaşma amacını sınırlandırmaktır. Bununla birlikte, delil değerlendirme yasaklarının temelinde birbirinden farklı esaslar yatabilmektedir. Uzlaştırma ve seri muhakeme usulünde düzenlenen delil değerlendirme yasakları, bu usulün uygulanabilirliğini artırmaya yönelik olarak şüphelinin daha rahat davranması ve onarıcı adalet anlayışının gerçekleşmesine hizmet ederken¹¹⁸, müdafî olmaksızın kolluk tarafından alınan ancak hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli ya da sanık tarafından doğrulanmayan ifadenin değerlendirilme dışında bırakılması şüpheli ya da sanığın haklarını korumaya yöneliktir.¹¹⁹ Duruşmaya getirilemeyen deliller bakımından ise delillerin müşterekliğini sağlanmasına yönelik olarak taraflarca tartışılmamış ve tarafların sorgulamasına izin verilmemiş delillerin hükme esas alınması engellenerek yargılamanın adilliğine halel getirilmemesi sağlanmaya çalışılmaktadır.¹²⁰ Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin duruşmada tanıklıktan çekinmesi durumunda alınan önceki ifadesinin değerlendirme dışında bırakılmasında ise tanığın korunmasına yönelik bir yaklaşım söz konusudur.¹²¹ Görüldüğü gibi delil değerlendirme yasaklarında birbirinden farklı amaçlara hizmet edecek nitelikte düzenlemeler öngörülmektedir.

Zehirli ağacın meyvesi doktrininin delil değerlendirme yasakları bakımından uygulanabilirliğinin anlamı bu deliller sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki delilerin yargılamada kullanılmamasıdır. Doktrin delil değerlendirme yasakları bakımından uygulanacağını kabul edilmesi halinde, örneğin duruşmaya getirilmeyen ya da getirilemeyen bir delil sayesinde başkaca bir delile ulaşılmış olması durumunda kök delil diye nitelendirilebileceğimiz duruşmaya getirilmeyen ilk delil değerlendirilme dışı bırakıldığından ikincil delilin de değerlendirme dışı bırakılması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, zehirli ağacın meyvesi doktrininde asloğan hukuka aykırılığın ikincil delile sirayetinin bu delili değerlendirme dışı bırakılması şeklinde olduğundan değerlendirme yasağının ikincil delile sirayet edip etmeyeceğinin tartışılması gerekecektir. Değerlendirme yasağında ortada bir hukuka aykırılık söz konusu olmadığından hukuka aykırılığın sirayetinden değil değerlendirme yasağının sirayetinden

¹¹⁸ Çetintürk, 101

¹¹⁹ Centel/Zafer, 230-231

¹²⁰ Şenol, 62, Centel/Zafer, 227

¹²¹ Öztürk ve diğerleri, 271-273, Yenisey/Nuhoğlu, 494-495

söz edilebilecektir. Değerlendirme yasağının ikincil delile sirayet edeceğinin kabul edilmesi durumunda ikincil nitelikteki delillerin de değerlendirilme dışı bırakılacağı kabulü gerekecek, sirayet etmeyeceği görüşünün kabul edilmesi durumunda ise ikincil nitelikteki deliller hükme esas alınabilecektir. Kanaatimizce bu noktada delil değerlendirme yasağının temelinde yatan esaslı unsur her bir delil değerlendirme yasağı bakımından ayrı ayrı irdelenmeli ve bu esaslı unsurun ikincil nitelikteki delile etkisi araştırılarak zehirli ağacın meyvesi doktrinin delil değerlendirme yasaklarına uygulanabilirliği tespit edilmeye çalışılmalıdır. Toptancı bir anlayışla ikincil delilin de değerlendirilemeyeceği ya da değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım benimsenmemelidir.

Ceza muhakemesinde alternatif usullerde düzenlenen delil değerlendirme yasakları yukarıda belirtildiği üzere uzlaştırma ve seri muhakeme usulü bakımından söz konusudur. Mağdurun ceza muhakemesinde ön plana çıkarılması ve uygulanabilirliği artırmak için bu usullerde delil değerlendirme yasakları öngörülmüştür. Bilindiği gibi uzlaştırma, işlendiği iddia olunan bir suç sonrasında suçun mağduru ve fail arasında görüşmeler yapılmak suretiyle anlaşma sağlanmaya çalışılması şeklinde bir sistemdir.¹²² Uzlaştırma müessesesinde temel nokta suçun faili ile mağdurun bir araya getirilmesi ve görüşmelerle bir anlaşmaya varmalarının sağlanmasıdır. Böylelikle suçtan doğan mağduriyet giderilmeye çalışılmaktadır.¹²³ Uzlaştırma müessesesinde delil değerlendirme yasağı kendisini uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar noktasında göstermektedir. Şöyle ki, uzlaştırma müzakereleri sırasında gerek mağdur ve gerekse suçun faili tarafından yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamamaktadır. Kanun Koyucu her ne kadar sadece açıklamalar bakımından bir değerlendirme yasağı getirmiş ise de, bu açıklamalarda başkaca bir delile temas edilmesi durumunda bu delilin kullanılıp kullanılmayacağı açısından herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu açıklamalardan bir delil türetilmesi durumunda bu delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği net değildir. Kanaatimizce Kanun Koyucu uzlaştırma görüşmeleri bakımından açıklamalar noktasında tam bir koruma sağladığından açıklamalardan başkaca delillere gidilmesi mümkün olmamalıdır. Bu doğrultuda uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan bir açıklamada başkaca

¹²² Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde “*Uzlaşma: Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak anlaşmış olmalarını,*” şeklinde (k) bendinde de “*Uzlaştırma: Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırma tarafından anlaşılmaları suretiyle uyumsuzluğun giderilmesi sürecini,*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹²³ Ekrem Çetintürk, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma (Adalet Yayınevi 2017) 101



bir delile işaret edilmesi durumunda bu delilin değerlendirilme dışı bırakılması gerekmektedir. Aksi takdirde açıklamanın korunmasından başka bir anlatımla açıklamanın değerlendirilmediğinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Aslında bu durumda yapılması gereken bu açıklama hiç yapılmamış gibi davranılması ve bu açıklamadan herhangi bir delile gidilmemesidir. Bununla birlikte, başkaca bir kaynaktan, yani müzakerelerdeki açıklamalardan bağımsız olarak bu delile ulaşılması durumunda artık değerlendirilmesi yasaklanan delil ile bu delil arasındaki bağ kopacağından ikincil delilin değerlendirilmesi mümkün hale gelmiş olacaktır.

Uzlaştırma bakımından yapılan açıklamalar seri muhakeme usulü bakımından da söz konusudur. Seri muhakeme usulünde şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanından başkaca bir delile ulaşılması mümkün olmamakla birlikte, seri muhakeme usulünün uygulanmasına dair diğer belgelerden ikincil nitelikte delil elde edilmesi mümkün olabilecektir. Bu tür durumlarda uzlaştırmada olduğu gibi bu deliller yargılamada değerlendirilmemeli ve hükme esas alınmamalıdır. Kanun koyucu bu alternatif usuller bakımından korunaklı bir alan oluşturmaya çalıştığından değerlendirilmesini yasakladığı delillerden başkaca delillere ulaşılabilirliğinin kabul edilmesi durumunda, Kanun Koyucunun bu korunaklı alanına zarar verilmesi kaçınılmazdır. Bu noktada daha dikkatli davranılması ve müesseselerin mantığına ve ruhuna aykırı gelecek uygulamalardan kaçınılması gerekecektir. Böyle bir tutum Kanun Koyucunun gayesine uygun düşeceği gibi ceza muhakemesi süjelerinin korunmasına da hizmet ederek yargılamanın daha adil olması sonucunu doğuracaktır.

CMK'da yer alan diğer bir delil değerlendirme yasağı da müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ve hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmayan ifadelerdir. Kanun koyucu kolluğun şüphelinin ifadesini müdafii olmaksızın alamayacağı yönünde bir irade ortaya koymamış ancak müdafii olmaksızın alınan bu ifadenin delil olarak değerlendirilebilmesi için hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanması esasını benimsemiştir. Burada delilin elde edilmesi yasaklanmamış, hukuka uygun bir şekilde elde edilen delilin sadece değerlendirilmesi yasaklanmıştır.¹²⁴ Böyle bir değerlendirme yasağının ihdas edilmesindeki amaç şüphelinin ifadesinin güvenilirliğini sağlamak ve özgür iradesine dayanmadığı yönündeki ortaya çıkabilecek iddiaların önüne geçmektir.

Kanun Koyucu her ne kadar ifade alınmasında yasak usulleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş olsa da hakkında suç isnat edilenler bakımından bu delillerin değerlendirilemeyeceğini kabul etmek suretiyle ekstra bir koruma daha

¹²⁴ Demirbaş böyle bir delile dayanılması durumunda hukuka aykırı delile dayanıldığı görüşündedir. Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* (Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) 345

öngörmüştür.¹²⁵ Bu noktada sorulması gereken soru değerlendirilemeyen ve hükme esas alınamayan ifadeden hareketle delil elde edilmesi durumunda bu delil yargılamada kullanılabilir mi? Kanaatimizce yine bu delil değerlendirme yasağının altındaki nedene ve bu durumun ikincil delile sirayetine bakmak gerekir. Kanun koyucu ifade ve sorguya ilişkin düzenlemeleri yaparken şüpheli ve sanığın hakkının korunması noktasından hareket etmiş ve tam bir koruma sağlamak istemiştir. Bu bağlamda şüphelinin ifadesini özgür bir şekilde vermesi için gerekli tedbirleri almıştır. Bu tedbirlere ek olarak da kolluk tarafından müdafî olmaksızın alınan ifadelerin doğrulanmadıkça değerlendirmeye alınmaması yönünde irade ortaya koymuştur. Bu değerlendirme yasağında ifadenin yasak usullerle alınması gibi bir durum söz konusu değildir. İfadeler yasak usullerle alınmış olması durumunda doğrulamaya ihtiyaç duyulmadan doğrudan değerlendirme dışı bırakılacaktır. Kanun koyucu müdafîlik kurumuna ayrı bir önem atfetmiş ve kolluk ifadeleri bakımından güvenilirlik noktasında tavrını net bir şekilde ortaya koymuştur. Bu düzenlemenin altında yatan neden kolluğun ifade alırken şüphelinin özgür iradesine müdahalede bulunabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Özgür iradeye dayanmama değil dayanmama ihtimali söz konusudur. Değerlendirme yasağıyla böyle bir ihtimal bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Korumanın dozunun artırılarak kolluk ifadelerinin tamamının şaibe altında bırakılması doğru bir yaklaşım değildir. Böyle bir yaklaşım Kanun Koyucunun amacının ötesine geçmiş bir tutum olacaktır.

Şüphelinin ifadesinin hukuka aykırı bir şekilde alındığı hususunda bir şüphe bulunması halinde bu husus ayrıca araştırma konusu yapılacak ve ifadeden hareketle yeni bir delil elde edilmesi durumunda başkaca bir mekanizma işletilecektir. Bunun ötesinde ifadenin hukuka aykırı bir şekilde alınmadığı halde bu ifadeden hareketle bir delil elde edilir ve bu delil değerlendirilme dışı bırakılırsa, diğer bir ifadeyle zehirli ağacın meyvesi doktrini bu delil değerlendirme yasağı bakımından uygulanırsa, maksadın aşılması söz konusu olacaktır. Kaldı ki, yürütülen soruşturmada şüpheli ifadesi en önemli delillerden birisi olduğundan, herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değilken şüphelinin ifadesi sayesinde elde edilen ikincil nitelikteki delillerin değerlendirilmemesi ceza yargılamasının tamamen başa dönmesi ve işlemez hale gelmesi sonucunu doğurabilecektir. **Özetle** kanaatimizce CMK'nın 148 inci maddesinin dördüncü fıkrası bağlamında düzenlenen delil değerlendirme yasağı bakımından zehirli ağacın meyvesi doktrininin uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

Diğer bir delil değerlendirme yasağı olan duruşmaya getirilmeyen ya da getirilemeyen deliller bakımından zehirli ağacın meyvesi doktrininin

¹²⁵ Böyle bir değerlendirme yasağı CMK'nın TBMM'ye sevk edilen Tasarı halinde öngörülmemiş, Tasarının Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında Kanuna eklenmiştir. *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun Tasarısı*, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf> (Erişim tarihi: 17.01.2020)



uygulanabilip uygulanmayacağı sorusunun cevabı duruşmaya getirilmeyen ya da getirilemeyen delillerin neden değerlendirilme dışı bırakıldığıyla ilgilidir. Bu delillerin neden değerlendirilme dışı bırakıldığıının tespit edilmesi durumunda doktrinin bu deliller bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevabı da bulunmuş olacaktır.

CMK'nın 217 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir. Buradaki temel mantık delillerin taşınması gereken özelliklerden olan müştereklik noktasında kendini göstermektedir. Delillerin müşterekliğinden anlaşılması gereken delillerin duruşmada tartışılması, taraflara delileri irdeleme imkânı verilmesi ve hâkimin kararını buna göre vermesidir.¹²⁶ Bu noktada aslanan delilere yargılamanın tüm taraflarının ulaşabilmesi ve delillerin taraflar tarafından tartışılmasına imkân verilmesidir. Duruşmaya getirilmeyen bir delilden elde edilen ikincil nitelikteki delilin duruşmaya getirilmesi durumunda müşterekliği sağlanmış olduğundan ilk delildeki değerlendirme yasağına yol açan sebebin ikincil delile sirayeti söz konusu olmayacaktır. Bu noktada zehirli ağacın meyvesi doktrininin de duruşmaya getirilmeyen deliller bakımından uygulama imkânı bulunduğu söylenemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, ikincil delilin duruşmaya getirilip tartışma olanağı tanınmış olması ilk delildeki duruşmaya getirilmeme ya da getirilememeden kaynaklı sakıncanın ikincil delile geçmesini engellediğinden doktrinin bu deliller bakımından uygulanması mümkün olamayacaktır.

SONUÇ

Daha adil bir ceza yargılamasının gerçekleşebilmesi adına yargılamanın adillliğini etkileyebilecek tüm hususların dikkatli ve özenli bir şekilde ele alınması gerekir. Bu bağlamda ceza yargılamasının evrensel ilkelerini etkileyecek, kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandıracak nitelikteki uygulamalardan da kaçınılmalıdır. Ceza muhakemesinin en önemli unsurlarından olan deliller bakımından da aynı durum geçerlidir. Delillerin ceza muhakemesinin olmazsa olmazı olmalarından dolayı toplanmaları ve değerlendirilmeleri bakımından gerek kanuni düzenlemeler kodifiye edilirken ve gerekse mahkeme kararları kaleme alınırken dikkatli davranılmalıdır. Bu noktada yapılacak bir hata yargılamanın adillliği bakımından artık geri dönüşü olmayan bir yola girilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Delillerin değerlendirilmesi ve hükme esas alınması konusunda hangi delillerin dışarıda bırakılacağı ve hükme esas alınmayacağı açık bir şekilde belirlenmiş olmalıdır. Bu belirleme mevzuat düzeyinde olabileceği gibi mahkeme kararları şeklinde, diğer bir ifadeyle içtihat yoluyla da yapılabilir.

¹²⁶ Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, (Genişletilmiş 2.Basım, Seçkin Yayıncılık Eylül 2011) 429

Yöntem noktasında farklılık olmakla birlikte belirleme net olmalıdır. Hangi delillerin hükme esas alınacağı, hangilerinin alınmayacağı açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu şekilde bir açıklık olmaması halinde mahkeme kararları farklılık gösterebileceğinden adalet duygusunun zedelenmesi de kaçınılmazdır.

Mevzuatımızda hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılması yönünde kanuni bir düzenleme bulunmasına rağmen zehirli ağacın meyvesi doktrininin kabul edilip kabul edilmediği belirgin değildir. Mahkeme kararlarıyla da bu belirginlik sağlanamamıştır. Bu noktada doktrin kabul edilecek ise kabul edildiği, kabul edilmeyecek ise kabul edilmediği şeklinde, her ne kadar kodifikasyonu zor olsa da, açık bir düzenleme yapılması gerekebilir. Aksi takdirde doktrini kabul eden mahkeme kararlarıyla karşılaşılabilirdiği gibi kabul etmeyen mahkeme kararları da söz konusu olmaya devam edecektir. Bu durumda benzer konularda farklı tavırlar sergilenmiş olduğundan çelişkiden kaçınılamayacaktır. Bunun yanında delil değerlendirme yasakları bakımından benzer şekilde hareket edilmelidir. Değerlendirilemeyen bir delilin varlığı halinde bu delilden başkaca deliller elde edilmesi durumunda da benzer şekilde tavır alınmalı ve konu net olarak çözüme kavuşturulmalıdır. Bu tür durumlarda somut olaya göre farklı kriterler ve değerlendirmelerin devreye girmesi kuvvetle muhtemel olduğundan bir düzenleme şeklinde belirginlik sağlanması oldukça zordur. Bu hususun içtihat yoluyla net bir şekilde çözüme kavuşturulması daha yerinde olacaktır. Böylelikle her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınabilecek ve daha doğru hareket edebilme imkânı sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

'Evidence - Defendant's Confession Following Confrontation with Illegally Seized Evidence Not Excluded Where Independent Motive Induced the Confession' (1975) 9 University of Richmond Law Review 767

'Exclusionary Rule: United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)' (1974) 65 Journal of Criminal Law and Criminology 460

'Exclusionary Rule: United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)', 461

Ahmet Gökçen ve Kerim Çakır, 'Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları', (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 2911

Ali Eryılmaz, *Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil* (Hukab Yayınları 2013)

Ana Maria Torres Chedraui, 'An Analysis of the Exclusion of Evidence Obtained in Violation of Human Rights in Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', (2010-2011) 15 Tilburg Law Review 205



Ayhan Önder ve Erol Cihan, *Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleri ile İlgili Ek*, (Filiz Kitabevi 1993)

Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuk Ders Kitabı*, (3. Basım, Seçkin Yayınları 2010)

Bahri Öztürk, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları* (Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1995)

Berrin Akbulut, 'Delil Değerlendirme Yasakları' (Aralık 2010) 2 Fasikül Hukuk Dergisi 6

Binyamin Blum, 'Exclude Evidence You Exclude Justice'? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov' (2010) 16 Southwestern Journal of International Law 385

Brian S. Conneely and P. Murphy Edmond, 'Inevitable Discovery: The Hypothetical Independent Source Exception to the Exclusionary Rule' (Fall 1976) 5 Hofstra Law Review 137

Cem Şenol, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı* (1. Basım, Levha Yayıncılık 2015)

Christopher Slobogin, 'A Comparative Perspective on the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases' (2013) Vanderbilt Public Law Research 1

Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II* (6. Basım, Seçkin Yayıncılık Şubat 2017)

Cumhur Şahin, 'Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu' (1998) I AÜEHFD 87

Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2005)

Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, (Yetkin Yayınları 1994)

Doğan Soyaslan, 'Hukuka Aykırı Deliller' (2003) VII AÜEHFD 9

Eileen Skinnider, 'Improperly or Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada', (December 2005) International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy 1

Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma* (Adalet Yayınevi 2017)

Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (11. Basım, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım 2005)

Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, (1998)

Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 4.Basım, Seçkin Yayıncılık 2016)

Feridun Yenisey, 'Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller' (1996) Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu İstanbul Barosu Yayını

Feridun Yenisey, 'Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller' içinde Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoglu (edt.), *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, (Cilt I Seçkin Yayıncılık 1995) 1239

Howard R. Shapiro, 'Miranda without Warning: Derivative Evidence as Forbidden Fruit', (1974) 41 Brooklyn Law Review 325

James Stribopoulos, 'Lessons from the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate' (1999) 22 Boston College International & Comparative Law Review 77

Jeffrey M. Bain and Michael K. Kelly, 'Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions' (1977) 31 University of Miami Law Review 615

John Jackson, 'Human Rights, Constitutional Law and Exclusionary Safeguards in Ireland' içinde Roberts, Paul ve Jill Hunter (edt.) *Criminal Evidence and Human Rights Reimagining Common Law Procedural Traditions* (Hart Publishing: Oxford ve Portland, Oregon, 2012)

Julianne P. Arfeit, 'A Triumph of Liberalism: The Supreme Court of Canada and The Exclusion of Evidence' (2002) 40 Alberta Law Review 299

Kayıhan İçel, 'Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları', (1988) İÜHF Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan 121

Kersi B Shroff and Stephen F. Clarke, *Admissibility of Illegally Obtained Evidence: A Comparative Analysis of the Laws of England, Scotland, Ireland, Canada, Australia, and New Zealand*, (Library of Congress Law Library 1981)

Khagesh Gautam, 'The Unfair Operation Principle and The Exclusionary Rule: On The Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Criminal Trials in India' (2017) 27 Indiana Int'l & Comp. Law Review 147

M.J. Borgers and L. Stevens, 'The Use of Illegally Gathered Evidence in the Dutch Criminal Trial' (December 2010) 14 Electronic Journal of Comparative Law 1

Marc Thommen and Mojan Samadi, 'The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under



Swiss, Dutch and European Human Rights Law' (2016) 24 European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice 65

Marc. S. Groenhuijsen, 'Illegally obtained evidence: an analysis of new trends in the criminal justice system of The Netherlands' (2008) XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports 91

Mark D. Wiseman, 'The Derivative Imperative: An Analysis of Derivative Evidence in Canada', (May 1997) 39 Criminal Law Quarterly 435

Mehmet Gödekli, 'Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı', (2016) 65 AÜHFD 1815

Metin Köse, 'Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Dışlanması' (2019) 9 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 159,

Michael Madden, 'The Exclusion of Improperly Obtained Evidence at the International Criminal Court: A Principled Approach to Interpreting Article 69(7) of the Rome Statute' (April 2014) Dalhousie University 77

Miller French Rosamond, 'Krauss v. Superior Court: A Case Study on the Failure of the Fourth Amendment Exclusionary Rule' (1972) 13 Santa Clara Lawyer 256

Mohammed Saif and Alden Wattad, 'Did God say, "You shall not eat of any tree of the garden"?' Rethinking the "Fruits of the Poisonous Tree" in Israeli Constitutional Law', (2005) Oxford University Comparative Law Forum, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/did-god-say-you-shall-not-eat-of-any-tree-of-the-garden-rethinking-the-fruits-of-the-poisonous-tree-in-israeli-constitutional-law/> (Erişim tarihi: 11.01.2021)

Morgan Cloud, 'Judicial Review and the Exclusionary Rule' (1998-1999) 26 Pepperdine Law Review 835

Muharrem Özen ve Mustafa Özen, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları', (2012) IX Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Duygun Yarsuvat'a Armağan 301

Nardone v. United States [1939] U.S. Supreme Court 240, [1939]

Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Yeniden ve Gözden Geçirilmiş 13.Basım, Beta Eylül 2016)

Paras Mary, 'A Relook at the Admissibility of Illegally or Improperly Obtained Evidence', (Mart 2019) VIII Nliu Law Review 213

Pervin Aksoy İpekçioğlu, 'Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri' (2008) 57 AÜHFD 51

R. H. Reid, 'Criminal Law Admissibility of Illegally Obtained Evidence Impeachment of Accused as Witness' (December 1955) 35 Oregon Law Review 51

Rhett DeHart, 'Is the Exclusionary Rule Doomed' (2015) 26 South Carolina Law Journal 41

Robert E. Burns, 'Mapp v. Ohio: An All-American Mistake' (1969) 19 De Paul Law Review 80

Robert M. Pitler, 'The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized' (1968) 56 California Law Review 579

S. M. Das Gupta, 'Unnatural death investigation in India. A plea for the introduction of a medical examiner system of inquest' (June 1986) Am J Forensic Med Pathol 133

Seydi Kaymaz, *Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, (Seçkin Yayıncılık 1997)

Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant, Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, (5th ed, LexisNexis 2018)

Silverthorne Lumber Co. - US [1920] The District Court of The United States for the Western District of New York 358, [1920] 385

Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* (Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015)

Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, (Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı 2005)

Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, (Genişletilmiş 2. Basım, Seçkin Yayıncılık Eylül 2011)

Vepa P. Sarathi, 'Historical Background of The Indian Evidence Act, 1872', (1972) Journal of The Indian Law Institute 1

Vijay Pal Singh, 'Poison tree principle: It's applicability in India', (January 2018) 3 International Journal of Advanced Research and Development 370

Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, (1. Basım, Seçkin Yayıncılık 2014)

W. Broeder Dale, 'Wong Sun v. United States, A Study in Faith and Hope', (1963) 42 Nebraska Law Review 483

William F Frey, 'Criminal Procedure - Fruit of the Poisonous Tree - Exclusionary Rule Applied with Greater Reluctance to Live Witness Testimony' (March 1979) 25 Wayne Law Review 935



Wong Sun v. United States [1963] U.S. Supreme Court 36 [1963]

Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Basım, Adalet Yayınevi 2016)

Yuval Merin, 'Lost Between the Fruits and The Tree: In Search of a Coherent Theoretical Model for The Exclusion of Derivative Evidence', (Spring 2015) 18 *New Criminal Law Review* 273



ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE DEVLET LEHİNE MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

*Observations on Moral Damages in Favour
of States in International Investment Arbitration*

M. Üzeyir KARABIYIK*

Özet

Uluslararası yatırım tahkimi uygulamasında maddi olmayan zararlar için parasal tazminat taleplerinin artmakta olduğu görülmektedir. Maddi olmayan zarar kavramının kapsamının göreceli olarak belirsiz olması ve konu ile ilgili öğretilerdeki görüşlerin farklılık arz etmesi hakem heyetlerinin bu talepleri değerlendirirken karşılaştıkları güçlüklerin nedenleri arasındadır. Hakem heyetlerinin yabancı yatırımcılar lehine manevi tazminata hükmederken kararsızlık yaşamadıkları, buna karşılık tazminat talebinde bulunanın davalı devlet olduğu durumlarda isteksiz oldukları görülmektedir. Bugüne kadar hakem heyetleri kamuya açık hiçbir davada yatırımcıların kötü niyetli eylemlerinden dolayı davalı devletlerin maruz kaldığı gayri maddi zararların parasal tazmin ile giderilmesi yönünde karar vermemişlerdir. Bu yönde karar verilmesinin önünde hukuki bir engel bulunmamasına rağmen hakem heyetleri davalı devletleri başka araçlar kullanarak tatmin etmeyi tercih etmişlerdir. Bu makalede, uluslararası yatırım tahkiminde manevi tazminatın yeri irdelenmekte ve hakem heyetlerinin davalı devlet lehine manevi tazminata hükmetmedeki isteksizliklerinin nedenleri hakem heyetlerinin ilgili kararlarının ışığında değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Uluslararası yatırım tahkimi, manevi tazminat, sürecin suistimali, ICSID, ISDS

Abstract

Requests for monetary compensation for non-material damages in the practice of international investment arbitration are on the rise. The relatively vague nature of the scope of non-material damages and the existing conflicting views of scholars on the issue are among the hurdles the tribunals encounter while addressing these requests. It has been observed that the tribunals have not been much indecisive when awarding moral damages to claimants. Yet, tribunals have been quite unwilling in cases where the moral damages requests are made by respondent states. In fact, so far, tribunals have awarded no monetary compensation to states for non-material damages caused by *mala fide* conduct of investors. Although there has been no legal obstacle preventing awarding moral damages to states, tribunals have preferred to satisfy states by deploying alternative tools. This article discusses the role of moral damages in

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, T.C. Cumhurbaşkanlığı, Fordham University School of Law, uzeyirkarabiyik@hotmail.com, <http://orcid.org/0000-0002-4806-0673>

international investment arbitration together with the underlying reasons of tribunals' unwillingness in terms of awarding monetary compensation to states for the non-material damage they have suffered in the light of relevant arbitral case law.

Keywords: International investment law, moral damages, abuse of process, ICSID, ISDS

GİRİŞ

2006 yılında İngiltere Başbakanının Kırgızistan ile bir İngiliz madencilik şirketi arasında Kırgızistan'ın şirketin lisanslarını iptal etmesinden kaynaklanan bir yatırım uyuşmazlığına müdahale ettiği basına yansımıştır.¹ Başbakan Blair'in Kırgız Hükümetine hitaben sarf ettiği şu ifadeler dikkat çekicidir: "Kırgız Hükümetinin eylemleri Kırgızistan'ın uluslararası piyasalardaki itibarı için ciddi tehlike arz etmektedir."² Blair burada, kendilerine karşı açılan yatırım tahkimi davalarının gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırım çekme bağlamındaki uluslararası itibarına verebileceği zarara işaret etmiştir. Bahse konu davaların yabancı yatırımcıların yatırımlarını hangi ülkelere yapacakları konusundaki kararlarını etkileme gücünün kötü niyetli yatırımcılar tarafından yatırım yaptıkları devletler aleyhine mesnetsiz davalar açmak suretiyle suistimal edilmesi uluslararası yatırım tahkimi uygulamasında sık rastlanan bir durumdur. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü (*Investor-State Dispute Settlement-ISDS*) sisteminin yabancı yatırımcıları korumak üzere dizayn edilmiş olması, doğal olarak, yatırım kabul eden ev sahibi devletlerin karşı karşıya kaldıkları kötü niyetle açılan tahkim davalarında başvurabilecekleri savunma imkânlarını kısıtlamaktadır. Makalemizin ele aldığı manevi tazminat kavramı, bir hukuki araç olarak, yabancı yatırımcı tarafından kötü niyetle açılan, hukuki dayanaktan yoksun olan veya sürecin suistimalini barındıran davalara karşı bir savunma yöntemi olarak caydırıcı rol oynama potansiyeline sahiptir. Ne var ki, hakem heyetleri bugüne değin uğradıkları manevi zararlar için devletler lehine parasal tazminata hükmetmiş değildir. Bu makale, ilk kısımda uluslararası hukukta manevi tazminatın yerini kısaca değerlendirmekte, ikinci kısımda ise uluslararası yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin devlet lehine manevi tazminata karar vermedeki isteksizliklerinin nedenlerini ilgili tahkim kararları ışığında tartışarak statükonun değişmesi için bazı öneriler getirmektedir.

1. Manevi tazminat kavramı ve uluslararası hukuktaki yeri

Manevi zarar kavramı, maddi zarar ile kıyaslandığında, nispeten anlaşılması güç ve müphem bir kavramdır.³ Bu kavram, maddi olmamakla

¹ *Investment Treaty News (ITN)*, 2006 INT'L INST. FOR SUSTAINABLE DEV. s. 7-8, https://www.iisd.org/pdf/2006/itn_july26_2006.pdf (erişim tarihi 17 Mart 2021)

² *Ibid.* s. 8; Ayrıca bkz Matthew T. Parish, Annalise K. Newson & Charles B. Rosenberg, *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration*, 29 Berkeley J. Int'l L. 225, (2011), s. 237.

³ Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration*

birlikte hâlihazırda mevcut olan zararları işaret eder.⁴ Manevi tazminat ise temel olarak maddi nitelikte olmayan zararları veya kayıpları parasal anlamda tatmin etme amacına hizmet eder.⁵ Maddi olmayan zararın parasal anlamda bir değerlendirmesinin yapılmasının mümkün olmadığı hallerde ise eski hale getirme ve telafi seçenekleri değerlendirilebilmektedir.⁶ Eski hale getirme hatalı eylemin vukuundan evvel var olan durumu yeniden oluşturmayı hedeflerken, telafi kavramı kendini “yapılan ihlalin kabul edilmesi, üzüntünün ifade edilmesi, resmi özür veya başka uygun bir yöntem” ile göstermektedir.⁷

Manevi zararlar genel anlamda üç kategori altında incelenebilir.⁸ İlk kategori bireylerin kişilik hakları üzerinde oluşan zararlara ilişkindir.⁹ Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun (ILC), devletlerin uluslararası

Disputes, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010, Volume 27 Issue 3) pp. 247 – 276, s. 248.

⁴ Bernd Ehle & Martin Dawidowicz, ‘Chapter 10: Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation’, in Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti, et al. (eds), WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration, Global Trade Law Series, Volume 43 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) pp. 293 – 326, s. 293; Hakem Edwin B. Parker’ın Lusitania davasındaki manevi tazminata ilişkin düşünceleri dikkate değerdir. Parker şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Duyguların zedelenmesi veya aşağılanma veya utanç veya zihinsel ızdırap ölçümü için kural koymak zordur; ancak bu tür zararların oldukça gerçek olduğu durumlar sıklıkla meydana gelir ve fiziksel acı ve ızdırap gibi zararlarda olduğu gibi tazminatı gerektirir...” Opinion in the Lusitania Cases, United States–Germany Mixed Claims Commission, 1 November 1923, Volume VII, U.N.R.I.A.A. pp. 32-44, s. 40, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/32-44.pdf, (erişim tarihi 30 Mart 2021)

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.* s. 294; Ayrıca bkz. Subhiksh Vasudev, ‘Damages for Non-Material Harm in Investment Treaty Arbitration’, in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (© Association Suisse de l’Arbitrage; Kluwer Law International 2019, Volume 37 Issue 1) pp. 97 – 110, s. 98; Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluklarına dair taslak maddelere ilişkin yorumlar Madde 37 paragraf 5, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (erişim tarihi 29 Mart 2021). Paragraf şu şekildedir: “Bir uluslararası haksız eylemden kaynaklanan maddi ve manevi zararların parasal değeri normalde ölçülebilir ve bu nedenle tazminat kavramının kapsamı içinde yer alır. Öte yandan, tatmin, parasal değeri ölçülemeyen ve devleti tahkir eden zararlar için bir telafidir. Bu zararlar genelde sembolik karaktere sahiptirler ve ilgili devlet için maddi sonuçlarından bağımsız olarak yükümlülüğün ihlali neticesinde ortaya çıkmaktadır.”

⁷ International Law Commission, Commentary to the Draft Articles on Responsibility of States of Internationally Wrongful Acts (ARSIWA Commentary), Art. 37(2). *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (erişim tarihi 28 Şubat 2021)

⁸ Borzu Sabahi, ‘Chapter 6: Supplemental Compensation’ in ‘Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice’ [Oxford Scholarly Authorities on International Law (OUP 2011)] s. 136-137; Stephan Wittich, *Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law*, 15 Finnish Y.B. Int’l L. (2004), s. 329-330.

⁹ Ehle, s. 294.



hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluklarına dair taslak maddelere ilişkin yorumlarında bu kategori altındaki zararları şu şekilde açıklamıştır: “Manevi zarar, kişisel acı ve ızdırap, sevdiklerin kaybı veya bireyin evi veya özel hayatı ile ilgili tahkir gibi unsurları içerir.”¹⁰ İkinci kategori itibara ilişkin zararlarla ilgilidir.¹¹ Son kategori ise hukuki zararları, bir başka deyişle bir hukuki yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanan zararları kapsar.¹²

Manevi zarar kavramı uluslararası hukukta sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır. Uluslararası mahkemeler konuyu çeşitli vesilelerle ele almışlardır.¹³ Örneğin, 1915 yılında *Lusitania* isimli İngiliz yolcu gemisinin bir Alman denizaltısı tarafından batırılması ile ilgili davada olayda hayatını kaybedenlerin yakınlarına uğradıkları zihinsel şok ve aile bağlarının koparılması nedeniyle

¹⁰ International Law Commission, Commentary to the Draft Articles on Responsibility of States of Internationally Wrongful Acts (ARSIWA Commentary), Art. 31 para. 5, and Art. 36 para. 16, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (erişim tarihi 22 Mart 2021); Stephan Wittich manevi tazminat için daha geniş bir tanım önermiştir: “Öncelikle, bu kavram gelir kaybına veya masraf oluşumuna neden olmayan kişisel zararları içerir. İkinci olarak, gurur kırıcı davranış, aşağılanma, utanç, karalama, itibarın ve hislerin zedelenmesi gibi duygusal zararın çeşitli formları ile birlikte sevdiklerinin kaybindan veya daha genel bir ifade ile hayattan alınan keyfin kaybindan kaynaklanan zararları kapsar. Üçüncü kategori, zihinsel stres, keder, kaygı, acı, ızdırap, gerginlik, dehşet, korku, tehdit ve şok gibi patolojik karakter arz eden maddi olmayan zararları içerir. Son olarak, maddi olmayan zararlar ayrıca ihlalden veya bazen adlandırıldığı şekliyle hukuki zararlardan kaynaklanan incinmeler gibi hatalı eylemlerin ufak sonuçlarını da kapsar.” Wittich, *supra* not 8, s. 329.

¹¹ Patrick Dumberry, *Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes*, 3 J. Int. Disp. Settlement 199, 2012, s. 208–209; Ayrıca bkz. Sabahi, *supra* not 8, s. 136-137; Wittich, s. 329-330

¹² Sabahi, s. 137; Wittich, s. 330.

¹³ *Lusitania* davasında, hakem Edwin B. Parker'ın değerlendirmesi “Zarara uğrayan, uluslararası hukuk kurallarına göre ruhsal ızdırap, duyguların zarar görmesi, aşağılanma, utanç, küçük düşürülme, sosyal pozisyonun kaybedilmesi veya itibarın ya da güvenilirliğin zarar görmesi ile sonuçlanan bir zarardan dolayı tazminat hakkına sahiptir ve hiç şüphesiz bu tazminat zararlar orantılı olmalıdır. Bu tür zararlar oldukça gerçektir ve bu zararların parasal standartlara göre ölçülmesinin veya tahmin edilmesinin zor olması bu zararları yine de gerçek kılar ve zarara uğrayan kişiye tazminat ödenmemesi için bir sebep teşkil etmez” şeklindedir. Opinion in the *Lusitania* Cases, *supra* not 4, s.40, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/32-44.pdf, (erişim tarihi 20 Mart 2021); *Diallo* davasında, Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) hakem Parker yukarıda belirtilen pozisyonunu desteklemiştir: “Maddi olmayan zararlar için tazminatın miktarının hesaplanması hakkaniyete dayanmalıdır. *Lusitania* davalarındaki hakemin belirttiği üzere maddi olmayan zararlar ‘oldukça gerçektir ve bu zararların parasal standartlara göre ölçülmesinin veya tahmin edilmesinin zor olması bu zararları yine de gerçek kılar ve zarara uğrayan kişiye tazminat ödenmemesi için bir sebep teşkil etmez’”, International Court of Justice, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 324, ¶ 24.

manevi tazminat verilmesine hükmedilmiştir.¹⁴ Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi farklı davalarda hata veya ihmal sonucu ölüm, yasa dışı tutukluluk ve manevi sıkıntı gibi nedenlerle başvuruculara manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.¹⁵ Birleşmiş Milletler İdari Mahkemesi (UNAT) ve Uluslararası İş Kurumu İdari Mahkemesi (ILOAT) de çok sayıda kararda davacılara manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.¹⁶

2. Uluslararası yatırım tahkiminde devlet lehine manevi tazminat

Yatırımcı-devlet tahkimi nezdinde yapılan manevi tazminat taleplerinin 2000’li yılların başlarından itibaren artmakta olduğu görülmektedir. Bu talepler sadece davacı yatırımcılar tarafından değil aynı zamanda uyuşmazlığın karşı tarafı olan devletler tarafından da yapılmaktadır. *Desert Line v. Yemen* davası, hakem heyetinin, maruz kaldığı manevi zararlar nedeniyle davacı yatırımcı lehine parasal tazminata hükmettiği özellik arz eden bir karardır.¹⁷ Davacı, Yemen’in ikili yatırım anlaşmasından (BIT) kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi neticesinde ağır manevi zarara uğradığını iddia etmiş ve bu zararın tazminini istemiştir.¹⁸ Hakem heyeti, değerlendirmesinde davacının davalı ve silahlı kabileler tarafından tehdide, tacize ve alıkonulmaya bağlı stres ve kaygı yaşadığını, itibarında ve güvenilirliğinde ciddi zararın meydana geldiğini ve prestijini kaybettiğini belirtmiştir.¹⁹ Heyete göre, davalı yükümlülüklerini kasıtlı olarak ihlal etmiş ve bu nedenle kusura dayalı sorumluluğun oluşmasına neden olmuştur.²⁰ Netice itibarıyla heyet, bedensel, ruhsal veya maddi olsun davacının uğradığı zararlardan dolayı davalının tazmin zorunluluğu bulunduğuna hükmetmiştir.²¹ *Desert Line* davasını tazminat noktasında önemli kılan bir unsur da kararda, belirli hallerle sınırlı olmak üzere tüzel kişiler lehine de manevi tazminata hükmedilebileceğinin belirtmiş olmasıdır.²²

¹⁴ Opinion in the Lusitania Cases, United States–Germany Mixed Claims Commission, 1 November 1923, Volume VII, U.N.R.I.A.A. pp. 32-44, s. 35.

¹⁵ Parish, et al., s. 227, 228; Ayrıca bkz. Perks and others v. The U.K., App. No. 25277/94, Eur. Ct. H.R. 181 (1999); Papamichalopoulos v. Greece, A330-B Eur. Ct. H.R. 43 (1995); Byrzykowski v. Poland, App. No. 11562/095, Eur. Ct. H.R. 124, 127 (2006)

¹⁶ Parish, et al., s. 227; Gonzalo Perez del Castillo v. Food and Agric. Org. of the U.N., ILOAT, Judgment No. 675 (19 June 1985); Applicant v. Secretary-General of the United Nations, Judgments U.N. Admin. Trib., No. 1411, U.N. Doc. AT/DEC/1411 (2008)

¹⁷ *Desert Line Projects L.L.C. v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.

¹⁸ *Ibid.* ¶¶ 58, 286.

¹⁹ *Ibid.* ¶ 286.

²⁰ *Ibid.* ¶ 290.

²¹ *Ibid.* Hakem heyeti davacı lehine bir milyon ABD doları tutarında manevi tazminata hükmetmiştir.

²² *Ibid.* ¶ 289. Hakem heyetine göre: “Bir tüzel kişiye (bir gerçek kişinin aksine), sadece belirli koşullarda, itibar kaybı da dahil olmak üzere manevi zararlardan dolayı tazminat ödenebileceği genel olarak kabul edilmektedir.”



Gary Born'nun *Biwater v. Tanzania* davasındaki muhalefet şerhi temel uluslararası korumalar ile manevi zarar kavramı arasında bağ kurması nedeniyle özellik arz etmektedir.²³ Davada hakem heyetinin çoğunluğu davalının ilgili ikili yatırım anlaşmasını ihlalinin zarara neden olmadığı yönünde görüş bildirmiş ve davacının tazminat talebini reddetmiştir. Born konuya farklı bir perspektiften yaklaşmıştır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluklarına dair taslak maddelere atıf yapan Born, maruz kalınan hasarın parasal tazmini gerektirmiyor olmasının hiçbir şekilde hasarın bulunmadığı anlamına gelmeyeceğinin altını çizmiştir.²⁴ Born'a göre davacı öne sürdüğü parasal kaybı ispat edememesine rağmen, uluslararası temel hak ve korumaların davalı tarafından kabul edilmez şekilde ihlal edildiğini ispatlamıştır.²⁵ Değerlendirmesinin devamında Born, devletin özel kişilerin temel hukuki hak ve korumalarını görmezden gelerek kasıtlı bir şekilde haksız eylemde bulunduğu hallerde tahkim panellerinin tazminata hükmetmemesinin hatalı olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Neticede, davalı devletin eylemlerinin davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesini gerektirdiği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.²⁷

Bazı davalarda etraflıca tartışılmasına rağmen günümüze kadar kamuoyunda bilinen uluslararası yatırım tahkimi davalarının hiçbirinde davalı devlet lehine manevi tazminata hükmedilmemiştir. Devlet lehine manevi tazminat hususunu irdelemeden evvel uluslararası yatırım tahkiminde davalı devletin sadece savunma ile yetinmeyip talep eden konumuna gelmesi, bir başka deyişle "karşı dava" yoluna gitmesinin ne ölçüde mümkün olduğunun kısaca değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Karşı dava yargısal veya tahkime ilişkin bir süreçte davalı tarafından davacı aleyhine başlatılabilir. Bu tür davalar sadece bir savunma aracı olmayıp, aynı zamanda tazminat gibi ilave talepleri de içerebilirler.²⁸ Ulusal mahkemeler veya uluslararası ticari tahkimde hakem heyetleri önündeki karşı dava uygulamasında genellikle sorun yaşanmaz iken, bu davalara yatırım tahkiminde oldukça az rastlanır ve başarı şansları düşüktür.²⁹ Yatırım tahkimi kurallarının çoğunda karşı davayı yasaklayan bir hüküm bulunmamasına rağmen hakem heyetlerinin karşı davaları kabul

²³ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Gary Born's Concurring and Dissenting Opinion, 18 July 2008.

²⁴ *Ibid.* ¶¶ 24, 26.

²⁵ *Ibid.* ¶ 33

²⁶ *Ibid.* ¶ 32.

²⁷ *Ibid.* ¶ 33.

²⁸ Melissa Ordonez, *States' counterclaims: how hard is it to counterattack in international investment arbitration?* Int. A.L.R. 2019, 22(1), 27-45, s. 27, 2019

²⁹ Yaroslau Kryvoi, *Counterclaims in Investor-State Arbitration*, 21 Minn. J. Int'l L. 216, s. 218 (2012)

etmesi nadir rastlanan bir durumdur.³⁰ Uluslararası yatırım tahkimi sisteminin yatırımcıların çıkarlarını korumaya yönelik olarak dizayn edilmiş olması bu durumun nedenleri arasındadır. Ayrıca, uluslararası yatırım anlaşmaları yabancı yatırımların desteklenmesi ve korunmasına odaklandığı için çoğu zaman ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcıya karşı haklarına yer vermezler.³¹ Bu haklar arasında devletin kendisine dava açan yabancı yatırımcıya karşı dava ile mukabele etme hakkı da bulunmaktadır.

Hakem heyetlerinin karşı davalarda, davanın kabul edilebilirliği ve heyetin yargı yetkisinde olup olmadığı hususlarını incelerken iki temel noktaya odaklandıkları bilinmektedir. Bu noktalar tarafların karşı davaya rıza göstermiş olması ve karşı dava ile esas dava arasında bir bağlantı bulunmasıdır.³² Hakem heyetlerinin bu hususlarda verdikleri çelişkili kararlar ev sahibi devletlerin karşı dava yoluna başvurusu ile ilgili belirsizliklere neden olmaktadır.³³ Bununla birlikte, ISDS sistemindeki asimetrilere ve yapısal sorunlara devletlerin gösterdiği tepki üzerine başlatılan reform süreci³⁴ ve buna paralel olarak devletlerin uluslararası yatırım hukukuna yaklaşımlarında yaşanan değişimler dikkate alındığında hakem heyetlerinin karşı davalara daha olumlu yaklaşma ihtimalinin arttığını söylemek yerinde olur. Kaldı ki, yeni nesil yatırım anlaşmalarının yatırımcı çıkarları ile ev sahibi devlet çıkarlarını dengeleme amacına yönelik olarak daha geniş yoruma müsait hükümlere yer vermek suretiyle karşı dava taleplerini kolaylaştırdıkları da görülmektedir.³⁵

Yatırım tahkimi içtihatlarında yer alan değerlendirmeler göz önüne alındığında konunun farklı platformlarda çok yönlü olarak tartışılmasının bir ihtiyaç olduğunu söylemek yanlış olmaz. Hakem heyetlerinin devlet lehine manevi tazminat taleplerine olan yaklaşımlarını değerlendirmede Türkiye'ye karşı Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi'nde (ICSID) paralel olarak açılmış olan iki dava öne çıkmaktadır. Bunların ilki olan *Europe Cement v. Turkey* davasında Türkiye kendisine karşı uydurma belgelere dayanan ve mesnetsiz olarak açılan dava dolayısıyla uluslararası itibarının zarar görmesi nedeniyle uğradığı manevi zararın parasal tazmini için bir karşı

³⁰ Ordonez, s. 28.

³¹ Andrea Bjorklund, "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law" (2013) 17(2) Lewis & Clark Law Review 461.

³² Ordonez, s. 28.

³³ Pierre Lalive and Laura Halonen, *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, (2011) 2 Czech Yearbook of International Law 146.

³⁴ Reform çalışmaları UNCITRAL 3. Çalışma Grubu tarafından yürütülmektedir. Mevcut takvime göre çalışmalar 2026 yılında tamamlanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

³⁵ Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşması, Arjantin-Japonya İkili Yatırım Anlaşması ve Kuveyt-Singapur İkili Yatırım Anlaşması bu anlaşmalar arasındadır.



başvuru yapmıştır.³⁶ Türkiye talebinde parasal tazminatın manevi zararın giderilmesi yollarından biri olduğunu, davacının hukuki dayanaktan yoksun bir davayı kötü niyetle açtığını, bu durumun kendisi için maddi olmamakla birlikte gerçek olan bir kayba sebebiyet verdiğini belirtmiştir.³⁷ Talepte ayrıca davanın açıkça mesnetsiz olduğunun ve davada sahte belgeler kullanıldığının hakem heyeti tarafından deklare edilmesi istenmiştir.³⁸ Davacı cevabında, davalı devletin herhangi bir fiziksel kötü muameleye maruz kalmadığını ve bu nedenle de lehine manevi tazminata hükmedilemeyeceğini ileri sürmüştür.³⁹ Hakem heyeti kararında, Türkiye'nin deklarasyon talebini kabul etmiş, davacının eylemlerinin hileli olduğunu ve süreç suistimali teşkil ettiğini belirterek kınamayı gerektirdiğini açıklamıştır.⁴⁰ Bununla birlikte heyet, hileli eylemin veya sürecin suistimalinin manevi zarara ilişkin bir hüküm kurulmasını gerektirip gerektirmediğini tartışmayı yersiz bulmuştur.⁴¹ Bunun nedenini de manevi zararın haklılığını ortaya koyacak fiziksel kötü muamele gibi istisnai durumların mevcut davada bulunmuyor olduğunu belirterek açıklamıştır.⁴² Heyet ayrıca kararında Türkiye'nin itibarının uğradığı muhtemel zarar için tazminin yargılama masraflarının davacı tarafından davalıya ödenmesi yolu ile sağlanmış olacağını ifade etmiştir.⁴³ Davada Türkiye lehine hükmedilen masraf tutarı yaklaşık dört milyon ABD doları olarak belirlenmiştir.⁴⁴ Kararda şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

“Heyetin, davacının heyetin yargı yetkisinin bulunduğu dair savının dayanağı olan mülkiyet iddiasının hileli olduğuna karar verdiği mevcut davanın koşulları içinde davalı lehine masrafların tamamına hükmedilmesi, davalının heyetin yargı yetkisine tabi olmayan bir davada kendini savunmak zorunda kalmasını telafi edecek ve başkalarını bu tür mesnetsiz davalar açmaktan alıkoyacaktır.”⁴⁵

Netice itibarıyla, hakem heyeti davalı devletin itibarının zarara uğradığını kabul etmekle birlikte bu zararın karşılanması için bir parasal tazmine

³⁶ *Europe Cement Investment & Trade v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/2, Award, 13 August 2009, ¶ 177.

³⁷ *Ibid.* ¶ 128.

³⁸ *Ibid.* ¶ 146.

³⁹ *Ibid.* ¶ 131. Davacı avukatı, mevcut dava ile *Desert Line* davası arasında parasal tazminata ilişkin mukayese yapılmasına itiraz etmiştir. Mevcut davanın olgularının tamamen farklı olduğunu ileri süren avukata göre, *Desert Line* davasındaki hakem heyeti davacının fiziki zorlamaya maruz kalması nedeniyle manevi tazminata hükmetmiştir.

⁴⁰ *Ibid.* ¶ 180.

⁴¹ *Ibid.* ¶ 181.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* ¶ 186.

⁴⁵ *Ibid.* ¶ 185.

hükmetmekten kaçınmış, bunun yerine zarara uğrayan devleti talep edilen deklarasyonu yapmak ve lehe masrafa hükmetmek yoluyla tatmin etmeye çalışmıştır. Her ne kadar uluslararası yatırım tahkiminde emsal kararların bağlayıcılığı olmasa da hakem heyetleri benzer konularda farklı heyetlerin kararlarına sıklıkla atıf yapmaktadırlar. Buradan hareketle, uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında devlet lehine manevi tazminata hükmedilmemiş olması gerçeği de göz önüne alındığında *Europe Cement* heyetinin Türkiye lehine manevi tazminata hükmetmedeki çekincesinin nedenleri arasında emsal karar yokluğunun olduğunu ileri sürmek hatalı olmayacaktır.

Davalı devlet lehine manevi tazminatın değerlendirildiği diğer dava olan *Cementownia v. Turkey* davasında *Europe Cement* davasında dayanılan uluslararası anlaşmaya atıf yapılmış ve bu davada Türkiye'nin bu anlaşmayı ihlal ettiğine dair iddialar tekrarlanmıştır.⁴⁶ *Europe Cement* davasında olduğu gibi *Cementownia* davasında da Türkiye hakem heyetinden davanın açıkça mesnetsiz olduğunu ve sahte belgeler kullanılarak açıldığını kararında belirtmesini ve uğradığı maddi olmayan zararlar parasal tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.⁴⁷ Türkiye ayrıca davacının eyleminin kasıtlı ve kötü niyetli olduğunu, kendisinin uluslararası itibarına zarar vermek amacıyla mesnetsiz bir dava açarak yapay iddialarda bulunduğunu ileri sürmüştür.⁴⁸

Hakem heyeti Türkiye'nin deklarasyon ile ilgili talebini kabul ederek kararında davanın hileli olduğunu ve kötü niyetle açıldığını açık bir şekilde ifade etmiştir.⁴⁹ Heyet her ne kadar ne ICSID Konvansiyonunda ne de ICSID Tahkim Kurallarında manevi tazminata karar verilmesini engelleyen bir hüküm olmadığını açıkça ifade etmiş olsa da davacının süreci suistimal etmesinin davalı devlet lehine manevi tazminata hükmetmeyi gerektirip gerektirmediği hususunda kararsızlık sergilemiştir.⁵⁰ Heyet kararda, Türkiye'nin genel bir prensip olan sürecin suistimaline dayanarak manevi tazminat talep ettiğini, ancak bu tür bir genel prensibin manevi zararlar için tazminata hükmetmeye bir hukuki gerekçe teşkil edip etmediğinin şüpheli olduğunu ifade etmiştir.⁵¹ Dava sonunda hakem heyeti, *Europe Cement* davasında olduğu gibi, talep edilen deklarasyonun yapılmasının ve yargılama masraflarının tamamının davacı tarafından Türkiye'ye ödenmesinin Türkiye'yi tatmin için yeterli olduğuna karar vermiştir.⁵² Türkiye lehine hükmedilen masrafların tutarı 5.3

⁴⁶ *Cementownia "NowaHuta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009

⁴⁷ *Ibid.* ¶ 75.

⁴⁸ *Ibid.* ¶ 165.

⁴⁹ *Ibid.* ¶ 179.

⁵⁰ *Ibid.* ¶¶ 169, 170.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.* ¶ 171.

milyon ABD doları olarak belirlenmiştir.⁵³ Hakem heyetinin *Europe Cement* heyetinin yapmış olduğu değerlendirmeyi benimsediği görülmektedir:

“Manevi zararlar için sembolik bir tazminat sürecin suistimalinin kınanmasını belirtmeyi amaçlayabilir. Bununla birlikte mevcut davada hakem heyeti davacıyı yargılama masrafları ile cezalandırmanın daha uygun olduğu kanaatindedir. Her hâlükârda, hakem heyeti davalının hileli dava deklarasyonu ile ilgili isteğini kabul etmiş olduğundan davalının amacı zaten hasıl olmuştur.”⁵⁴

Her iki davada da hileden ve sürecin suistimalinden kaynaklanan manevi zararların tazmini taleplerini ele alan hakem heyetleri aynı yaklaşımı sergilemiş ve davacıların eylemleri nedeniyle maddi olmayan zarara uğrayan davalı devletin bir şekilde tatmin edilmesi gerektiğine karar vermişlerdir. Ne var ki bu tatminin parasal tazminat yolu ile değil, masrafların davalıya ödenmesi ve davanın hileli olduğunun kararda açıkça belirtilmesi şeklinde sağlanması yönünde hüküm kurmuşlardır.⁵⁵

Hakem heyetlerinin davalı devleti tatminine yönelik almış olduğu kararların amaca uygunluk bağlamında yeterli olmadığını söylemek yerinde olur. Meseleyi öncelikle davalı devletin deklarasyon talebi bağlamında değerlendirmek isabetli olacaktır. Davacının iddialarının hileli olduğunun ve davacının eylemlerinin sürecin suistimali niteliği taşıdığıının kararda belirtilmesi her hâlükârda gereklidir. Zira bu hususlar mevcut fiili durumu göstermektedir ve hakem heyetinin bu hususa kararda yer vermemesi ciddi bir eksiklik teşkil edecektir. Hilenin ve sürecin suistimalinin ispatlanmış olması karşısında hakem heyetinin bu hususa kararda yer vermeme lüksü bulunmadığını kabul etmek gerekir. Davalı devletin bu tür bir deklarasyonun yapılması talebi olmasa dahi hilenin ve suistimalin kararda yer alması zaten elzemdir. En basit ifade ile bu husus hakem heyetinin bir görevidir. Bu itibarla, ispatlanmış olan ve davanın esas noktalarına temas eden hususlara, olması gerektiği gibi, kararda yer verilmesinin davalının uğramış olduğu manevi zararlar için ortaya konulmuş bir tazmin vasıtası olarak hakem heyetince ileri sürülmesinin amaca uygunluğu tartışmalıdır.

Manevi zararın yargılama masrafları kullanılarak tazmin edilmek istenmesi ile ilgili de bir değerlendirme yapmak meselenin izahını kolaylaştıracaktır. Uluslararası yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin, yargılama masraflarını, süreci suistimal veya usulsüz eylemler nedeniyle tarafları cezalandırma aracı

⁵³ *Ibid.* ¶ 179; Ayrıca bkz. Marc Allepuz, ‘Moral Damages in International Investment Arbitration’, Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2013, Volume 2013 Issue 17) pp. 5 – 15, s. 11.

⁵⁴ *Cementownia*, ¶ 179.

⁵⁵ Dumberry, s. 268.

olarak sıklıkla kullandığı bir gerçektir. Ne var ki, davalı devletin itibarında ciddi zararın meydana geldiği durumlarda sadece yargılama masrafların tahsisi ile ilgili lehe karar vermek yoluyla zararın tazmin edilmeye çalışılması tatmin edici olmayacaktır. Tahkim davasının başladığı tarih ile kararın açıklandığı tarih arasındaki zaman farkının çok fazla olması bu duruma örnek teşkil edebilir. Kötü niyetle açılan ve davacının usulsüz eylemlerini içinde barındıran bir davada uzun süren yargılama sonunda davacının davalı devlete yargılama masraflarını ödemeye mahkûm edilmesi devletin bu zaman zarfında yabancı yatırımcılar nezdinde zarar görmüş olan itibarını telafi etmeye yardımcı olmayacaktır. Burada özellikle ifade edilmelidir ki, yatırımcı-devlet tahkiminin ortalama süresi dört yıldır.⁵⁶ Bu süre paralel tahkim davalarının açılması veya erteleme taktiklerinin kullanılması halinde çok daha uzun olabilecektir. Gerçekten de ICSID nezdinde görülen bir davanın yaklaşık on bir yıl sürdüğü bilinmektedir.⁵⁷

Yatırım tahkimi davasının davacı tarafından kötü niyetle açılmış olmasının ve davanın mesnetsiz olduğunun aşikâr olduğu hallerde dahi devlete karşı bu tür bir uluslararası davanın açılmış olması muhtemel yabancı yatırımcılar nezdinde o devletteki yatırım iklimi ve devletin yatırımcıya bakışı ile ilgili olumsuz bir algının oluşmasına neden olmaktadır. *Lundin v. Tunisia* davasında hakem heyeti bu noktaya temas etmiştir.⁵⁸ Tunus, kendisine karşı bir ICSID davasının açılmasının kendisinin muhtemel yabancı yatırımcıların ve uluslararası toplumun gözündeki imajını zedelediğini ve bu nedenle manevi tazminata hakkı olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁹ Davalı devletin görüşünü kısmen paylaşan hakem heyeti kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Heyet bir ülkenin kendisini yabancı yatırımcıların yatırımları için istikrarlı ve güvenli bir yer olarak tesis etmesi anlamındaki imajının öneminin farkındadır. Heyet ayrıca, uluslararası yatırım tahkiminin bir ülkedeki yatırım iklimi üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiyi anlamaktadır.”⁶⁰

Hakem heyeti, her ne kadar, bir yatırım tahkimi davasının davalı devlet nazarında maddi olmayan zararlara neden olabileceğini kabul etmiş ise de mevcut davada davacının hatalı davranışı olmadığını ve suistimalinin bulunmadığını belirtmiştir.⁶¹ Neticede heyet davalı devletin bahse konu talebini reddetmiştir.⁶²

⁵⁶ UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Cost and Duration, Note by the Secretariat, (Document No: A/CN.9/WG.III/WP.153), 31 August 2018, s. 2.

⁵⁷ Anthony Sinclair, Louise Fischer & Sarah Macrory, *ICSID Arbitration: How long does it take?* 4 Global Arb. Rev., 26 October 2009.

⁵⁸ *Lundin Tunisia B. V. v. Republic of Tunisia*, ICSID Case No. ARB/12/30, Award, 22 December 2015, ¶¶ 378, 379.

⁵⁹ *Ibid.* ¶ 378.

⁶⁰ *Ibid.* ¶ 379.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.* ¶ 380.



Tek bir yatırım tahkimi davasının dahi bir devletin uluslararası alandaki itibarına zarar verebileceği gerçeği⁶³ göz önüne alındığında, aynı anda çok sayıda tahkim davasına taraf olmanın bu zararı katlayarak artıracacağı, devletin yabancı yatırımlar için güvenli bir yer olarak oluşturmaya çalıştığı imajının büyük zarara uğrayacağı sonucunu çıkarmak yanıltıcı olmayacaktır. Bu zarar özellikle doğrudan yabancı yatırımın ekonomilerinin istikrarında önemli rol oynadığı gelişmekte olan ülkelerde kendini daha belirgin göstermektedir. Bir yatırımcı-devlet tahkimi davası, genellikle, uluslararası yatırımcıların gözünde davanın tarafı olan devletin yabancı yatırımcıyı koruyan uluslararası enstrümanları ihlal ettiği anlamını taşımaktadır. Bir davanın devlet lehine sonuçlanmış olmasının davanın açılmış olması nedeniyle davalı devlet hakkında haksız olarak meydana gelen yanıltıcı algının düzeltilmesinde çok az rol oynadığını kabul etmek gerekir. Davanın açılması ile zarar ortaya çıkmış, dava sürecinin devamında da geri döndürülemeyecek şekilde artmış olmaktadır.

Tahkim davasının davalı devlet hakkında neden olduğu yanıltıcı algının oluşmasında, dava konusunun basında yer almasının rolü büyüktür. Her ne kadar aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece yatırımcı-devlet tahkimi davaları gizli yürütülse de, davanın açılmasından önce yatırımcı tarafından davaya ilişkin bilgilerin basınla paylaşılması sık görülen bir durumdur. Davanın özellikle, iklim değişikliği, çevre ve nükleer enerji gibi popüler konularla bağlantılı olması basının davaya ilgisinin artması için yeterli bir sebeptir. Bu nedenle bir yatırımcının, tarafı olduğu bir tahkim davasının hem ulusal hem de uluslararası basında geniş yer tutmasını sağlamak için önemli miktarda maddi kaynak ayırmasını olağan dışı görmemek gerekir.⁶⁴ Neticede, bu strateji hem davayı neticelendirecek olan hakem heyetinin algısını lehe değiştirmeyi hem de davalı devlet ile olan uyuşmazlıkta davacının pazarlık gücünü artırmayı hedeflemektedir. Devletlerin, özellikle nispeten daha kırılgan ekonomiye sahip gelişmekte olan devletlerin, topraklarında yatırım yapan yabancı yatırımcıların haklarının ihlal edildiğine dair haberlerin basında yer almasına kayıtsız kalması olağan bir durum olmayacaktır. Bu dinamiklerin farkında olan davacı yatırımcı, davanın koşullarının elverdiği ölçüde basının davayı gündeme getirmesi yönünde çaba harcayacak ve pazarlık gücünü artırmaya çalışacaktır. Sonuç olarak bu strateji, hem devletlerin uluslararası itibarına zarar vermekte

⁶³ Todd Allee & Clint Peinhardt, *Contingent Credibility: The Reputational Effects of Investment Treaty Disputes on Foreign Direct Investment* 17-18 (25 September 2008)

⁶⁴ Emmanuel Gaillard, *Abuse of Process in International Arbitration*, ICSID Review (2017), s.10. Gaillard bu makalesinde Alman Baden-Württemberg Eyaletinin EDF isimli Fransız şirketine karşı açmış olduğu davanın temel amacının basının dikkatini çekmek olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bkz. Kyriaki Karadelis and Alison Ross, *EDF Faces ICC Claim Over German Power Company Purchase*, Global Arbitration Review (6 June 2012).

hem de yabancı yatırımcıların yatırımlarını yabancı yatırımları korumada daha güvenilir bir geçmişe sahip olan devletlere kaydırmalarına neden olmak suretiyle dolaylı maddi zararlara neden olmaktadır.⁶⁵

Hakem heyetlerinin davalı devlet lehine manevi tazminata hükmetmekte isteksiz olmalarının bir nedeninin bu konuda bir emsal kararın olmaması olduğu yukarıda izah edilmişti. Bu isteksizliğin bir diğer nedeninin de kötü niyetle açılan ve davacının hileli ve hatalı eylemlerini barındıran bir yatırım tahkimi davasında davalı devletin maruz kaldığı manevi zararın parasal miktarının hesaplanmasındaki zorluk olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, davanın açılmasından önce davalı devlette yapılan yabancı yatırımların değerine ve sayısına dair istatistiki bilgilerin dava açıldıktan sonra yapılan yatırımlar ile ilgili bilgiler ile karşılaştırılarak elde edilecek olan yaklaşık rakam hakem heyetine tazminat miktarı ile ilgili bir fikir verebilecektir. Bu süreçte, hakem heyeti davalı devletten ekonomik göstergelere ilişkin istatistikler ile birlikte davacının davalı hakkında basına yapmış olduğu yanıltıcı ve karalayıcı açıklamaları kendisine bildirmesini talep edebilir.⁶⁶

Esasında, uluslararası yatırım tahkiminde davalı devletin maruz kaldığı maddi olmayan zararlar için kendisine tazminat ödenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bilakis Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluklarına dair taslak maddelere ilişkin yorumlarda “uluslararası haksız bir eylemden kaynaklanan maddi ve manevi zararlara finansal olarak değer biçilebilir” ifadeleri yer almaktadır.⁶⁷ Yorumlarda, ayrıca maddi olmayan zarara uğrayanların tatmin edilmesinin bir yolunun da para ödemesi yapılması olduğu belirtilmiştir.⁶⁸ Buradan hareketle, hakemlerin manevi tazminat kavramına bakış açılarını değiştirerek meseleyi daha geniş bir perspektif ile değerlendirmelerinin sorunun çözümüne katkı sağlayacağı çıkarımı yapılabilir. Bu minvalde, uluslararası tahkim kuruluşlarının ve otoritelerinin yatırım tahkiminde manevi tazminata ilişkin yapacakları çalışmalar ve hazırlayacakları tavsiye metinleri hakem heyetlerinin konuya yaklaşımlarının olumlu yönde değişmesine katkı sağlayacaktır.

Ayrıca, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) bünyesinde yürütülmekte olan ISDS reformu müzakereleri yatırımcıların kötü niyetle hareket ettiği ve süreç suistimalinin bulunduğu yatırım tahkimi davalarında devletin uğradığı maddi olmayan zararların parasal

⁶⁵ Parish, et al., s. 238.

⁶⁶ *Ibid.* s. 239.

⁶⁷ Titles and Texts of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted by the Drafting Committee on Second Reading, UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1.ILC, Art. 37, commentary ¶ 3 (July 26, 2001)

⁶⁸ *Ibid.* ¶¶ 5, 7.



tazmini konusunun etraflıca değerlendirilmesi için uygun bir platform teşkil etmektedir. ISDS reformu müzakerelerinin yürütüldüğü UNCITRAL 3. Çalışma Grubunun 38. oturumunda bazı delegeler UNCITRAL Sekreteryasından “zararlar, zararların hesaplanmasında uygulanacak yöntemler ve uygulanacak hukuki prensipler” konularında bir araştırma yapmasını talep etmişlerdir.⁶⁹ Bu talep üzerine hazırlanacak olan rapor delegelerin devlet lehine manevi zararlara ilişkin yapacakları çalışmalara esas teşkil edebilecek ve bu minvalde hakem heyetlerine yönelik bir kılavuz hazırlanabilecektir. Bu tür çalışmalar hiç şüphesiz hakem heyetlerinin devlet lehine manevi tazminata hükmetmedeki isteksizliklerinin ortadan kaldırılmasında rol oynayacaktır.

SONUÇ

Hakem heyetlerinin, davalı devletlerin itibarlarına yönelik zararların büyüklüğü ve bu tür zararların gelişmekte olan ülkeler başta olmak üzere ülkelerin ekonomilerinde kötüleşmeye neden olması hususlarını dikkate alarak, yatırımcının kötü niyetle hareket ettiği ve yeterli hukuki dayanaktan yoksun davalarda davalı devlet lehine manevi tazminata karar vermeleri adilane bir yaklaşım olacaktır. Bu bağlamda, ICSID başta olmak üzere uluslararası tahkim kuruluşlarının inisiyatif olarak hem davalı devlet hem de yatırımcı için manevi zararlar hususunda çalışmalar yaparak içinde uygulanacak ilkelerin bulunduğu yönergeler veya taslak kurallar geliştirmelerine ihtiyaç bulunmaktadır. Konu ile ilgili kurumsal yönergelerin varlığı, hiç şüphesiz, hakemlerin davalı devlet lehine manevi tazminat taleplerine olumlu yaklaşma ihtimalini artıracaktır. Böylelikle, özellikle Covid-19 salgınından kaynaklanan ekonomik sıkıntılar nedeniyle doğrudan yabancı yatırıma her zamankinden fazla ihtiyaç duyan gelişmekte olan ülkeler, karşı karşıya kaldıkları yatırımcı-devlet tahkimi davalarında yatırımcı suistimaline karşı daha dirençli hale geleceklerdir.

KAYNAKLAR

Makaleler

Andrea Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law* (2013) 17(2) Lewis & Clark Law Review 461

Anthony Sinclair, Louise Fischer & Sarah Macrory, *ICSID Arbitration: How long does it take?* 4 Global Arb. Rev., (26 October 2009)

Bernd Ehle & Martin Dawidowicz, ‘Chapter 10: Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation’, in Jorge A. Huerta-

⁶⁹ Report of the UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14-18 October 2019), 23 October 2019, ¶ 102, <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>, (erişim tarihi 18 Mart 2021)

Goldman , Antoine Romanetti , et al. (eds), *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Global Trade Law Series, Volume 43 (Kluwer Law International 2013)

Borzu Sabahi, *Chapter 6: Supplemental Compensation* in *‘Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* [Oxford Scholarly Authorities on International Law (OUP 2011)]

Emmanuel Gaillard, *Abuse of Process in International Arbitration*, ICSID Review (2017)

Kyriaki Karadelis and Alison Ross, *EDF Faces ICC Claim Over German Power Company Purchase*, Global Arbitration Review (6 June 2012)

Matthew T. Parish, Annalise K. Newlson & Charles B. Rosenberg, *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration*, 29 Berkeley J. Int'l L. 225, (2011)

Marc Allepuz, *Moral Damages in International Investment Arbitration*, Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2013, Volume 2013 Issue 17)

Melissa Ordonez, *States' counterclaims: how hard is it to counterattack in international investment arbitration?* Int. A.L.R. 2019, 22(1), 27-45, 2019.

Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010, Volume 27 Issue 3)

Patrick Dumberry, *Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes*, 3 J. Int. Disp. Settlement 199 (2012)

Pierre Lalive and Laura Halonen, *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, (2011) 2 Czech Yearbook of International Law 146.

Stephan Wittich, *Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law*, 15 Finnish Y.B. Int'l L. (2004)

Subhiksh Vasudev, *Damages for Non-Material Harm in Investment Treaty Arbitration*, in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2019, Volume 37 Issue 1)

Todd Allee & Clint Peinhardt, *Contingent Credibility: The Reputational Effects of Investment Treaty Disputes on Foreign Direct Investment* 17-18 (25 September 2008)

Yaraslau Kryvoi, *Counterclaims in Investor-State Arbitration*, 21 Minn. J. Int'l L. 216 (2012)



Davalar

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Gary Born's Concurring and Dissenting Opinion, 18 July 2008.

Cementownia "NowaHuta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009

Desert Line Projects L.L.C. v. Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.

Europe Cement Investment & Trade v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/2, Award, 13 August 2009.

Lundin Tunisia B. V. v. Republic of Tunisia, ICSID Case No. ARB/12/30, Award, 22 December 2015

Lusitania Cases, United States–Germany Mixed Claims Commission, 1 November 1923, Volume VII, U.N.R.I.A.A.



YARGITAY KARARI İNCELEMESİ: KAMBYO SENETLERİNDE KORKUTMA DEF'İ VE CEBİR

*An Analysis of a Court of Appeals Judgment:
Argument of Threat and Force in Bills of Exchange*

Gülay BALIKÇI*

Özet

Bu çalışmada kambyo senetlerinde tehdit ve cebir (maddi ve manevi cebir) konuları, def'ilere ilişkin doktrindeki tasnifler ve yüksek mahkeme uygulaması ile birlikte incelenmiştir. Çalışmamızda öncelikle inceleme konusu Yargıtay kararına, karar özetine ve karar konusu olayın gelişimine yer verilerek hukuki sorun tespit edilmektedir. Akabinde korkutma def'inin hukukumuzdaki durumuna genel olarak yer verilerek irade sakatlıkları bağlamında spesifik olarak değerlendirilmekte, doktrindeki görüşler ile birlikte bu eylemin nitelendirilmesi, kişiye yöneltilen kötülüğe maruz bırakılacağı kanısının yoğunluğuna göre eylemin derecelendirilmesi ve hukuki sonuçları açıklanmaktadır. Kişinin iradesini olumsuz yönde etkileyen ve dış dünyada arzu etmeyeceği açıklamalarda bulunmasına ya da işlemlere girişmesine neden olan tehdit, manevi cebir (korkutma) ve maddi cebir (zor kullanma) halleri kıymetli evrak hukukunun temel özellikleri ve ilkeleri ekseninde değerlendirilecektir. Çalışmamızın ana konusu tehdit, korkutma ve zor kullanma kavramları temelinde def'ilerin incelenmesi olmakla beraber, inceleme konusu kararda yer alan diğer yan sorunlara da yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kambyo Senedi, Korkutma Def'i, Tehdit, Zor Kullanma, İrade Sakatlığı.

Abstract

In this study, the issues of threat and force (material and moral force) in bills of exchange are examined in the light of the legal defences doctrine and the application of the Court of Appeals. In our study, we will first identify legal problems by including the judgment of the Court of Appeals, and the progress of the case at hand. It will then be specially evaluated, taking into account the situation of the threat defense in Turkish law. In this regard, the qualification of the action will be made and the legal consequences will be given by rating the action according to the intensity of the action on exposure to evil. The conditions of threat, moral force (intimidation) and material force (coercion) that negatively affect a person's will and cause them to make statements or take actions that they will not desire will be explained on the context of the basic characteristics and principles of the law of bills of exchange. The main topic of our study is the examination of legal defences on the context of threat, intimidation and use of force, but other related problems included in the decision will also be included.

Keywords: Bill of Exchange, Argument of Threat, Force, Duress, Weakness.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Hakim Adayı, Adalet Bakanlığı, Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi, gulaybalicki3@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0002-9521-9595>

GİRİŞ

Kıymetli evrak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) m.645 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Kıymetli evrak hukukunun en önemli alt kümesini oluşturan kambiyo senetleri ekonomik ve ticari hayatta önem arz eden nitelikli senetler olup, bu senetlerin hızlı tedavülü, sebepten mücerret olması, sıkı şekil şartlarına tabi (formalist)¹ olması, senette mündemiç hakkın senetten ayrı devredilememesi gibi özellikler, kamu güvenine mazhar olmasını ve hukuki görünüşe güven sağlar. Kambiyo senedi ile borçlanan keşideci vade tarihinde senet ile yetkili hamil olduğu anlaşılana kişiye ödeme yapmakla yükümlüdür. Ancak kambiyo senedi borçlusu bazı hukuki sebeplere dayanarak bu senedi ödemekten kaçınabilir ki, bu savunma araçlarına “def”i” denilmektedir. Kambiyo hukukunda def’iler, borçlar hukukundan farklı olarak itirazları da içerir şekilde geniş anlaşılmaktadır. Aşağıda incelendiği üzere kambiyo hukukumuzda def’iler doktrinde muhtelif tasniflere tabi tutulmakla beraber senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def’iler, senet metninden anlaşılana def’iler ve kişisel defiler olmak üzere temelde üç kategoriye ayrılmaktadır. Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def’iler ile senet metninden anlaşılana def’iler ileri sürülebileceği çevre bakımından mutlak etkiye sahiptir, başka bir deyişle herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte savunma araçlarıdır. Kişisel def’iler ise ileri sürülebileceği çevre bakımından sınırlı etkiye sahip olup, kural olarak sadece tarafları arasında yöneltiler savunma açıklamalarıdır.

İrade bozuklukları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda (TBK) m.30-39 hükümleri arasında tanzim edilmiş olup, korkutma haline m.37-38 hükümlerinde yer verilmiştir. Kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik bir tehlikeye, kötülüğe maruz bırakılacağına dair söz veya davranışlar sonucu iradesini dış dünyaya sağlıklı bir şekilde yansıtamayan kişi kanunda yer alan korkutma hükümlerine dayanarak iptal edilebilirlik (nispi butlan) yaptırımına başvurabilir. Nitekim TBK m.38/f.1 hükmüne göre, “Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır”. Kambiyo ilişkisini korkutma eylemi sonucu yaratan ya da bu ilişkiye korkutma sonucu dahil olan kişi de mezkur hükümlere dayanarak iradesinin fesada uğratıldığını def’i olarak ileri sürebilir. Zira irade sakatlıkları ya da irade yokluğu, kambiyo borçluları tarafından bir savunma aracı olarak kullanılabilirle beraber bu def’ilerin kimlere karşı, nasıl ve hangi def’i sınıfı içerisinde ileri sürüleceği ve

¹ Murat, Alışkan, “Teori ve Uygulamada Kambiyo Senetlerinde Lehtar Unsuru: Lehtar Unsurunun Hukuki Niteliği, Eksikliğinin Sonuçları, Lehtarın İşletme Adı Yazılarak Gösterilmesinin Sonuçları”, (2011) 9 (97) LHD, 83.

etkisinin ne olacağı doktrinde tartışmalıdır². Konumuzun temelini, kanunda yer alan ifadesi ile “korkutma hali” oluşturmakta, kambiyo hukukunda korkutma def’inin hangi def’i grubuna girdiği, etkisinin ve ileri sürülme çevresinin ne olacağı oluşturmaktadır. Bu minvalde çalışmamızda somut bir Yargıtay kararına yer verilerek, ilk derece mahkemesinin ve yüksek mahkemenin olaya bakışı ile hukuki problem tespit edilecek ve devamında korkutma def’inin hukuk öğretisindeki ve uygulamasındaki durumuna yer verilecektir. Çalışmamızda yüksek mahkeme kararında yer alan diğer yan hukuki sorunlar üzerinde de kısaca durulacaktır.

I. İNCELEME KONUSU KARAR

“YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

Esas Numarası: 2017/....

Karar Numarası: 2018/....

Karar Tarihi: 13.2018

Taraflar arasındaki “menfi tespit” davasının yapılan yargılaması sonunda B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 12.2013 gün ve 2012/.... E., 2013/... K. sayılı kararının temyizden incelenmesi davalılar ... ve ... vekili ile davalı ... Malzemeleri İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından istenilmekle Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 16.2013 gün ve 2013/..... E., 2013/....K. sayılı kararı ile:

“...Davacılar vekili, asıl davada ve birleşen B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/... E. sy. dava dosyasında davalılardan ...tarafından, birleşen B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/... E. sy. dava dosyasında ise M.Y. Ltd. Şti. tarafından icra takibine konu edilen bonoların davalı ...tarafından silah zoruyla müvekkilinden alındığını belirterek müvekkilinin bu bonolardan dolayı borçlu olmadığını tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili asıl davada ve birleşen B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/... E. sy. dava dosyasında davacı tarafın bu iddiasını yazılı delille kanıtlaması gerektiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı ... Ltd. Şti. vekili birleşen B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/...E. sy. dava dosyasında; müvekkilinin takip konusu bonoyu ciro yolu ile iyiniyetli olarak devraldığını ve davacı ile diğer davalı ...arasındaki ilişkiyi

² Nedim Meriç ve Raziye Aksu, “Kambiyo Senetlerinde İrade Yokluğunun ve Bozukluğunun Tespiti ve İspatı”, (2015) 11 (31) LHD, 81. Yazarların, irade bozukluklarından aldatma (hile) hali eksenindeki çalışmalarında olay özeti ve mahkeme kararlarına ilişkin başlık sıralamasından yararlanılmıştır.



bilmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek davanın reddini ve %40 kötü niyet tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama, toplanan delillere göre; davalı ...'ın icra takip dosyalarına konu takip dayanağı bonoları silah zoruyla davacı ...'dan aldığı sabit olup davalı sanık ...'ın A. 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/148 Esas 2011/299 karar sayılı kararı ile suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek, mağdur (davacı) N.'ye karşı yağma suçlarından dolayı cezalandırılmasına karar verildiği ve kararın kesinleştiği gerekçesiyle icra takip dosyalarının dayanağı 3 adet bonodan dolayı borçlu olmadıklarının tespitine, takip dayanağı senetlerin iptaline, 20/02/2004 ve 28/02/2004 vade tarihli senetlerden dolayı B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/... esas sayılı dosyasında karar verildiğinden yeniden karar verilmesine yer olmadığına; davalı ...'ın ... hakkında takip yapmaması ...'ın arkadaşı olması göz önüne alındığında iyiniyetli olduğundan söz edilemeyeceği kanaatine varılmakla davalı ... aleyhine inkar tazminatına hükmedilmesine, davalıLtd.Şti'nin kötü niyeti ispatlanamadığından M.Y. Malz.San.Tic.Ltd.Şti ne yönelik tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davalıLtd. Şti. vekili ile diğer davalılar vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı ...ve ...vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalı ... Malz. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarına gelince; Birleşen B. 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/... E. sy. dava dosyasına konu B. 2. İcra Müdürlüğü'nün 2004/.... esas sayılı takip dosyasında; alacaklı M.Y. Malz. İnş. San ve Tic. Ltd. Şti. tarafından borçlular ..., A. İnş.Tic. Ltd.Şti. ve ... aleyhine 14.04.2004 tarihinde başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile toplam 15.374.136.800 TL'nin tahsilinin talep edildiği, davacı-borçlu ...'a ödeme emrinin 22.04.2004 tarihinde tebliğ edildiği ve davacı-borçluya karşı 10.11.2004 tarihinde haciz işleminin yapıldığı, 03.12.2004 tarihinde 23.040,532 TL.yi ödemeyi kabul ettiği ve vekilinin huzurunda bu beyanı imzaladığı görülmüştür. Mahkemece davacı-borçlunun bu beyanı üzerinde durularak bir karar verilmesi gerekirken bu dosya bakımından yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle mahkemesince yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl ve birleşen davalar bonodan dolayı borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacılar vekili asıl (161 E.) ve birleşen (158-159 E.) dava dilekçelerinde, davacı şirketle davalı ...arasında hizmet sözleşmesi akdedildiğini, sözleşme gereğinin yerine getirilmemesi üzerine adı geçen aleyhine hukuki yollara başvurulduğunu; bunun üzerine adı geçenin davacı şirketin yöneticisi olan diğer davacı ...'ı ölümlü tehdit ederek davacı şirketin keşideci, davacı ...'ın da avalist olduğu altı adet bono ve bu kapsamda sözleşme imzalattığını ve bunların bir kısmını takibe koyduğunu ileri sürerek zora dayalı düzenlenen 60.000,00-TL tutarlı bonolardan her iki müvekkilinin borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Yargılamanın devamı sırasında dava, bonoları takibe koyan (ciro yolu ile hamil sıfatı kazanan) M.Y. Malz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ile ...'e de yöneltmiştir.

Davalı ...vekili davacının bir başka davada (160 E.) fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmaksızın aynı vakıalara dayanarak 67.000,00-TL üzerinden menfi tespit talep ettiğini ve bu nedenle eldeki davada talebin genişletilmiş olduğunu, davanın süresinde açılmadığını, tanık dinletilmesine muvafakat etmediklerini; kambiyo senetleri illeten mücerret olmakla bonoların neye istinaden düzenlendiğine ilişkin yazılı sözleşmenin dikkate alınması gerektiğini bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Davanın yöneltildiği M.Y. Malz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili ile ...vekili, müvekkillerinin bonoyu ciro yolu ile iktisap eden iyi niyetli ve yetkili hamiller olduğunu bildirerek davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece verilen 16.02.2007 gün ve 2004/161 E., 2007/29 K. sayılı ilk hüküm Özel Dairenin 30.04.2012 gün ve 2011/10534 E., 2012/7221 K. sayılı kararı ile kısa karar ve gerekçeli karar arasında farklılık bulunduğu gerekçesiyle usulden bozulmuştur.

Bozmaya uyularak yapılan yargılama üzerine Mahkemece, dinlenen tanık beyanlarına ve davalı ...'in (ve dava dışı arkadaşlarının) davacı ...'a yönelik örgütlü hâlde silahlı yağma eyleminden dolayı Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilip kesinleşen mahkûmiyet hükmüne göre davanın kabulü ile davacıların bonolardan dolayı borçlu olmadığını tespitine karar verilmiştir.

Davalı ...Malz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili ile ...ve ...vekillerinin ayrı ayrı temyizleri üzerine karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece bu kez önceki gerekçeler tekrarlanmak ve haciz tehdidi altında verilen taahhüdün borcun kabulü anlamına gelmeyeceği, nitekim "davacının icra haczi baskısı altında olduğu, evinden eşya haczedilerek muhafaza altına alınmasının davacıya madden ve manen zarar vereceği" için



taahhüt verildiği hususunun haciz tutanağına da geçtiği belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı ...Malz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili temyiz etmektedir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: Zorlama altında keşide edildiği ceza mahkemesi kararı ile sabit olan bonodan dolayı borçsuzluk iddiasının (beyanın geçersizliğine ilişkin definin) sonraki hamillere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği ve icra takibinin kesinleşmesinden sonraki tarihte yapılan ödeme taahhüdünün cebri icra baskısı altında yapılmış sayılıp sayılamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için kambiyo taahhüdünün doğumu ve özellikle irade sakatlığı hâlleri ile bunun kimlere karşı ileri sürülebileceği noktalarının aydınlatılmasında ve cebri icra baskısı altında yapılan ödeme taahhütlerinin hukuki sonuçları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. (...)

Türk hukuk öğretisinde kambiyo senetlerinin içerdiği hakkın doğumu konusundaki baskın görüş sözleşme teorisi ile açıklanmakta bu da güven ilkesi ile desteklenmektedir. Bu teoriye göre kambiyo senedinin düzenlenmesi ile içerdiği hak derhal vücut bulmaz, borcun doğumu için ayrıca senedin borç altına girmek kastıyla lehbara da verilmesi yani teslimine ilişkin bir de aynı sözleşmenin mevcudiyeti gerekir (Bozer, A./Göle, C.: Kıymetli Evrak Hukuku, 7.b., Ankara 2017, s.21; Yılmaz, A.L.: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, İstanbul 2007, s.51; Öztan, s.106; Kınacıoğlu, s.30 vd.). Bu sözleşmenin kurulması Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri gereği karşılıklı ve aynı yöndeki iradelerin açıklanması ile mümkündür. İradelerin açıklanması ve sakatlanması konusunda da aynı Kanunun hükümleri dikkate alınır.

Bir hukuki işlemin ve bu kapsamda bir sözleşmenin kuruluşunda ortaya konulan iradelerin bozulmamış, bir diğer ifade ile fesada uğramamış olması gerekir. İradedeki bozulmanın, sözleşmenin diğer tarafının ya da üçüncü bir kimsenin tehdidi (korkutması) sonucu ortaya çıkması hâlinde beyan sahibi, sözleşmeyle bağlı tutulamaz (bonoların düzenlendiği 27.01.2004 günü yürürlükte bulunan 818 s. BK m.29; TBK m.37). EREN'e göre taraflardan birinin, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir irade beyanında bulunması ya da sözleşme yapması hâlinde korkutmadan söz edilir (Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.b., Ankara 2017, s.419 vd.; aynı yönde Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 6.b., s.471 vd.; Oğuzman, M.K./Öz, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.b., İstanbul 2000, s.97 vd.).

Korkutma fiili maddi bir vakia niteliğindedir ve kanun koyucu, bu vakianın senede bağlanmasının mümkün olmadığını öngörerek, ispat

vasıtası olarak senet dışındaki delillere başvurulmasına cevaz vermiştir (davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK m.293/5; 6100 sayılı HMK m.203/ç). Bu düzenleme, özellikle yazılı sözleşmeler bakımından, senede karşı senetle ispat kuralının (HUMK m.290; HMK m.201) önemli istisnalarından birisini oluşturmaktadır (Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. b., İstanbul 2001, s.2297; Postacioğlu, İ.E.: Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1952, s.208 vd.; Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, C.II, 15.b., s.).

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında kambiyo senetleri ile bunların düzenlenmesine temel teşkil eden asıl borç ilişkisinden soyut bir borç oluşturulduğu, senedi elinde bulunduran kişinin ayrıca alt ilişkiyi ispatlamak zorunda olmadığı; kambiyo senetlerinin de korkutma suretiyle elde edilebileceği ve korkutma vakiasının da tanıkla ispatlanabileceği sonuçlarına varılmaktadır.

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk davalarına etkisi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53'üncü maddesinde (TBK m.74) düzenlenmiştir. Dava ve takip konusu bononun keşide tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53'üncü maddesine göre hukuk hâkimi, kusurun veya haksız fiil failinin ayırtım gücüne sahip olup olmadığına tespiti hususunda ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kurallarıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinin bu yöne temas eden beraat kararıyla da bağlı değildir. Ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin konusunda da hukuk hâkimini bağlamaz. Görüldüğü gibi fiilin, ceza hukuku bakımından suç teşkil etmemesi fail bakımından, o fiilin özel hukuk anlamında haksız fiil sayılamayacağı ve sorumluluk doğurmayacağı biçiminde değerlendirilemez.

Öğretide mahkûmiyet kararlarının da (kural olarak) hâkimi bağlamayacağı görüşü benimsenmiştir (Eren, s.852; Deshenaux, H./Tercier, P.: Sorumluluk Hukuku, çev. S. Özdemir, Ankara 1983, s.174-175; Kılıçoğlu, A.: Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, AÜHFD, C.XXIX, S.3, s.200). Ne var ki bu bağlamazlık sınırsız değildir; özellikle maddi vakıyı belirleyen ceza mahkemesi kararlarının, sırf bu yönü ile hukuk hâkimince değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (HGK. 26.11.2014 gün ve 2013/4-1183 E., 2014/960 K.).

Nitekim somut olayda dava konusu bonoların korkutma suretiyle düzenlenerek lehdar ...'a verildiği konusunda ceza kovuşturması yapılmış ve Ankara II. Ağır Ceza Mahkemesince adı geçen hakkında örgüt kurmak ve yönetmek eyleminden dolayı 3 yıl 1 ay 15 gün hapis ve müşteki (dosyamız davacısı) ...'a yönelik silahla, örgüt faaliyeti çerçevesinde, birden fazla kişi ile gasp eyleminden dolayı 10 yıl hapis cezası ile mahkûmiyetine kararı verilmiş; bu karar Yargıtay I. Ceza Dairesinin 21.03.2013 gün ve 2012/4138 E., 2013/2224 K. sayılı kararı ile sanığın bu yöne ilişkin temyiz itirazları reddedilmek



suretiyle kesinleştirilmiştir. Bu bakımdan dava konusu bonoların keşidesine ilişkin davacı iradesinin gerçeği yansıtmadığı ve bonolar dolayısıyla davacı keşidecinin, davalı lehdar ...'a borçlu bulunmadığı vakıası sabit olmuştur.

Bu aşamada bonoların geçersizliğinin ciro yolu ile devralan eldeki dosyanın diğer davalısı M.Y. Malzemeleri İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne karşı ileri sürülüp sürülemediği noktasında da durulmalıdır. Bu hususun çözümlenebilmesi için iki ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Bunlardan birincisi geçersizlik itirazının hamile karşı ileri sürülüp sürülemediği, ikincisi ise davacı-keşidecinin icra takibi sırasında borcu ikrar ederek ödeme taahhüdünde bulunmasının borcu kabul (geçersizlik itirazından feragat) olarak kabul edilip edilmeyeceği noktalarıdır.

Her şeyden önce 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Defiler" başlıklı 599'uncu maddesine göre bonodan (poliçeden) dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan defileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki hamil, bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun. Somut olayda davalı hamil M.Y. Malzemeleri İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin bonoları iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğine dair bir iddia bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile adı geçen iyi niyetli hamil olduğunda kuşku yoktur. Defilerin iyi niyetli hamile karşı ileri sürülebilmesi de tamamen engellenmiş değildir.

Yılmaz'a göre kambyo senetlerindeki defiler "hukuki görünüşe güven" ilkesi çerçevesinde herkese karşı ileri sürülebilen defiler ve iyi niyetli hamillere karşı ileri sürülemeyen defiler olarak ikiye ayrılmaktadır (Yılmaz, s.171 vd.).

Herkese karşı ileri sürülebilen defiler ise:

1. Doğrudan defiler;
 2. Senet metninden anlaşılan defiler ve
 3. Senetteki beyanın hükümsüzlüğüne taalluk eden defiler
- olarak üç alt gruba ayrılmaktadır.

Senetteki beyanın hükümsüzlüğüne taalluk eden defilerin ileri sürülmesi noktasında önem arz eden husus hükümsüzlüğün senette değil, senedin oluşturulmasına ilişkin keşideci iradesinde kendisini göstermektedir. İmzanın sahte olması veya korkutma suretiyle atılmış olması, temsil yetkisini haiz olmayan kimsenin kambyo senedi düzenlemesi gibi hâllerde herkese karşı ileri sürülebilen, mutlak nitelikte bir hükümsüzlük def'i mevcuttur (Yılmaz, s.196). İmzanın zorla (tehdit, korkutma suretiyle) atılmış olmasında keşidecinin bir kambyo senedi düzenleyerek tedavüle çıkartma iradesinin bulunduğundan söz edilemez ve keşidecinin bu yöndeki beyanı –velev iyi niyetli olsa dahi– herkese karşı ileri sürülebilir (Yılmaz, s.209).

Kural olarak borcun çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürülmeksizin ödenmesi ya da ikrar edilmesi, borcun mevcudiyetinin kabulü anlamına gelir ve bundan sonra menfi tespiti ilişkin iddia dinlenemez. Henüz icra takibinin kesinleşmediği dönemde, özellikle ihtiyati haczin infazı sırasında borçlunun (haciz ve muhafaza yapılmasını engellemek amacıyla) borcu kabul ederek ödeme taahhüdünde bulunması, cebri icra baskısı altında yapıldığı gerekçesiyle gerçek anlamda bir borç ikrarı sayılmamaktadır (HGK. 16.03.2016 gün ve 2014/19-272 E., 2016/324 K.). Ancak borçluya takibe itiraz hakları kullandırılmış ve icra takibi kesinleşmişse artık borçlunun ikrarı veya ödeme taahhüdünün cebri icra baskısı altında verildiği kabul edilemez; böyle bir ikrarın irade sakatlığı nedeniyle geçersizliğinden söz edilemez.

Somut olayda icra takibi kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılmış olup, bu takip türünde ödeme emrine itiraz usulü bulunmamaktadır. Borçlu (keşideci) ancak imzaya ya da borca yönelik itirazlarını ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren beş gün içinde icra mahkemesi nezdinde “şikâyet” yolu ile ileri sürebilmekte (İİK m.169-170) ve ayrıca tedbir kararı verilmedikçe (İİK m.22) bu şikâyet takibi durdurmamaktadır. Diğer bir ifade ile bu takip türünde, takibe yönelik şikâyete başvurulsa dahi takibin kesinleşmesi engellenememekte ve ödeme yapılmaması hâlinde alacaklı, borçluya ait para, mal ve haklar üzerine haciz konulmasını isteyebilmektedir. Nitekim dava konusu takip dosyasında da 10.11.2004 günü borçlu keşidecinin adresinde haciz yapılmıştır.

Eldeki dava (haciz tarihinden önce) 25.03.2004 tarihinde açılmıştır.

Yapılan açıklamalar ve gösterilen yasal düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde:

Dava konusu bonoların davalılardan ...'in suç sayılan bir fiille ve tehdit suretiyle elde ettiği, davacı-keşidecinin bono düzenleme iradesinin bulunmadığı ve buna ilişkin definin iyi niyetli sonraki hamiller de dâhil olmak üzere herkese karşı ileri sürülebileceği hususları sabittir. Önceden menfi tespit davası açan borçlunun, haciz sırasında borçlu olmadığına ilişkin iddialarını tutanağa geçirmek suretiyle ödeme taahhüdünde bulunması da bu taahhüdün, çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürülerek ve cebri icra baskısı altında yapıldığı anlamına gelir. Diğer bir ifade ile somut olayın, yukarıda açıklanan özellikleri nedeniyle davacı keşidecinin ödeme taahhüdünde bulunması, borçlu olduğunun ikrarı olarak kabul edilemez.

Hâl böyle olunca, yerel mahkemenin bonoların gasp suretiyle elde edildiği ve davacının cebri icra baskısı altında taahhüt verdiği hususunun haciz tutanağına da geçtiği gerekçesiyle verdiği direnme kararı yerindedir.

Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.



SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle davalı ...Malz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA, aşağıda dökümü yazılı (3.073,95-TL) harcın temyiz edenden alınmasına, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3'üncü maddesi çerçevesinde uygulanmasına devam olunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 13.06.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.”³

II. OLAY ÖZETİ

İnceleme konusu karar kapsamında mahkemeden talep edilen hukuki korunma talebi, kambiyo senedine dayalı menfi tespit istemine ilişkindir. Davacı keşideci, davalılar aleyhine ikame ettiği menfi tespit davası ile imzası bulunan bonolardan dolayı borçlu olmadığını tespitini, zira bu bonoların ölümle tehdit edilmek suretiyle şirketi ve kendisi aleyhine zorla imzalatılmış olduğunu ileri sürmüştür. Ciro yoluyla devredilen dava konusu diğer senetlerin cirantası olan M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne de dava yöneltilerek takibe konulan senetlerin iptali ile davacının borçlu olmadığını tespiti talep edilmiş ve bu davalar birleştirilmiştir. Davalılar, davacının bu iddiasının yazılı delille ispatlanması gerektiğini, kambiyo senetlerinde soyutluk prensibinin geçerli olduğunu belirterek davanın reddini talep etmişler, diğer davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ise kendisinin senedi iyiniyetle devralan sonraki yetkili hamil olduğunu ve bu sebeple kendisine karşı bu savunmanın ileri sürülemeyeceğini beyan ederek davanın reddi ile kötüniet tazminatı talep etmiştir. Davacı ayrıca davalılar aleyhine suç duyurusunda bulunmuş ve gerçekleştirilen kovuşturma faaliyeti sonucunda Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi failer hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve yağma suçlarından dolayı mahkumiyet hükmü vermiş ve bu hüküm kesinleşmiştir. Hukuk yargılamasında yerel mahkeme tarafından dava hakkında verilen ilk hüküm davalılar ve diğer davalı olan M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından temyiz edilmiş ve bu karar Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından kısa karar ile gerekçeli karar arasında farklılık olduğu gerekçesiyle usulden bozulmuştur. Yeniden yargılama faaliyeti sonucu ilk derece mahkemesi, davacının iddia ettiği tehdit fiili hakkında ceza mahkemesi kararını gözeterek davanın kısmen kabulü ile dava konusu senetler bakımından davacının borçlu olmadığını tespitine karar vermiştir. Bu karar (metinden anlaşıldığı üzere), davalılar ile diğer davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından

³ YHGK. 13.06.2018, E. 2017/19-1627, K. 2018/1187 (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 15.06.2020); ayrıca kararın def'i ile ilgili kısmı için bkz. Mahmut Coşkun, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, (Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2019), 141-143.

tekrar temyiz kanun yoluna taşınmıştır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, diğer davalılar bakımından mahkemece delillerin takdirinde isabetsizlik olmadığını ve fakat davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. bakımından, bu davalının başlattığı icra takibinde haciz safhasında ödeme taahhüdü alındığı ve bir miktar paranın ödenmesinin kabul edildiği gerekçesi ile bu vakıa üzerinde durulması gerektiğinden kararın bozulmasına hükmetmiştir. Yerel mahkeme, haciz tehdidi ve icra baskısı altında verilen taahhüdün borcun kabulü anlamına gelmeyeceğini, haciz tutanağına da bu durumla ilgili kayıt koyulduğunu gerekçe göstererek kararında direnmiştir. Yerel mahkemenin direnme kararını yerinde görmeyen özel dairece ve davalı itirazları ile dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) huzuruna getirilmiştir. YHGK tarafından nihayete eren davada yüksek mahkeme, dava konusu bonoların suç sayılan bir fiil ve tehditle ele geçirildiğini ve buna ilişkin def'inin iyiniyetli üçüncü kişilerde dahil herkese karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Yine YHGK, önceden menfi tespit davası açan davacı bakımından, haciz sırasında borçlu olmadığına ilişkin iddiaları da tutanağa geçirerek ödeme taahhüdünde bulunmasını, cebri icra baskısı altında yapıldığı ve borcun ikrarı niteliğinde olmadığı şeklinde yorumlamıştır. Bu sebepler ve diğer birtakım gerekçeler ile YHGK, yerel mahkeme tarafından verilen direnme kararını yerinde görmüş ve hükmün onanmasına karar vermiştir.

III. MAHKEME KARARLARI

A. YEREL MAHKEME KARARI

İlk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılamada; toplanan deliller, tanık anlatımları ve davalı (ile dava dışı arkadaşları) hakkında davacıya yönelik suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve yağma suçlarından dolayı mahkumiyet kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmiş olması da gözetilerek davanın kısmen kabulüne hükmedilmiştir. Bu minvalde davacının takip konusu bonolardan dolayı borçlu olmadığına tespitine, takip dayanağı senetlerin iptaline, diğer bir davaya konu olmuş ve karara bağlanmış senetler hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve davalılardan biri aleyhine inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmiştir. Ayrıca davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin kötüniyeti sübut bulmadığından onun aleyhine talep edilen tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkeme, Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında yaptığı yeniden yargılama sonucunda, davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından davacıya yöneltilen icra takibinde alınan ödeme taahhüdü bakımından da değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme, haciz tehdidi altında verilen taahhüdün borcun kabulü anlamına gelmediğini, haciz tutanağında da ihtirazı kayıt olarak bu durumun belirtildiğini gerekçe olarak göstermiş ve bu yönden davanın kabulü kararında direnmiştir.

B. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ KARARI

Yerel mahkeme kararının davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ve diğer davalılar tarafından temyizi üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, diğer davalıların temyiz itirazlarını yerinde görmemiş ve taleplerini reddetmiştir. Yüksek mahkeme davalı M.Y. Malzeme İnş. San. Tic. Ltd. Şti. bakımından yaptığı değerlendirmede ise, davalı tarafından borçlu şirket ve kişi aleyhine başlatılan icra takibinde, borçlu hakkında 10.11.2004 tarihinde haciz işlemi yapıldığına ve borçlunun 03.12.2004 tarihinde ödeme yapmayı kabul ettiğine dikkat çekerek mahkemece bu beyan üzerinde durularak bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay özel dairesi bu dosya bakımından ilk derece mahkemesi kararını yerinde görmeyerek bozma kararı vermiş ve dosya yerel mahkemeye gönderilmiştir.

İlk derece mahkemesi ise yukarıda yer alan sebeplerle mezkur dosya hakkında verdiği kararda direnmiştir. Direnme kararının davalı tarafından temyizi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu huzuruna gelmiştir.

C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yaptığı inceleme sonucunda yerel mahkemenin direnme kararının onanmasına hükmetmiş ve bu kararında şu gerekçelere dayanmıştır:

a. Kambiyo senetleri ile borçlanılması, bunların düzenlenmesine temel teşkil eden asıl borç ilişkisinden soyut bir ilişki yaratır ve senedi elinde bulunduran kişi ayrıca temel ilişkiyi ispat zorunda kalmaz.

b. Korkutma fiili, maddi bir vakıa niteliğindedir ve bu vakıa tanıkla ispat edilebilir.

c. Maddi vakıayı belirleyen ceza mahkemesi kararlarının bu yönü hukuk hakimi tarafından da değerlendirilmeli ve dikkate alınmalıdır.

d. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi fail (lehtar) hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve silahla, örgüt faaliyeti çerçevesinde, birden fazla kişi ile yağma suçlarından dolayı mahkumiyet hükmü vermiş ve bu hüküm kesinleşmiştir. Böylece dava konusu bonoların davacının gerçek iradesini yansıtmadığı ve bonolar dolayısıyla davacının, davalı lehtara borçlu olmadığı vakıası sabit olmuştur.

e. İmzanın tehdit, korkutma suretiyle zorla atırılması halinde keşidecinin iradesinden söz edilemez ve keşidecinin bu yöndeki beyanı iyiniyetli hamiller de dahil herkese karşı ileri sürülebilir.

f. Önceden menfi tespit davası açan borçlunun, haciz sırasında borçlu olmadığına ilişkin iddialarını tutanağa geçirerek ödeme taahhüdünde bulunması, bu taahhüdün ihtirazi kayıtlı ve cebri icra baskısı altında yapıldığı anlamına gelir. Bundan dolayı mezkur ödeme taahhüdü borcun ikrarı niteliğinde değildir.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konusu karar, kambiyo senetlerinde def'i konusu bağlamında önemli bir tartışmanın ekseninde yer almaktadır. Bundan dolayı öncelikle mezkur kararda yer alan ve tartışılması gereken temel sorunlar tespit edilecek ve akabinde karara konu def'inin doktrin ve hukuk uygulaması ışığında hukukumuzdaki durumuna yer verilecektir.

A. HUKUKİ PROBLEMLER

Yukarıda yer alan olay ve merci kararları incelendiğinde tartışılması gereken temel sorun; korkutma altında kambiyo senedi düzenlenmesi halinde bu sebeple ileri sürülen def'inin vasfı ve etkisinin ne olacağı, senedin tedavülü halinde sonraki iyiniyetli hamillere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesidir. Bunun yanında diğer sorun, kambiyo senedine dayalı olarak başlatılan icra takibinde ödeme taahhüdü verilmesi halinde bu beyanın borcun ikrarı anlamına gelip gelmeyeceği, menfi tespit davası bakımından önemi ve özellikleri konusudur. Bu minvalde ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılamasındaki etkisi ve irade sakatlığı halinin ispatı üzerinde de kısaca durulacaktır.

B. TÜRK HUKUKUNDA KORKUTMA DEF'İ

1. Genel Olarak

Taraflar arasında bir sözleşmenin kurulması için aranan esaslı şart, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır⁴. İrade açıklamasının sağlıklı olmaması, sakat (bozuk) olduğu anlamına gelir ve bu durum açıklamanın oluşumundaki bir etkenden ya da açıklamanın iradeye uymamasından kaynaklanabilir⁵. İrade açıklamasının oluşmasındaki etkenlerden kaynaklanan bozukluklar, yanılma (hata), aldatma (hile) ya da korkutma (ikrah) şeklinde vuku bulmaktadır⁶. Esasen TBK m.30-39 hükümleri arasında tanzim olunan bu irade sakatlıkları aksi öngörülmedikçe diğer tüm hukuki işlemlere de kıyasen uygulanır⁷. İrade sakatlıklarından biri olan korkutma hali TBK m.37-39 hükümlerinde

⁴ Doktrinde Eren'e göre, irade beyanı kavramı yerine irade açıklaması kavramı kullanılmalıdır. Zira irade, beyan olmadan başka faaliyetlerle de dış dünyaya yansıtılabilir. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (22. Baskı, Ankara 2017), 127 vd. 6098 sayılı TBK da irade açıklaması kavramını kullanmış olup, yazımızda kanun metnine uygun olarak irade açıklaması deyişi kullanılacaktır.

⁵ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C I, (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2014), 92; irade bozukluğu hallerinde irade ile açıklama arasında bilmeden ve istemeden, bilinçsiz olarak bir uyumsuzluk meydana gelir; bkz. Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Borçlar Hukuku, (Bursa 2018), 61.

⁶ Oğuzman ve Öz, 93.

⁷ Oğuzman ve Öz, 93.

düzenlenmiştir ve korkutma sonucu sözleşme yapan kişinin bu sözleşme ile bağlı olmadığı öngörülmüştür.

Korkutma halinden bahsedebilmek için gerçekleşmesi gereken birtakım koşullar bulunmaktadır: Öncelikle kişi, söz ya da davranışlar yoluyla gerçekleşen bir tehdide maruz kalmış olmalıdır. Yapılan bu tehdit, ağır ve yakında gerçekleşecek⁸ ciddi bir tehlike meydana geleceği kanısı uyandırarak kişinin sağlıklı iradesini olumsuz yönde etkilemelidir. Tehdit, kişinin kendisine veya yakınlarına yönelik olmalıdır; gerçekleşeceği söylenen bu tehlike kişilik değerlerine ya da malvarlığı değerlerine yönelik olabilir. Tehdit hukuka aykırı olmalı ve gerçekleştirilen bu haksız eylem sonucu kişi o hukuki işlemi yapmalıdır⁹. İrade bozukluğu halinde hukukumuzda öngörülen yaptırım iptal edilebilirlik olup¹⁰, korkutmaya maruz kalan kişi, bu eylemin etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde bozucu yenilik doğurucu beyan niteliğinde olan iptal hakkını kullanabilir (m.39).

Def'i, ileri sürülen bir talebe karşı kişinin istenen edimi yerine getirmeyeceğini belirten ve hukuki bir sebebe dayanan açıklamasıdır¹¹. Borcun yerine getirilmeme nedenini gösteren bir savunma aracıdır. Kıymetli evrak hukukunda def'i kavramı özellik arz etmekte, bir borcun hiç doğmadığı veya sona erdiği açıklamasını ifade eden itiraz kavramını da kapsar şekilde ve geniş anlamda kullanılmaktadır¹².

⁸ Kişiye yönelik bizzat ya da yakınları hedef alınarak gerçekleştirilen bu tehdidin ağır olması, zarar olasılığının yoğunluğunu, yakın olması da ciddiyetini göstermektedir; Bilgili ve Demirkapı, 68.

⁹ Oğuzmanve Öz, 116-118. Tehdit ile hukuki işlemin kurulması arasında illiyet bağı olmalıdır; Erol Cansel ve Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1, (Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2017), 176; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara 2016), 226.

¹⁰ TBK m.37 hükmünde yer alan korkutma sonucu sözleşme yapanın bu "sözleşmeyle bağlı olmaması" kuralı hukuki niteliği bakımından doktrinde tartışmalıdır. Bu yaptırımın hukuki niteliği ile ilgili doktrinde geçersizlik, kısmi geçersizlik görüşleri bulunmakla beraber hakim görüş iptal teorisi yönündedir. İptal teorisine göre kişi, kanunda belirtilen süreler içerisinde iptal hakkını kullanıncaya kadar sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğurur; ancak iptal hakkının kullanılması ile sözleşme baştan itibaren geçersiz olur ve yerine getirilen edimlerin de iadesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cansel ve Özel, 178.

¹¹ Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Baskı, İstanbul 2018), 101.

¹² Poroy ve Tekinalp, 101; İbrahim Arslan, "Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri", (2008) 16 (1) SÜHFD, 11 vd.; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, (Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2016), 45; Şaban Kayıhan ve Mustafa Yasan, 6728 Sayılı Kanun İle Değişmiş Türk Ticaret Kanunu Ve Çek Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukuku, (4. Baskı, Ankara 2017), 39; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, (Güncellenmiş 7. Baskı'dan 10. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2015), 59-60; Lerzan Yılmaz, Kambiyo Senetlerinde (Çek, Bono, Poliçe'de) Def'iler, (İstanbul 2017), 137 vd.

2. Kambiyo Senetlerinde İrade Sakatlıkları Bağlamında Korkutma Def'i ve Cebir

Kıymetli evrak hukukunda ve özellikle kıymetli evrakın en önemli türünü oluşturan kambiyo senetleri hukukunda def'iler önemli bir yere sahiptir. Ancak doktrinde def'i türlerine ve tasnifine ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır¹³. Doktrinde yazarlar def'ileri farklı başlıklar altında sınıflandırmakla beraber def'i türlerinden biri olan irade sakatlıklarını ve bu minvalde korkutma def'ini de farklı gruplar altında incelemektedirler.

TTK'nın "Borçlunun def'ileri" kenar başlığını içeren m.825/f.1 hükmüne göre, "*Borçlu, emre yazılı bir senetten doğan alacağa karşı ancak senedin geçersizliğine ilişkin veya senet metninden anlaşılan def'ilerle alacaklı kim ise ona karşı, şahsen haiz bulunduğu def'ileri ileri sürebilir.*" Kanun hükmünden yola çıkarak def'iler; senedin geçersizliğine ilişkin def'iler, senet metninden anlaşılan def'iler ve kişisel def'iler olmak üzere üç grup altında incelenebilir. Nitekim doktrinde bir kısım yazarlar¹⁴ bu ayrıma göre def'ileri gruplandırmakta ve örneklemektedir¹⁵. Korkutma def'i, imzanın zorla attırılması hali doktrindeki görüşler ile birlikte aşağıda değerlendirilecektir.

Helvacı'ya göre, irade bozukluğu halleri, sakat da olsa bir iradenin açıklanmış olması nedeniyle mutlak def'i başlığı altında geçersizlik def'i teşkil etmezler. Ancak korkutma halinde, bu eylem zorla imza attırma düzeyinde olduğu takdirde farklı bir sonuca varılmalı ve geçersizlik def'i olarak nitelendirilmelidir¹⁶. Bu halde geçersizlik def'i olarak nitelendirilen korkutma

¹³ Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2017), 64; emre yazılı senetlerde hakim ve klasik görüş ile öğretilde yapılan diğer ayrımlar bakımından bkz. Poroy ve Tekinalp, 98-99; def'i kavramının ele alınması ve sonuçlarının tespit edilmesinde kıymetli evrak ile ilgili teorilerin etkisi olduğu ve bu tasnifin doktrine bırakıldığı yönünde açıklamalar için bkz. Arslan, 15.

¹⁴ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya, 64; Arslan, 15; maddi özelliklerine göre def'iler üst ayrımında bu şekilde üçlü incelemeye yer veren görüş için bkz. Öztan, 46; Pulaşlı, 64 vd.

¹⁵ Senet metninden anlaşılan def'iler, senedin ön, arka yüzü ve alonj kısmından anlaşılabilen ve herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilen def'ilerdir. Geçersizlik def'i, senet metninden anlaşılabilen, geçersizlik şahsında doğan kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen def'ilerdir. Bundan dolayı senet metninden anlaşılan def'iler ile geçersizlik def'iler mutlak def'i grubunda sayılmaktadır. Zira her iki def'i grubu da herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Kişisel def'iler ise nispi def'i olarak adlandırılmakta ve bu def'iler ancak ilgisi tarafından alacaklı kim ise ona karşı ileri sürülebilecek def'ilerdir. Sadece ilişki tarafları arasında ileri sürülebilir ve kural olarak üçüncü kişilere karşı bu savunmalar yöneltilmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya, 64-68; Arslan, 15-17.

¹⁶ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya, 67. Yazarlar bu durum haricinde irade sakatlığı hallerini kişisel olmayan nispi def'iler başlığı altında değerlendirmektedir. Bu halde tarafları arasında kişisel def'i olarak ileri sürülürken, senedi devralan diğer kişilere karşı ancak kötüniyetle iktisap ettikleri veya iktisabında ağır kusurlu oldukları halde ileri sürülebilir; bkz.. 70.

def'i, sadece geçersizlik kişiliğinde doğan şahıs tarafından ve fakat herkese karşı ileri sürülebilir¹⁷.

Poroy/Tekinalp, bu bağlamda hukuki görünüşe güven ve isnat edebilme teorileri çerçevesinde konuya çözüm getirmektedirler. Yazarlara göre, burada meydana gelen olaya borçlunun sebep olup olmadığına bakılmalı ve ortaya çıkarılan, yaratılan kambiyo senedi görüntüsünün borçluya isnat edilebilir olup olmadığı incelenmelidir. Borçlunun senedi zor kullanılarak imzalamış olması halinde hukuki durum değişir ve meydana gelen kambiyo ilişkisi borçluya isnat edilemez¹⁸. Bu halde geçersizlik def'i niteliğindeki bu savunma herkese karşı ileri sürülebilecektir. Yazarlara göre, geçersizlik def'ileri kapsamında isnat def'ileri de bulunmaktadır ve her ne kadar doktrinde¹⁹ bunlar ayrı gösterilse de aralarında ayrımı zorunlu kılan ciddi bir fark bulunmamaktadır. İsnat def'ileri; senedin geçerli bir şekilde tanzim edilmediği, senet dolayısıyla geçerli bir şekilde borçlanılmadığı ve senedin hukuki görünüşe güven beklentisini de borçlunun yaratmadığı halleri kapsamaktadır²⁰. Yazarlar hile ve tehdit halini hata ve gabinden ayırmakta; hile ve tehdidin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesini ancak hata ve gabinin ise kişisel def'i olarak tarafları arasında ileri sürülebilmesini savunmaktadırlar²¹.

Öztan'a göre, “*imzanın şahsın fiziki varlığını doğrudan etkileyerek, doğrudan doğruya cebirle, zorla atırılmış olması hallerinde*” borçlu bu durumu mutlak bir def'i olarak herkese karşı ileri sürebilecektir. Zira bu halde borçlu, eyleminin sonuçlarını bilerek ve isteyerek özgür iradesiyle hareket ettiği yönünde bir isnada maruz kalmaz. Bu halde bireyin menfaati esası, senedin sağladığı kamu güveni esasına üstün tutulur²².

Pulaşlı da irade sakatlıkları bağlamında korkutma halini, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler kapsamında incelemiş ve kişisel himayeye ilişkin bir def'i olarak saymıştır²³.

İrade bozukluğu hallerinden korkutma def'ini geçersizlik def'ileri başlığı altında isnat def'ileri bölümünde inceleyen *Arslan* 'a göre, borçlunun kambiyo

¹⁷ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya, 66.

¹⁸ Poroy ve Tekinalp, 100-101; ayrıca bkz. 104; Numan Sabit Sönmez, Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def'iler, (İstanbul 2019), 37.

¹⁹ Geçersizlik def'i ile isnat def'inin farklı def'i grupları olduğunu savunan düşünceye göre, isnat def'ilerinde senede atılan imza sebebiyle meydana gelen hukuki görünüşten sorumluluk söz konusudur; ancak geçersizlik def'i hallerinde ise kambiyo taahhüdünün ve o işlemin geçerliliği mevzu söz konusu olmaktadır; bkz. Poroy ve Tekinalp, 102, dn. 36.

²⁰ Poroy ve Tekinalp, 102.

²¹ Poroy ve Tekinalp, 104 ve 108.

²² Öztan, 46-47; aynı yönde, Ahmet Fevzi Kibar, “Kambiyo Senetlerinde Temel İlişki”, (2018) 7 (27) BFHD, 575; yazara göre, imzanın kişiye doğrudan uygulanan cebir sonucu zorla atırılması hali, senette mevcut olan taahhüdün geçersizliğinden doğan bir mutlak def'idir.

²³ Pulaşlı, 64-65.

taahhüdünde bulunmasında irade sakatlıkları etkili olmuşsa borçlu buna dair isnat def'ini herkese karşı ileri sürebilir²⁴. Yazar sadece hile ve tehdit halini isnat def'i kapsamında incelemiş ve gerekçe olarak borçlunun tutumuyla hukuki görünüşe sebebiyet vermediğini belirtmiştir²⁵.

Çamoğlu'na göre, yanılma, aldatma ve korkutma şeklindeki irade bozuklukları, borçluya kendisinden alacak talebinde bulunan herkese karşı ileri sürebileceği bir mutlak def'i imkanı vermektedir²⁶. Yazara göre, bir kimseye kambiyo senedinin korkutma yoluyla imzalatılması ve böylece borç altına sokulması, kambiyo senedinin geçersizliğine ilişkin mutlak def'idir. Bu def'i, TBK m.39 uyarınca iptal hakkının kullanılması kaydıyla senette sonradan hak sahibi olan iyiniyetli hamiller de dahil herkese karşı ileri sürülebilir²⁷.

Kayıhan'a göre, imzanın zorla atırılması halinde kişinin sözleşme yapma iradesinden bahsedilemez ve bu işlem kişinin iradesi bulunmadığından yokluk yaptırımına tabidir. Bundan dolayı kendisine zorla kıymetli evrak düzenlettirilerek borç altına sokulan kişi sadece lehtara değil, senedi devralan üçüncü kişilere karşı da bu def'iyi ileri sürebilir ve bu def'i senedin hükümsüzlüğüne ilişkin bir savunma teşkil eder²⁸.

Türk'e göre, korkutma (ikrah) ile maddi cebir birbirinden ayrılmalıdır. Korkutma halinde, tehdit sonucu ortaya çıkmış ve bu yüzden hukuken bağlayıcı olmasa da bir irade bulunmaktadır. Ancak maddi cebir halinde senet ile borçlanan kişi üzerinde ciddi bir fiziki baskı vardır ve bu durum mutlak def'i olarak herkese karşı ileri sürülebilir²⁹. Yazar maddi cebiri mutlak etkili geçersizlik def'i olarak zikretmiş ve bu durum dışındaki korkutmayı ise nispi etkili geçersizlik def'i olarak açıklamıştır³⁰.

²⁴ Arslan, 25; yazara göre geçersizlik def'ileri, kanunda öngörülen geçersizlik def'ileri, kambiyo sözleşmesinin bulunmaması ve isnat def'ileri olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Isnat def'ileri ve kanunda öngörülen geçersizlik def'ileri iyiniyetli hamile karşı da ileri sürülebilir ve fakat kambiyo sözleşmesinin bulunmadığı def'i iyiniyetli üçüncü kişi olan hamile karşı ileri sürülemez; ayrıca bkz. 27.

²⁵ Arslan, 26.

²⁶ Ersin Çamoğlu, "Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)", (2019) 35 (3) BATİDER, 12-13 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 18.06.2020).

²⁷ Çamoğlu, 15-16 ve ayrıca bkz. dn. 24 .

²⁸ Şaban Kayıhan, Kıymetli Evrak Hukuku, (6. Baskı, Ankara 2019), 71; yazar, inceleme konusu karara da yer vererek (bkz. dn. 82) Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

²⁹ Ahmet Türk, "Kambiyo Senedi Borçlusuna Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler", (2005) 7 (0) DEÜHFD, 347; aynı yönde Özgür Doğan, Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri, (Ankara 2020), 135-136; yazar, bu halin kambiyo hukuku bakımından bir geçersizlik def'i teşkil ettiğini ve iyiniyetli hamiller de dahil herkese karşı ileri sürülebileceğini (mutlak nitelikte olduğunu) ifade etmektedir.

³⁰ Türk, 348; yazar aynı zamanda nispi etkili geçersizlik def'ilerini isnat def'ileri olarak adlandırmış ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini beyan etmiştir. Yazara



Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu korkutma def'ini geçersizlik def'i veya bu kapsam dahilinde isnat def'i olarak belirtmekle beraber bu def'iyeye kişisel def'iler arasında yer verenler de bulunmaktadır³¹. Kişisel def'i olarak zikredilmesi halinde kural olarak³² bu iddia, senedi sonradan devralan kişilere karşı ileri sürülemez ve sadece tarafları arasında ileri sürülebilen bir savunma açıklaması olacaktır.

Yukarıda yer alan açıklamalar kapsamında korkutma def'inin türü ve etki çevresi ekseninde yapılan tartışmalar dikkate alındığında, bir kısım yazarlar korkutma def'ini doğrudan geçersizlik def'i niteliğinde bir mutlak def'i olarak görmüşlerdir. Diğer bir kısım yazarlar ise ancak maddi cebir niteliğinde, fiziki bir güç kullanılarak yapılan korkutmayı geçersizlik def'i olarak saymışlardır. Bunun gibi korkutma def'ini geçersizlik def'i kapsamında bir isnat def'i olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Ayrıca korkutma haline dayalı def'iyi nispi def'i sayan görüşler de bulunmaktadır. Korkutma def'inin geçersizlik def'i ya da isnat def'i sayılması halinde bu def'i iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Ancak nispi def'i sayılması halinde ancak tarafları arasında ileri sürülebilen ve kural olarak³³ üçüncü kişi ilgililere yöneltilemeyen bir def'i olacaktır. Konuya ilişkin görüşümüz aşağıda ayrıntılı olarak belirtilecektir.

C. HACİZ SIRASINDA ÇEKİNCE İLERİ SÜRÜLEREK VERİLEN ÖDEME TAAHHÜDÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Borçlu, kambiyo senedinde yer alan taahhüdünün geçersiz olduğu ve imzanın kendisini bağlamayacağı sebebine dayanarak bir menfi tespit (senedin iptali) davası açabilir³⁴. Bu dava ile aleyhine kambiyo senetlerine dayalı icra

göre, bu def'ilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için kişisel def'ilerden farklı olarak bile bile borçlu zararına iktisap şartı aranmaz; hamilin kötüniyetli veya iktisapta ağır kusurlu olduğunun ispatı yeterlidir.

³¹ Erhan Günay, Uygulamalı Bono Rehberi, (Ankara 2018), 204. Meriç ve Aksu ise irade yokluğu ve irade bozukluğu halleri arasında bir ayrım yapmakta, irade yokluğu halinde bunun iyiniyetli hamillere karşı ileri sürülemez kişisel def'i teşkil ettiğini, borçlunun kambiyo taahhüdünde bulunma iradesini sakatlayan sebeplerde ise somut olaya göre inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir; bkz. 83-84.

³² Bu bağlamda bile bile borçlu zararına iktisap hali istisna teşkil eder. Bile bile borçlu zararına iktisap, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.3 hükmüne göre kötüniyet halinden farklıdır. TMK m.3 gereği anlaşılan kötüniyet, hakkın geçişine engel olan bir eksikliği bilmek ya da bilebilecek durumda olmak iken, burada üçüncü kişi bile bile borçlu zararına hareket ederek senedi devralmaktadır. Belli bir kastın arandığı bu halde borçlu, hamilin kötüniyetini kanıtlamalıdır; bkz. Pulaşlı, 70.

³³ Bilgi için bkz. dn 32 ve 16.

³⁴ Türk. 334. Borçlu, hakkında icra takibi başlatılmadan önce veya sonra menfi tespit davası açabilir ve çeşitli sebeplerle (korkutma sebebiyle senetteki taahhüdün geçersiz olduğunu ileri sürmesi gibi) borçlu olmadığını ileri sürebilir. Geniş bilgi için bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, (İstanbul 2016), 186 vd.

takibi başlatılan kişi, senetten dolayı borçlu olmadığını ve kambiyo senedi üzerinde yer alan taahhüdün bir hüküm ifade etmediğini ileri sürmektedir. Esasen kambiyo senetlerine dayalı takip usulü 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m.168-170/b hükümleri arasında tanzim edilmiş ve niteliği gereği bu senetlere mahsus özel düzenlemelere yer verilmiştir³⁵. Kambiyo senetlerine dayalı başlatılan takipte borçlunun imzaya ya da borca itirazını icra mahkemesine bir dilekçe ile bildirmesi gerekmektedir. Borçlu tarafından yapılan bu itiraz, icra takibi safhalarından sadece satışı durdurmakta ve fakat haciz yapılmasına ve muhafaza tedbirleri alınmasına engel olmamaktadır³⁶. Bundan dolayı borçlu kambiyo senetlerine dayalı takip yolunda genel icra takibi prosedürüne göre daha dezavantajlı bir durumdadır. Mahkeme, itirazın ciddi olduğu kanaatine varıp takibin geçici durdurulmasına karar vermediği sürece icra işlemleri devam edecek ve haciz konusu şeylerin satış aşamasına kadar geçilebilecektir³⁷.

İnceleme konusu karar kapsamında kambiyo senetlerine özgü takip türünde ödeme emrine itiraz usulü olmadığı ve şikayet yolu ile itirazların ileri sürüldüğü açıklaması hukuken doğru değildir³⁸. Zira kambiyo senetlerine özgü takip yolunda da ödeme emrine itiraz yolu öngörülmüş ve fakat itirazın icra dairesine değil, icra mahkemesine yapılması gerektiği belirtilmiştir (İİK m.169-170). Şikayet yargılaması ise kendine özgü bir hukuki çare³⁹ olup, itirazdan farklı hukuki nedenlere dayanmaktadır. Kararda borçlunun ihtirazı kayıt ileri sürerek ve borçlu olmadığını beyan ederek ödeme taahhüdünde bulunduğu belirtildiğinden verilen taahhüdün borcun ikrarı niteliğinde sayılmaması yerinde olmuştur. Zira borçlunun maddi malvarlığı değerlerine yönelik haciz ve muhafaza tedbirleri alınmasını önlemek ve süre kazanmak amacıyla cebri icra baskısı altında taahhüt verebileceği sosyal bir gerçekliktir. Bundan dolayı yüksek mahkemenin borçlu tarafından ileri sürülen çekinceyi de dikkate alarak bu şekilde sonuca varması yerindedir.

İnceleme konusu karar kapsamında konuyu asıl olarak korkutma def'i bağlamında değerlendirmek gerektiğinden bu kısma ilişkin açıklamalar kısa tutulmuştur.

³⁵ Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, (7. Baskı, İstanbul 2016), 278.

³⁶ Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 279; kambiyo senetlerine özgü takip yolunda genel haciz yoluyla takibe göre süreler daha kısadır ve itiraz kural olarak takibi durdurmaz; ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (3. Baskı, Ankara 2016), 294.

³⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 302; Kuru, 345.

³⁸ Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borca itirazın incelenmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Talih Uyar, "Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takiplerde Borca İtirazın İncelenmesi", (2008) 6 (62) LHD,391 vd.

³⁹ Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 31; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 103; Kuru, 63.

D. KORKUTMA DEF'İ VE CEBİR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

İlk olarak belirtmemiz gerekir ki maddi cebir (zor kullanma- vis absoluta), manevi cebir (korkutma- vis compulsiva) ve tehdit birbirinden farklı kavramlardır. Tehdit, kişide hukuka aykırı bir işlem veya eyleme, kötülüğe maruz kalacağına ilişkin bir kanı uyandırmaktır⁴⁰. Ancak her tehdit kişide korkutma uyandırmaz ve bu sebeple doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, her korkutma tehdit içerir ve fakat her tehdit korkutma düzeyine ulaşmayabilir⁴¹.

Maddi cebir (zor kullanma) ve manevi cebir (korkutma) kavramları ve hukuki sonuçları da birbirinden farklıdır. Esasen bu kavramlar cebir üst başlığı altında incelenmekte ve her ikisi de kötülüğe maruz bırakma eylemini içermektedirler. Bu iki cebir türü arasındaki fark, eylemin kişinin kendi iradesine dayanıp dayanmadığı noktasında yani irade üzerindeki kontrol derecesinde kendini gösterir⁴². Maddi cebir halinde kişide hukuki bir sonuca ulaşmaya ilişkin arzuyu hukuk alemine yansıtma ve buna ilişkin davranışları gerçekleştirme istek ve iradesi bulunmaz. Bundan dolayı maddi cebir halinde irade açıklaması yoktur ve TBK m.1 hükmü gereği taraflar arasında sözleşme ya da hukuki işlem kurulmaz⁴³. Kişiye zorla, fiziki güç uygulayarak (mesela kafasına silah dayayarak) senet imzalaması halinde aslında kişinin o senette bir iradesi ve taahhüdü yoktur.

Manevi cebir halinde ise, kişinin sadece iradesi kontrol altına alınmaktadır ve fakat davranışları serbest bırakılmaktadır⁴⁴. Böylece kişi kontrol altına alınmış ve sağlıklı olmayan iradesine göre bir davranış sergiler⁴⁵. Bundan dolayı manevi cebri ifade eden korkutma⁴⁶ halinde irade vardır ve fakat sakattır. Kişi bu halde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek iptal beyanında bulunabilir.

⁴⁰ Ahmet Karakocalı, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), (Ankara 2016), 35.

⁴¹ Karakocalı, 35.

⁴² Karakocalı, 35. Maddi ve manevi cebir ayrımı ve hukuki sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Mehmet Özgür Avcı, İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı, (2021) 27 (1) MÜHF-HAD, 645 vd.

⁴³ Karakocalı, 35; Yılmaz, 284. Bu sebeple maddi cebir halinde TBK m.37-38 hükümlerinin uygulanmayacağı ve mezkur hükümlerin manevi cebirle sınırlı olarak uygulanacağı yönünde bkz. Avcı, 645.

⁴⁴ Karakocalı, 36.

⁴⁵ Karakocalı, 36.

⁴⁶ Korkutmada bir manevi cebir söz konusudur ve irade vardır. Ancak maddi cebir söz konusu ise irade hiç yoktur ve sözleşme kurulmaz; bkz. Oğuzman ve Öz, 116, dn. 243. Ayrıca korkutmadan bahsedebilmek için kişiye psikolojik bir tehdit yöneltilmiş olmalıdır. Fiziksel zorlama olduğu takdirde irade açıklaması bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Kanişli, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, (İstanbul 2018), 414 (LexperaHukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 19.06.2020). Maddi cebir ve manevi cebir ayrımına değinerek TBK m.37-38 hükümlerinde düzenlenen korkutmanın manevi cebri ifade ettiği yönünde bkz. Cansel ve Özel, 174. Korkutmanın manevi nitelik taşıması bakımından maddi cebirden ayrıldığı ve maddi cebir halinde iradenin bulunmadığı yönünde; Ayan, 227.

Bu açıklamalar kapsamında kanaatimizce manevi cebiri ifade eden korkutma hali, Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya tarafından yapılan def'i tasnifine uygun olarak kişisel olmayan nispi def'i olarak değerlendirilmelidir⁴⁷. Bu şekilde nitelendirildikten sonra önemli olan iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesidir. Bu halde korkutma def'i sadece tarafları arasında ileri sürülebilecek, senedi devralan diğer kişilere karşı ise ancak kötü niyetle iktisap etmeleri veya iktisabında ağır kusurları bulunmaları halinde yöneltilebilecektir⁴⁸.

Zor kullanma suretiyle kişiye senet imzalatılması⁴⁹ ve borç altına sokulması halinde ise maddi cebir söz konusu olacaktır ve bu halde farklı bir yaklaşım benimsenmelidir. Zira bu halde bir iradenin varlığından söz edilemez ve kişi hukuk alanında yok sayılan ancak senette bulunan bir taahhüt yüzünden zarara ve zarar tehlikesine maruz kalmamalıdır. Bu halde kişi senet sebebiyle meydana gelen hukuki görünüşten sorumlu değildir ve senedin düzenlenmesi eyleminde serbest bırakılmış bir iradesi ve davranışı bulunmamaktadır. Maddi cebir kullanılarak-fiziki güç uygulanmak suretiyle kişiye zorla senet imzalatılması halinde bunun ileri sürülmesi geçersizlik def'i olarak nitelendirilmelidir. Bu yöndeki kabul aynı zamanda isnat prensibinin de bir sonucudur⁵⁰. Bu halde maddi cebir altında senet imzalandığına ilişkin def'inin etkisi mutlak olduğundan, geçersizlik şahsında doğan kişi tarafından iyiniyetli hamiller de dahil olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilecektir.

Somut olayda kişiye silah zoruyla, birden fazla kişi tarafından ölümle tehdit edilerek ve yağma suçu işlenerek senet imzalatılmış ve failer hakkında ceza mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet hükmü kesinleşmiştir. Her ne kadar hukuk hakimi TBK m.74 hükmü uyarınca ceza mahkemesinin sorumluluk ile ilgili hükümleriyle bağlı olmasa da maddi vakıayı tespit eden kesinleşmiş kararları ile bağlıdır. Zira bu halde ceza mahkemesi kararı hukuk yargılamasında kesin delil niteliği taşımaktadır ve YHGK da müteaddit kere verdiği kararlar ile bu esası benimsemiştir⁵¹. Böylece ceza mahkemesi hükmü ile sabit olan silah zoruyla senet imzalatma eylemi hukuk mahkemesi tarafından da dikkate alınacak ve iradesi bulunmayan lakin senette borçlu görünen kişi bu def'iyi herkese karşı ileri sürebilecektir.

⁴⁷ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya, 70; aynı yönde bkz. Öztan, 46-47.

⁴⁸ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya, 70; aynı yönde bkz. Türk, 348.

⁴⁹ Kişinin hipnotize edilmesi suretiyle senet imzalatılması halinde bunun da zorla imza attırmaya eşdeğer olduğu yönünde bkz. Yılmaz, 285.

⁵⁰ Sönmez, 37.

⁵¹ Bkz. YHGK. 31.01.2019, E. 2017/11-55, K. 2019/43 (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 20.06.2020); YHGK. 09.04.2014, E. 2013/4-1008, K. 2014/490 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 20.06.2020).



Ayrıca kısaca belirtmek gerekirse, irade bozukluğu teşkil eden manevi cebir ve irade yokluğuna sebebiyet veren maddi cebir, haksız fiil niteliğinde bir maddi vakıa olduğundan, bu eylemin her türlü delille ve özellikle tanıkla ispatı mümkündür⁵². Bu hallerde senetle ispat zorunluluğu aranmaz ve HMK m.203/1-ç hükmü gereği bu haller senetle ispat zorunluluğundan istisna tutulmuştur. Zira bu halde maddi bir imkansızlık söz konusu olduğundan kişi, zorla senet imzalatıldığına dair vakiasını tanık dahil her türlü delille ispat edebilir⁵³.

SONUÇ

TTK m.825 hükmünde düzenlendiği biçimde ve doktrinde bir kısım yazarlarca savunulduğu üzere, kambiyo senetlerinde def'iler; senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler, senet metninden anlaşılan def'iler ve kişisel defiler olmak üzere üç grup altında incelenebilir. Senet metninden anlaşılan def'iler herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilirken, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler sadece geçersizlik üzerinde doğan kişi tarafından ve fakat herkese karşı ileri sürülebilir. Bu iki def'i grubu herkese karşı ileri sürülebildiğinden etkisi bakımından mutlak def'i niteliğindedir. Kişinin alacaklı her kim ise kural olarak yalnız ona karşı ileri sürebileceği def'iler ise kişisel def'i teşkil eder ve etkisi bakımından nispi def'i olarak da adlandırılır.

İrade bozukluğu hallerinden biri olan korkutma hali, senette borçlu görünen kimse tarafından def'i olarak ileri sürülebilir. Bu halde ileri sürülen bu def'inin hangi def'i grubu altında inceleneceği ve etkisinin ne olacağı (diğer senet hamillerine karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği) meselesi önem taşır. Kavramların ve bu kavramlara bağlanan hukuki sonuçların doğru bir şekilde tespit edilmesi ve böylece bir sonuca varılması gerekmektedir. Cebir başlığı altında maddi cebir (zor kullanma) ile manevi cebir (korkutma) halleri ve tehdit birbirinden farklıdır ve bunların meydana getirdiği hukuki sonuçlar da farklıdır. Kişiye kötülüğe maruz kalacağına dair yöneltilen eylemde küçükten büyüğe doğru bir sıralama yapılacak olursa tehdit, korkutma ve zor kullanma şeklinde bir dizilim olur. Korkutma ve zor kullanma ciddi bir tehdidi bünyesinde barındırır, ancak her tehdit, korkutma ve zor kullanma seviyesine ulaşmayabilir.

Hukuki sonuçları bakımından yaptığımız değerlendirme uyarınca, korkutma (manevi cebir) halinde irade vardır ve fakat bozulmuştur (sakatlanmıştır);

⁵² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (7. Baskı, İstanbul 2019), 387.

⁵³ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 390-391. Kambiyo senetlerinde aldatma def'i ileri sürülmesi halinde ispat ve ispat faaliyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Meriç ve Aksu, 86 vd.

buna ilişkin def'i kural olarak ancak tarafları arasında ileri sürülebilir. Tarafları dışındaki diğer kişilere karşı ancak senedi kötü niyetle iktisap etmeleri veya iktisabında ağır kusurları bulunmaları halinde ileri sürülebilir. Zor kullanma (maddi cebir) halinde ise kişinin o hukuki sonucu arzu etme ve gerçekleştirme yönünde iradesi bulunmaz ve hukuken meydana çıkarılan eylem o kişiye atfedilemez. Zor kullanılarak, fiziki müdahalede bulunularak kişiye senet imzalatılması halinde kişinin taahhüdü aslında hiç bulunmamaktadır. Bundan dolayı kişi, olmayan bir iradesi ve taahhüdünden dolayı sorumlu olmayacağı şeklindeki savunmasını iyiniyetli üçüncü kişilerde dahil olmak üzere herkese karşı ileri sürebilir. Zira bu halde ileri sürülen savunma açıklaması, geçersizlik def'i kapsamında değerlendirilen ve mutlak etkili olan bir def'i teşkil eder.

Yüksek mahkeme kararında her ne kadar ileri sürülen def'i bakımından terminolojik ayırım ve derecelendirme yapılmamış olsa da somut olaydaki eylem dikkate alındığında ulaşılan sonuç bakımından yerinde olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Alışkan M, "Teori ve Uygulamada Kambiyo Senetlerinde Lehtar Unsuru: Lehtar Unsurunun Hukuki Niteliği, Eksikliğinin Sonuçları, Lehtarın İşletme Adı Yazılarak Gösterilmesinin Sonuçları", (2011) 9 (97) LHD, 83-130.

Arslan İ, "Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri", (2008) 16 (1) SÜHFD, 11-28.

Avcı M.Ö, İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı, (2021) 27 (1) MÜHF-HAD, 642-657.

Ayan M, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2016).

Bilgili F ve Demirkapı E, Borçlar Hukuku (Bursa, Dora Yayıncılık 2018).

Cansel E ve Özel Ç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1 (Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2017).

Coşkun M, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku (Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2019).

Çamoğlu E, "Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Def'ileri (Savunmaları)", (2019) 35 (3) BATİDER, 5-35.

Doğan Ö, Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2020).

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları 2017).

Günay E, Uygulamalı Bono Rehberi (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2018).



Kanışlı E, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma (İstanbul 2018).

Karakocalı A, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus) (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2016).

Kayıhan Ş, 6728 Sayılı Kanun İle Değişmiş Türk Ticaret Kanunu Ve Çek Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukuku (6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2019).

Kayıhan Ş ve Yasan M, 6728 Sayılı Kanun İle Değişmiş Türk Ticaret Kanunu Ve Çek Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukuku (4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2017).

Kıbar A.F, "Kambiyo Senetlerinde Temel İlişki", (2018) 7 (27) BFHD, 555-586.

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku (İstanbul, Legal Yayınevi 2016).

Meriç N ve Aksu R, "Kambiyo Senetlerinde İrade Yokluğunun ve Bozukluğunun Tespiti ve İspatı", (2015) 11 (31) LHD, 69-106.

Oğuzman M.K ve Öz M.T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C I (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2014).

Özcan F, Kıymetli Evrak Hukuku (Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi 2016).

Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (7. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları 2019).

Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özkes M, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları 2016).

Poroy R ve Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2018).

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları 2017).

Sönmez N.S, Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def'iler. (İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık 2019).

Türk A, "Kambiyo Senedi Borçlusuna Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler", (2005) 7 (0) DEÜHFD, 307-381.

Uyar T, "Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takiplerde Borca İtirazın İncelenmesi", (2008) 6 (62) LHD, 391-408.

Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A ve Kaya A, Kıymetli Evrak Hukuku (Güncellenmiş 7. Baskı'dan 10. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık 2015).

Yıldırım K ve Deren Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku (7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları 2016).

Yılmaz L, Kambiyo Senetlerinde (Çek, Bono, Poliçe'de) Def'iler (2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi 2017).

Kısaltmalar

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BFHD	: Banka ve Finans Hukuk Dergisi
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E	: Esas
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K	: Karar
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
MÜHF- HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



İPOTEKLİ GAYRİMENKULLERİN CEBRİ SATIŞLARINDA YENİ MALİKİN EMLAK VERGİSİ AÇISINDAN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU: BELİRLİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

New Owner's Joint Liability From Estate Tax in the Forced Foreclosure of Mortgage: An Assessment According to the Clarity Principle

Yıldırım TAYLAR* - Emine Sevcan ARTUN**

Özet

1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu, devir ve ferağ yapılan bina ve arazi için devir ve ferağın yapıldığı yıl ile geçmiş yıllara ait ödenmemiş emlak vergisinin ödenmesinden devreden ile devralanın müteselsilen sorumlu olmasını düzenlemektedir. Söz konusu bu düzenlemenin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlar açısından uygulanması, ipotekli alacaklara taşınmazın aynından kaynaklanan vergilere göre öncelik tanınmasına yönelik Kanun değişikliği sonrasında birtakım problemlere sebep olmuştur. Emlak vergisine konu bina veya araziye açık artırmadan, taşınmazın emlak vergisi borçlarından haberdar olmadan edinen yeni maliklerin beklemedikleri yükseklikte vergi aslı ve faizleriyle karşılaşması mağduriyet doğurmakta ve bu kişilerin hukukî güvenliğine müdahale oluşturmaktadır. Çalışmanın amacı, devir ve ferağ yapılan emlak vergisine tabi taşınmaza ilişkin müteselsil sorumluluk hükmünün, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlarda uygulanmasının belirlilik ilkesini ihlâl eden yönlerinin ve doğuracağı sakıncaların ortaya konulması ve bu çerçevede çözüm önerilerinin sunulmasıdır. Çalışmada öncelikle söz konusu müteselsil sorumluluk hükmü ve uygulama alanı hakkında bilgi verilmekte; daha sonra bu hükmün cebri icra yoluyla satışlarda uygulanması hususu, vergi hukukunda belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Emlak Vergisi, Cebri İcra Yoluyla Satış, İpotek, Belirlilik İlkesi, Kanunilik İlkesi

Abstract

Estate Tax Law No 1319 regulates a joint liability between transferor and transferee for unpaid Estate Tax about lands and buildings that are subject of the transfer and alienation. The implementation of this regulations in foreclosure sales causes some problem after the law amendment about to give priority to mortgaged receivables over property related taxes. Facing an unexpected tax and tax punishment causes a great

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, yildirim.taylar@deu.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-5739-208X>

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, emine.sevcan.artun@ankarabilim.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0001-7582-6964>



aggravement and interferes with the legal security, for the new owners who acquire the property that subject to real estate from auction without being aware of the real estate tax debt. The aim of the article is to reveal the issues that violate the principle of the certainty about the implementation of the act of law regarding joint liability from estate tax who acquire the property from foreclosure sale and propose a solution. In the study, first the information is given about the new orders' joint liability provision and its application area; then, the application of this provision in sales by enforcement is evaluated within the framework of the certainty principle in tax law.

Keywords: Property Tax, Foreclosure Sales, Mortgage, Certainty Principle, Legality Principle

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu, Emlak Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddenin 8'inci fıkrasında yer verilen, devralan ile devreden arasındaki geçmiş yıllara ait ödenmemiş emlak vergisinden müteselsil sorumluluk hükmünün cebri satışlar açısından uygulanabilirliği sorunu oluşturmaktadır. Bu husus, rehinli alacaklara taşınmazın aynından kaynaklanan vergilere göre öncelik tanınmasına yönelik Kanun değişikliği sonrasında birtakım hukukî ihtilaflara ve belirsizliğe yol açmıştır. Nitekim daha önce taşınmazın aynından kaynaklanan bir vergi olan emlak vergisi satış bedelinden öncelikli olarak ödenmekte iken, bu değişiklik sonrası ödeme yapılabilmesi için ipotek alacaklısının alacağını tamamıyla tahsil etmesi gerekmektedir. Emlak vergisi borcunun taşınmazın satış bedelinden karşılanamaması durumunda, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satıştan malı edinen kişi için beklenmedik bir emlak vergisi sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir. Bu sorumluluk, vergi hukukunun anayasal ilkeleri ışığında düşünüldüğünde oldukça tartışmaya açıktır.

Çalışmada öncelikle Emlak Vergisi Kanunu hakkında kısa bir bilgi verildikten sonra aynı Kanunda yer alan müteselsil sorumluluk düzenlemesinin içeriği ve uygulama alanına giren vergiler üzerinde durulmaktadır. Daha sonra ipotekli taşınmazların cebri icra yoluyla satışı ve bu satış usulünün normal satışlardan farkı ele alınmaktadır. Son başlıkta ise ilgili kanun hükmünün cebri icra yoluyla satışlar açısından uygulanmasının özellikle hukukî belirlilik ilkesi çerçevesinde doğurduğu sakıncalar üzerinde durulmakta ve bunlara yönelik çözüm önerileri sunulmaktadır.

I. DEVRALANIN EMLAK VERGİSİNDEN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Emlak vergisi, ülkemiz açısından gayrimenkuller üzerinden alınan bir servet vergisidir¹. Bu vergi, 11.08.1970 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan

¹ Emlakin vergi konusu edilmesi açısından belirtilen bu gayrimenkullerin gelir getirip

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu çerçevesinde belediyeler tarafından tahsil edilmektedir. Emlak vergisinin konusunu Türkiye içinde bulunan bina ve araziler oluşturmaktadır (EVK, m. 1). Bu çerçevede Türkiye'nin hükümlerine hakkına sahip olduğu kara ve deniz sahası dâhilinde yer alan gayrimenkuller, maliklerinin Türk vatandaşı olup olmaması önem taşımaksızın bu verginin konusuna girmektedir².

Bina Vergileri; adını konusundan alan, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtildiği üzere konusu, "yapıldığı madde ne olursa olsun, gerek karada gerek su üzerindeki sabit inşaatın hepsi" olan bir emlak vergisi türüdür. Servet üzerinden alınan bu verginin mükellefleri; binanın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa binaya malik gibi tasarruf edenlerdir, (EVK, m.3).

Arazi Vergileri ise yine Emlak Vergisi Kanunu'nda düzenlenen, konusunu Türkiye sınırları içinde bulunan arazi ve arsaların oluşturduğu bir vergi türüdür. Arazi Vergisini, arazinin maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa araziye malik gibi tasarruf edenler öder. Bir araziye paylı mülkiyet halinde malik olanlar, hisseleri oranında mükelleftirler. Elbirliği halinde mülkiyette malikler vergiden müteselsilen sorumlu olurlar (EVK, m. 13).

Emlak vergisi ilgili belediye tarafından hesaplanan vergi değeri göz önünde tutulmak suretiyle yıllık olarak tarh edilmektedir. Tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılmaktadır³.

İfade edildiği üzere, emlak vergisinin mükellefleri emlak vergisine konu taşınmazın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa bu taşınmazlara malik gibi tasarruf edenlerdir. Ancak Kanun emlak vergisine konu bina ve araziye devralanlar açısından, malik olmadıkları dönemlere ilişkin bir vergi sorumluluğu getirerek kamu alacağını garanti altına almayı amaçlamaktadır.

B. Devralanın Müteselsil Sorumluluğu ve Hükümün Geçerli Olduğu Vergi Türleri

Emlak Vergisi Kanunu'nda iki hal için müteselsil sorumluluk düzenlenmektedir. Bunlardan biri elbirliği mülkiyetinde mülkiyete sahip

getirmemesinin, kiraya verilme vasfına sahip olup olmamasının, fiilen kullanılabilir olup olmamasının veya inşaat türü/ sınıfının bir önemi bulunmamaktadır, Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (29. Bası, Turhan Kitabevi, 2020), 385; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *Türk Vergi Sistemi* (17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, 387). Ayrıca, binanın vergi konusu edilmesi için imar mevzuatına uygun olarak inşa edilme şartı da aranmamaktadır, (Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 386).

² Şenyüz, Yüce ve Gerçek, *Vergi Sistemi* (n 1) 387.

³ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 1) 392; Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (14. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019) 661; Kamil Mutluer ve Nilay Dayanç Kuzeyli, *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (Yetkin Yayınları, 2019) 577, 580.



olanlar arasındaki müteselsil sorumluluk⁴; diğeri ise çalışmamızın konusunu oluşturan, taşınmazı devreden ile devralan arasındaki müteselsil sorumluluktur.

Devreden ile devralan arasındaki müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeye Emlak Vergisi Kanunu'na 3239 sayılı Kanun ile ilave edilen⁵ 30'uncu maddenin 8'inci fıkrasında yer verilmektedir. Buna göre, "*Devir ve ferağ yapılan bina ve arazinin, devir ve ferağın yapıldığı yıl ile geçmiş yıllara ait ödenmemiş Emlak Vergisinin ödenmesinden devreden devralan müteselsilen sorumlu tutulurlar. Devralanın mükellefe rücu hakkı saklıdır. Tapu daireleri devir ve ferağ işlemi, işlemin yapıldığı ayı takip eden ayın 15'inci günü akşamına kadar ilgili belediyelere bildirir.*"

Hüküm devir ve ferağ yapılan bina veya arazinin geçmiş yıllara ait ödenmemiş emlak vergisi borçlarından devralanı da devredenle birlikte müteselsilen sorumlu tutmakta ancak maliki olmadığı bu dönemlere ilişkin ödemiş olduğu emlak vergileri için devredene rücu imkânı tanımaktadır.

Emlak Vergisi Kanunu'nda yer alan bu düzenleme, ilgili Kanunun kapsamına giren arsa ve bina vergileri ve Taşınmaz Kültür Varlıklarını Koruma Kanununun 12'nci maddesinin 8'inci fıkrasında yapılan atıf⁶ dolayısıyla taşınmaz kültür varlıkları katkı payı için de geçerlilik taşımaktadır. Hükmün belediyeler tarafından tahsil edilen diğer vergiler olan Çevre Temizlik Vergisi ile İlan ve Reklam Vergisi açısından kıyasen uygulanması mümkün değildir.

II. İPOTEKLİ TAŞINMAZLARIN CEBRÎ İCRA YOLUYLA SATIŞI

A. Genel Açıklama

İpotekli bir taşınmazın cebri icra yoluyla satışı iki farklı şekilde mümkündür. Bunlardan birincisi ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ipotek alacaklısı tarafından; diğeri ise ipotekli bir mala haciz konulması sonucunda haciz alacaklısı tarafından satışın talep edilmesidir. Haczin paraya çevrilmesi yoluyla satış, genel icra yoluyla yapılabileceği gibi kamu alacaklarının takip ve tahsil usulü (kamu icra) yoluyla da yapılabilir.

Bu başlık altında ipotekli taşınmazların cebri icra yoluyla satışına ilişkin genel icra hukukundaki ve kamu icra hukukundaki düzenlemeler hakkında yer yer karşılaştırmalara da yer vermek suretiyle bilgiler verilecek, daha sonra

⁴ Bilgi için bkz. Öncel, Kumrulu, Çağan, Göker (n 1) 387; Akdoğan (n 3) 651; Bilal Can, Zübeyr Bülbül ve Veysel Dağışan, *Açıklamalı ve İçtihatlı Belediyelerde Emlak Vergisi Uygulaması* (Türkiye Belediyeler Birliği, 2019) 130-142; Mutluer ve Dayanç (n 3) 574.

⁵ 04.12.1985 tarih ve 3239 sayılı Kanun, RG. 11.12.1985-18955.

⁶ Taşınmaz Kültür Varlıklarını Koruma Kanununun 12'nci maddesinin 8'inci fıkrasında, "*Bu madde uyarınca tahakkuk eden katkı payları hakkında 1319 sayılı Kanunun üçüncü kısmı hükümleri uygulanır.*" denilmek suretiyle Emlak Vergisi Kanunu'nun ilgili hükmünün bulunduğu üçüncü kısma atıfta bulunmaktadır.

çalışmanın ana fikrini desteklemek amacıyla cebri icra yoluyla satışların normal satışlardan farkı üzerinde durulacaktır.

B. Genel İcra Hukukuna İlişkin Düzenlemeler

Türk Medeni Kanunu'nun 881'inci maddesi uyarınca “*Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir.*”. İpotek altına alınmış bir taşınmaz rehin alacaklısının talebiyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satılabileceği gibi; aynı taşınmaz üzerine konan bir haciz dolayısıyla haciz alacaklısının talebiyle de cebri satışa konu edilebilir.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlarda rehinli alacaklılar için özel bir icra yolu düzenlenmiş olup; rehinli alacaklı kural olarak doğrudan ilamlı veya ilamsız icra yoluna ya da iflas yoluna başvuramaz⁷.

Alacağa teminat sağlama amacıyla tesis edilen ipotek, doğmuş bir alacağı teminat altına almak için kuruluyorsa kesin borç ipoteği; ileride doğacak ve doğması muhtemel alacaklar için kuruluyorsa üst sınır ipoteği olarak adlandırılmaktadır⁸.

İpotekli alacaklarda borç ödenmediğinde alacaklı ipoteği paraya çevirmek suretiyle alacağını tahsil etme yoluna gitmektedir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip usulüne İcra İflas Kanunu'nun Beşinci kısmında 148 ve devamı maddelerinde yer verilmektedir. Buna göre, “*Taşınmaz ipotek alacaklısı, yetkili veya taşınmazın bulunduğu yer icra dairesine elindeki ipotek belgesinin akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi bir örneğini ibrazla alacağın miktarını bildirir ve 58 inci maddeye göre takip talebinde bulunur.*” (İİK m.148). Alacaklının bu talebi üzerine, icra memuru, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara birer icra emri gönderir. Bu icra emrinde borcun otuz gün içinde ödenmesi ve bu müddet içinde borç ödenmez ve icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasına dair bir karar getirilmezse, alacaklının taşınmazın satışını isteyebileceği bildirilir. (İİK m.149).

⁷ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (7. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020) 8; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayaz ve Emel Hanağası, *İcra İflas Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020) 427.

⁸ Bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 7) 316; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Rehin ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İcra Takibi* (Seçkin Yayınları, 2018) 50. Kesin borç ipoteğinde, ipotek akit tablosunda belirtilen ana alacaktan başka Türk Medeni Kanunu'nun 875'inci uyarınca takip giderleri, faiz ve diğer fer'ileri de ipotek kapsamındayken; üst sınır ipoteğinde bu kalemlerin toplamı tarafların ipotek tesis edilirken rızaları ile kararlaştırdıkları azami tutarı aşamaz, Ruhi ve Ruhi (n 8) s. 50-51.



İcra İflas Kanunu'nun 150/g hükmünde, satılması istenen rehin hakkında 92'nci maddenin üçüncü fıkrası ve 93, 96, 97, 97/a, 98 ve 99'uncu maddeler ile 112'den 137'nci maddeye kadar olan hükümlerin diğer bir ifadeyle haciz ve haczedilen malların satışına yönelik birtakım hükümlerin kıyasen uygulanacağı düzenlenmektedir.

Taşınmazlar, satış talebinden nihayet üç ay içinde icra dairesi tarafından açık artırma ile satılır (İİK m. 123). İcra dairesi taşınmazların bulunduğu yerin adetlerine göre en elverişli tarzda artırma şartlarını tesbit eder, (İİK m.124/I). Bu taşınmaz şartnamesi, açık artırmadan önce en az on gün müddetle icra dairesinde herkesin görmesi için açık bulundurulur, (İİK m.124/II). Taşınmaz artırma şartnamesinde taşınmazın üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal edeceği ve alıcının ödemesi gereken masrafların neler olduğu belirtilir (İİK m. 125/I, III).

Satış, açık artırma ile yapılır. Birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat önceden ilan edilir (İİK m. 126/I). İlan, birinci ihale tarihinden en az bir ay önce yapılır, (İİK m. 126/II). Açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden yirmi gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az yirmi gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur, (İİK m.126/4).

Haczin paraya çevrilmesi yoluyla satışlarda ise taşınmaz haczine ilişkin İcra İflas Kanunu maddeleri (92, 93, 96, 97, 97/a ve 99'uncu maddeler ile 123'ten 144'üncü maddeye kadar olan hükümler) uygulama alanı bulmaktadır. Ancak haczedilen taşınmazın satışından sonra satış bedelinin paylaşılması hususunda rehinli alacak olan ipotek alacağı ve eşyanın aynından kaynaklanan emlak vergisi alacağı, adi alacağa göre önceliğe sahiptir. Nitekim İcra İflas Kanunu'nun 206'ncı maddesi uyarınca "*Alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır. Gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi, rehinli alacaklardan sonra gelir.*" Bu çerçevede düşünüldüğünde, kural olarak bir adi alacaklının ipotekli bir taşınmaz hakkında haciz işlemleri başlatması için ipotek bedelinin taşınmazın değerinden düşük olduğunu ve taşınmaz satılıp ipotek bedeli ödendikten sonra kendisine bir miktar para kalacağını öngörmesi gerekmektedir. İpotekli bir taşınmaza adi bir borç için haciz uygulanıp haczin paraya çevrilmesi yoluyla satış gerçekleştirildikten

sonra, önce ipotek alacaklısının alacağı ödenir. Daha sonra satış bedelinden kalan tutardan varsa gayrimenkulden alınması gereken resim ve vergi borcu ödendikten sonra sıra cetveline göre diğer alacaklara geçilir. Bu nedenle, ipotek alacağının taşınmaz bedelinden düşük olması durumunda emlak vergisi borcu taşınmaz satış bedelinden ödeneceği için taşınmazı açık artırmadan alan yeni malikin bir sorumluluğu doğmaz. Ancak, ipotek alacağının taşınmazın satış bedeli ile eşdeğer olması veya bu bedeli aşması veyahut ipotek tutarının satış bedelinden düşük olmasına karşın adı alacaklının öngöremediği yükseklikte bir emlak vergisi borcunun ortaya çıkması sebebiyle, emlak vergisi borcunun taşınmaz satış bedelinden ödenememesi durumu da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda da yine taşınmazı açık artırmadan edinen yeni malikin emlak vergisinden sorumluluğu üzerinde durmak gerekmektedir.

C. Kamu İcra Hukukuna İlişkin Düzenlemeler

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 21'inci maddesinden anlaşılacağı üzere bir mal üzerinde rehin olması o malın haczedilmesine engel niteliği taşımamaktadır⁹. Dolayısıyla amme alacaklısı konumundaki idarenin ipotekli bir taşınmaz üzerinde haciz uygulaması ve haczin paraya çevrilmesi suretiyle satışını gerçekleştirmesi de mümkündür¹⁰. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un hacze ilişkin 62'nci maddesi uyarınca: "*Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince hacz olunur.*"

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 88'inci maddesi uyarınca "*Her türlü gayrimenkul malların, gemilerin haczi sicillerine işlenmek üzere haciz keyfiyetinin tapuya veya gemi sicillerinin tutulduğu daireye tebliğ edilmesi suretiyle yapılır.*" Bu haciz işlemi ile alacaklı tahsil dairesi olan idare üzerinde haciz şerhi bulunan gayrimenkulleri açık artırma ile satıp, satış bedelinden alacağını tahsil etme hakkına sahip olmaktadır¹¹.

⁹ Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku)* (3. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2018) 239. Ancak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 89'uncu maddesi uyarınca "*Gayrimenkul haczinde, gayrimenkul kendilerine rehnedilmiş olan alacaklılara tapu dairesince hacizden haber verilir.*"

¹⁰ Kamu icra hukukunda haciz kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 1) 168-169; Yusuf Karakoç, *Kamu İcra Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2016) 181-203; Turgut Candan, *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* (4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018) 378-398; Çelik (n 9) 211-252; Adnan Gerçek, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, (5. Baskı, Ekin Yayınevi 2017) 241-247, 251-278.

¹¹ Karakoç, Kamu İcra (n 10) 198; Gerçek (n 10) 269. Ancak bir gayrimenkulün haczedilmesi mutlaka satılacağı anlamına gelmemektedir. Haciz devam ettirilerek bu sırada idare 6183 sayılı Kanun'un 88/2 hükmünde yer alan "getirilerden yararlanma" hakkını kullanarak



Adi borç alacağı için ipotekli taşınmaz üzerinde haciz uygulanmasında olduğu gibi, kamu alacaklısının da ipotekli bir taşınmaz üzerine haciz koyması için ipotek bedelinin ve taşınmazın ayından kaynaklanan vergilerin toplamının taşınmazın bedelinden düşük olduğunu öngörmesi ve taşınmaz satışından sonra kendisine bir miktar para kalacağına inanması gerekmektedir. Nitekim, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 7101 Sayılı Kanun'la değişik 21'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca rehinli alacaklar gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün ayından doğan amme alacaklarından dahi önceliğe sahiptirler¹². Bu çerçevede İpotekli bir taşınmaza bir kamu alacağı nedeniyle haciz uygulanıp haczin paraya çevrilmesi yoluyla satış gerçekleştirildikten sonra, önce ipotek alacaklısının alacağı ödenir. Daha sonra satış bedelinden kalan tutardan varsa gayrimenkulün ayından kaynaklanan vergiler ödendikten sonra haczin konusunu oluşturan kamu alacağına geçilir. Bu nedenle, ipotek alacağının taşınmaz bedelinden düşük olması ve kalan tutarın emlak vergisini de karşılamaya yetmesi durumunda emlak vergisi borcu taşınmaz satış bedelinden ödeneceği için taşınmazı açık artırmadan alan yeni malikin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak tersi durumda, diğer bir ifadeyle satış bedelinin ipotek ve emlak vergisini karşılayamadığı bu nedenle emlak vergisinin satış bedelinden ödenemediği durumda yine taşınmazı açık artırmadan edinen yeni malikin emlak vergisinden sorumluluğu üzerinde durmak gerekmektedir.

Ç. Cebri İcra Yoluyla Satışların Normal Satışlardan Farkı

Taşınmazların cebri icra yoluyla satılması ve ihaleyi kazanan tarafın bu malı edinmesi, normal satışlardan birçok yönden farklılık arz etmektedir. Öncelikle ihale yoluyla edinim bir tür tescilsiz iktisap hali olup özel hukuk sözleşmesine dayanmamaktadır. Bu tür bir edinimin hukukî dayanağı, alıcı ve satıcının serbest iradesi değil; icra dairesinin kamusal yetkisi ve buna istinaden gerçekleştirilen bir cebri icra tasarrufudur. Buna ek olarak, cebri icra yoluyla satışlarda mülkiyet hakkının ihalenin kazanılması anında ihale alıcısına geçmesi (İİK m. 134/I, MK m. 705/2); satım için malikin rızasının aranmaması; satıcının malın sahibi veya vekaletle yetkilendirdiği bir kimse olmaması; satışı gerçekleştiren icra memurunun kamu görevi ifa ediyor olması;

kamu alacağını gayrimenkulün getirilerinden de karşılayabilir, (Çelik (n 9) 240).

¹² Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur. (Ek hüküm: 30/3/2006-5479/4 md.) Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz.

Rehinli alacaklıların hakları mahfuzdur. (Değişik ikinci cümle: 28/2/2018-7101/47 md.) Gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün ayından doğan amme alacakları o eşya ve gayrimenkul bedelinden tahsilinde rehinli alacaklardan sonra gelir, (AATUHK, m. 21).

satışın geçersizliğinin ancak cebri icra hukukuna göre şikâyet yoluyla iddia edilebilmesi, genel mahkemelerin bu konuda yetkisiz olması; alıcının tüketici mevzuatından yararlanamaması gibi farklılıklar cebri icra yoluyla satışlarda ilk olarak göze çarpan farklılıklardır.

Bahsedilen bu farklılıklar çalışma konumuz açısından da önem taşımaktadır. Nitekim cebri icra yoluyla satışların klasik satışlardan farklı olduğu kabulüyle, vergi hukukunda bir takım özel düzenlemeler yapıldığı, diğer bir ifadeyle açık artırma sonucu yapılan satışların farklı nitelik arz etmelerinden dolayı vergiyi doğuran olay olarak nitelendirilmek istenildiğinde açık düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda vergiyi doğuran olay olarak "mal ve hizmet teslimi" açıkça düzenlenmesine karşın, müzayede mahallinde yapılan satışların verginin konusunu oluşturduğu ayrıca belirtilmektedir¹³. Bu itibarla Emlak Vergisi Kanunu'nda ferağa ihtiyaç duyulmayan bir edinim hali olan cebri icrayla edinim için ayrı ve açık bir düzenleme olmaması, bu yolla edinilen taşınmazların müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında tutulup tutulmadığı yönünde belirsizlik oluşturmaktadır. Nitekim vergilerin kanuniliği ilkesinin bir sonucu olarak, vergiyi doğuran olayın, vergi mükellefi ve sorumlusunun kanunî bir düzenlemeyle açık ve net bir biçimde ifade edilmiş olması gerekmektedir. Bu belirliliğin, Katma Değer Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu'nda sağlanmışken Emlak Vergisi Kanunu'nun müteselsil sorumluluğa ilişkin 30'uncu maddesinde sağlanmadığı görülmektedir.

III. MÜTESELSİL SORUMLULUK HÜKMÜNÜN İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA SATIŞLARDA UYGULANMASI AÇISINDAN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A. Genel Açıklama

Devir ve ferağı yapılan bina ve arazinin emlak vergisi borcuna ilişkin müteselsil sorumluluk düzenlemesi, 15.03.2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 7101 sayılı Kanun ile ipotek alacaklılarına taşınmazın aynından kaynaklanan vergilere göre öncelik tanınması sonrasında birtakım problemlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

¹³ Müzayede mahallinde yapılan satışların Katma Değer Vergisinin konusunu oluşturduğu Kanunda belirtilmiş olmasına karşın, bu hususta bile cebri icra yoluyla satışlar açısından tartışmalar ortaya çıkmıştır. Nitekim Kanunda belirtilen "müzayede" kavramıyla, komisyon karşılığı kazanç sağlama amacıyla düzenleyicileri bulunan bir ticari işletme muhasebesindeki organizasyonun kastedildiği, cebri icra suretiyle yapılan açık artırmaların bu kapsamda olmadığı ifade edilmiştir. Ancak sonrasında 15 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde, cebri icra, izale-i şüyu, ipoteğin paraya çevrilmesi, tasfiye gibi nedenlerle müzayede mahallerinde yapılacak olan satışların Katma Değer Vergisine tabi olacağı belirtilmiş; bu uygulamayı Danıştay kararları da desteklemiştir. (Bilgi için bkz. İbrahim Murat Haznedar, "Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi", (2009), 83, İstanbul Barosu Dergisi 793-794).



İlgili Kanun hükmünde cebrî icra yoluyla yapılan satışlara ilişkin olumlu veya olumsuz açık bir düzenlemenin bulunmaması diğer bir ifadeyle hükmün cebrî icra yoluyla satışlarda uygulanıp uygulanmayacağına belirtilmemesi ve cebrî icra yoluyla satışların niteliğine uymayan bu hükmün idare tarafından cebrî satışlarda da uygulanması emlak vergisine konu bina veya araziye açık arttırmadan, taşınmazın emlak vergisi borçlarından haberdar olmadan edinen yeni maliklerin beklemedikleri yükseklikte vergi aslı ve faizleriyle karşılaşmasına neden olmaktadır. Uygulamada belediyelerin, taşınmazın ayından kaynaklanan ancak Emlak Vergisi Kanunu kapsamına girmeyen kamu alacakları için dahi yeni malike müteselsil sorumluluğun var olduğu iddiasıyla ödeme emri tebliğ ettiği görülmektedir. Bu durumda, taşınmazın emlak vergisi borcundan icra/ iflas dosyası veya taşınmaz satış ilanı yoluyla haberdar edilmeyen yeni malik, bildirim dışında kalan gayrimenkuller için emlak vergisi alacağına zamanaşımına uğramasının neredeyse imkânsız olması hususu da göz önüne alındığında¹⁴ onlarca yıllık emlak vergisinden sorumlu tutulmakta ve sorumluluğun boyutu özellikle yüksek değerli bina ve araziler açısından yüksek meblağlara ulaşmaktadır. Bu başlık altında söz konusu bu durum, hukukî güvenlik ve kanunîlik ilkelerinin gereği olarak kabul edilen belirlilik ilkesi açısından ele alınmaktadır.

B. Hükmün İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Satışlarda Uygulanmasının Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

1. Belirlilik İlkesi ve Vergi Hukuku Açısından Önemi

Hukukî güvenlik ilkesi, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak Anayasa'nın 73'üncü maddesinde açıkça yer almasa da anayasal vergilendirme ilkeleri arasında sayılması gereken bir ilkedir. Nitekim devlet tarafından kişilerin temel haklarına yapılan müdahalelerin sınırlarını düzenleyen bir hukuk dalı olan vergi hukuku alanında kazanılmış haklara dokunulmamalı, hukukî düzenlemeler açık, net ve anlaşılabilir olmalı, yerleşik içtihadı aykırı kararlar ancak çok gerekli hallerde ve hukuka uygun gerekçelerle verilmeli, aleyhe düzenlemeler geçmişe yürütülmemeli ve kıyas yoluyla malî yükümlülük getirilmemelidir¹⁵.

¹⁴ Veraset ve İntikal Vergisinde olduğu gibi, Emlak Vergisi açısından da bildirim dışı kalan vergi konularına ilişkin vergi ve cezalarda zamanaşımı idarenin bundan haberdar olduğu tarihi izleyen takvim yılında başlamaktadır, (EVK, m.40). İşbu hüküm Emlak Vergisini güvence altına alan bir düzenleme niteliğindedir (Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 1) 393).

¹⁵ İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 1) 52-58; Yusuf Karakoç, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", (2014), 15 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C. II, 1289-1296; Gülşen Güneş, Verginin Yasalığı İlkesi, (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011) 60-61; Abdullah Tekbaş, *Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirilmesi* (Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, 2009) 207-219; Yıldırım Taylar, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında

Belirli ilkesi hukukî güvenlik ilkesinin bir alt unsuru ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin gereği olarak vergi hukukunda oldukça öneme sahip bir ilkedir. Buna göre hukukî güvenliğin sağlanması bakımından vergi hukukuna ilişkin düzenlemelerin belirli ve açık olması gerekmektedir. Belirli ilkesi ve açıklık şartı, idarenin eylem ve işlemlerinde kapsam ve amaç bakımından sınırlandırılmasını, mükellefin temel haklarına yapılan müdahaleleri öngörebilmesini sağladığından mükellefin temel haklarının korunması açısından büyük öneme sahiptir¹⁶.

Belirli ilkesi, hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olarak ifade edildiği gibi kanunilik ilkesinin de bir gereği olarak da değerlendirilmektedir¹⁷. Vergi hukukunda kanunilik ilkesi en basit tanımıyla vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi halk tarafından seçilen parlamento üyelerince kanun adı verilen yasama tasarrufu aracılığı ile kullanılabilmesidir¹⁸. Ancak kanunilik ilkesi geniş anlamda kanunla yapılan düzenlemelerin açık ve ulaşılabilir olmasını da ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da belirli ilkesinin, sözleşmede korunan haklara yapılan müdahalelerin kanunla düzenlenmiş olmasının bir gereği olarak görmekte ve değerlendirmektedir. Mahkemeye göre, kanunilik şartı, yalnızca temel hak ve özgürlüklere müdahale eden düzenlemelerin şekli anlamda bir kanunlarla yapılmış olmasını değil; aynı zamanda bu hukuk kurallarının açık ve erişilebilir olmasını, uygulama hakkında mümkün oldukça fikir vermesini ve hükmün sonuçlarının açıkça öngörülebilir olmasını da gerektirmektedir¹⁹. Bu itibarla, kanunilik ilkesi ile hukukî güvenlik

Vergi Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi”, (2007), 307, Vergi Dünyası 196-214; Yıldırım Taylar, Özgecan Gök, Burcu Demirbaş Aksüt, Emine Sevcan Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 11-25.

¹⁶ Belirli ilkesi ve açıklık kavramları, Türk Hukuku’nda genellikle birlikte ve aynı anlamı ifade edecek şekilde kullanılsa da Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadı söz konusu kavramları farklılaştırmak eğilimindedir. Buna göre; açıklık şartının ihlali ile kastedilen, atıfların sıklığı, terminolojinin çelişkili kullanımı, istisna, kural ve istisnanın istisnası hükümlerinde kavram karmaşasını ifade ederken; belirsizlik ile kastedilen, ucu açık, belirlenemez tipiklik unsurlarıdır. (Hey, in Tipke/Lang 125). Öngörülebilirlik ve belirli ilkesi kavramlarının Anayasa Mahkemesi ve dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında henüz netleşmediğine ilişkin görüş için bkz. Barış Bahçeci, *Kamu Alacağını Takip Hukuku*, (Seçkin Yayınları, 2019) 98.

¹⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. Güneş (n 15) 62; Taylar, Gök, Demirbaş Aksüt ve Artun (n 11) 95.

¹⁸ Bkz. Selim Kaneti, Esra Ekmekçi, Gülşen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2019) 55-56; Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku (7. Bası, Yetkin Yayınları, 2014) 998; Karakoç, İlkeler (n 11) 1264; Nihal Saban, *Vergi Hukuku* (9. Baskı, Beta Basım, 2019) 43, Mutluer ve Dayanç (n 3) 121; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku* (49. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020) 13, Tekbaş, (n 11) 25, 244-245.

¹⁹ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hutten-Czapska- Polonya kararı, Baş. No. 35014/97, 19.06.2006 tarihli kararı, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75882>, E.T. 01.03.2021). Benzer yönde ““Başvuru konusu olayda ihtiyati haciz işleminin 6183 sayılı Kanun’un 9., 13. ve 17. maddelerine dayandırıldığı görülmektedir. Bu itibarla ulaşılabilir, öngörülebilir



ilkesinin bir kesişim kümesi olarak düşünebileceğimiz alan, belirlilik ilkesinin gereği olan “*öngörülebilirlik/ önceden hesap edilebilirlik*” unsurlarıdır. Yeni malikin, malik olmadığı döneme ilişkin emlak vergisi borcundan müteselsilen sorumlu tutulması yönündeki kanun hükmünün ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlar açısından uygulanmasının belirlilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki görüşümüz de “*kanun hükmünün açıklığı, öngörülebilirlik ve hesap edilebilirlik*” unsurlarının eksikliği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Vergi hukukunda hukukî güvenlik ve bunun gereği olarak belirlilik ilkesi, Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararına konu olan, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunan önemli bir ilkedir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir bireysel başvuru kararında bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “*Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.*”²⁰. Söz konusu kararda mahkeme, belirsiz bir kanun hükmüne dayalı olarak içtihat farklılıklarının oluşmasını hukukî güvenlik ilkesine aykırı bularak, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Aynı husus Mahkeme’nin başka bir bireysel başvuru kararı olan Ford Motor Company kararında da vurgulanmaktadır²¹.

Vergilendirmede anayasal ilkelere uygunluğun sağlanıp sağlanmadığı hususu yalnızca Anayasa Mahkemesi tarafından değil, Danıştay tarafından da dikkate alınmaktadır. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından

ve belirli olduğu açık olan söz konusu kanun hükümlerine dayanan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı değerlendirilmiştir.” (Any. M. Yusuf Yatçı kararı, 10.06.2020 tarih ve Baş. 2017/31801 numaralı kararı, § 42). Ayrıca bkz. Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları* (Beta Basım Yayım, 2006) 65-66; Taylar, Gök, Demirbaş Aksüt ve Artun (n 11) 95. Mahkeme hatta şekli anlamda bir kanun hükmü ile müdahaleyi zorunlu görmemekte; ulaşılabilir, açık bir düzenleyici işlemin varlığını kanunilik şartının gerçekleştiği yönünde yorumlamaktadır. Örn. bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sunday Times- Birleşik Krallık kararı, 29.04.1976 gün ve Baş. No. 6538/74, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>, § 49. Anayasa Mahkemesi de bu görüşe yakın olarak, Maliye Bakanlığı’na kanunla verilen vergiye tâbi işlemlere taraf veya aracı olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutma yetkisini düzenleyici işlemle kullanacağını ve bu düzenleyici işlemin Resmî Gazetede yayınlanması sonucu öngörülebilirlik ve belirlilik şartının sağlanacağını ifade etmiştir. (Bkz. Any. M. 30.12.2015 gün ve E. 2014/183, K. 2015/122, RG.13.01.2016- 29592).

²⁰ Anayasa Mahkemesi Teslime Aydoğan Kararı, 09.06.2020 gün ve Baş. No. 2015/4255, RG.15.9.2020-31245

²¹ Bkz. Any. M. Ford Motor Company kararı, 26.10.2017 tarih ve Baş. No. 2014/13518, RG. 13.12.2017- 30269.

da “devletin kamusal gereksinimlerin karşılanması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği kamu alacağı biçiminde tanımlanan verginin anayasal sınırlar içinde salınıp toplanmasının zorunlu olduğu, verginin niteliklerini oluşturan kanuni düzenlemelerde anayasanın bu konudaki ilkelerinin özenle göz önünde tutulması gerektiği” hususları açıkça vurgulanmaktadır²².

Yeni malikin, malik olmadığı dönemlerde ödenmemiş emlak vergisini ödemekle sorumlu tutulması, vergi hukukunda vergi sorumluluğu kavramına karşılık gelmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesi, vergi sorumlusunu “*Verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi idaresine karşı muhatap olan kişi*” şeklinde tanımlamaktadır. Vergi sorumlusu kavramı; bazı hallerde mükellef adına kesilen verginin vergi dairesine yatırılmasından sorumlu tutulan kişiyi, bazı hallerde asıl vergi borçlusu ile birlikte veya onun yerine geçerek vergiyi kendi malvarlığından ödemek durumundan olan kişiyi, bazı hallerde ise vergileme ile ilgili ödevlerin doğru bir şekilde yerine getirilmesinden sorumlu tutulan kişiyi ifade etmektedir²³. Vergi sorumluluğu, verginin esaslı unsurlarından biridir ve vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince kanunla getirilmiş olması şarttır.

Vergi hukukunda kanun hükümlerindeki belirsizlik, başta mülkiyet hakkı olmak üzere birçok hakkın ihlâlüne yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla önüne götürülen uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu İş Bankası kararında, “*Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan verginin kanunîliği ilkesi gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanmadığı, kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla giderilemediği, bu durumda başvurucu tarafından 2007 yılında Vakfa ödenen katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin, öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından, (...) başvurusunun, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.*”²⁴ demek suretiyle; düzenleyici bir işlem veya yerleşik içtihatlarla giderilmediği takdirde kanun hükmündeki belirsizliğin ve farklı yorumlara elverişliliğin, kanunîlik ilkesinin ihlâl olacağını açıkça belirtmektedir.

²² Dş. VDDK, 23.10.2019 tarih ve E. 2019/259, K. 2019/775 sayılı kararı, (Kazancı içtihat bankası, 21.02.2021).

²³ Bkz. Kaneti, Ekmekçi, Güneş ve Kaşıkçı (n 14) 122; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 1) 83; Karakoç, Genel Vergi (n 14) 216, Mutluer ve Dayanç (n 3) 131; Saban (n 14) 114; Bilici (n 14) 51; S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku* (13. Baskı, Türkmen Kitabevi, 2018) 79; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku* (11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 94-95.

²⁴ Any. M. İş Bankası kararı, 12.11.2014 tarih ve Baş. No. 2014/6192, RG. 21.02.2015-29274



Yine bir bireysel başvuru kararında Mahkeme, “Anayasa’nın 13., 35. ve 73. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması durumunda takdire dayalı olma ve keyfiliği önlemek için müdahalenin vergiyi doğuran olay, yükümlü, sorumlu, matrah, miktar ve oranların yukarı ve aşağı sınırları, tarh, tahakkuk ve tahsil usulü, yaptırım ve zamanaşımı gibi verginin belli başlı temel öğelerini ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlemiş bir kanun hükmüne dayanması gerektiği anlaşılmaktadır.”²⁵ demek suretiyle verginin kanunla net olarak düzenlenmesi gereken unsurlarını açıkça belirtmiştir. Bu kararında Mahkeme, “vergi matrahının ve verginin tahsil yönteminin belirsizliğinin mülkiyet hakkına yapılan müdahale yönünden vergilerin kanuniliği ilkesinin ortaya çıkış ve düzenlenme amacına aykırı bir biçimde, vergi mükelleflerine sağlanan anayasal teminatlardan yoksun bıraktığını” belirterek, verginin esaslı unsurlarının kanunla belirli ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa’nın 13., 35. ve 73. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.

2. Müteselsil Sorumluluk Hükmünün İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Satışlar İçin Uygulamasının Yarattığı Belirsizlikler

a. Genel Olarak

Yeni malikin önceki emlak vergisi borcundan sorumluluğuna ilişkin kanun hükmünün cebri satışlar ve özellikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlar açısından uygulanmasının belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki görüşümüz birçok sebebe dayanmaktadır. Bu sebepleri, kanun hükmünde cebri satışlar için özel bir düzenleme bulunmaması; yeni malikin rücu imkânını kullanıp kullanamayacağını, kullanacaksa kime karşı kullanacağını belirsiz olması; taşınmaz bedeli paylaştırılmadan, taşınmazı ihaleden alan kişinin sorumluluğuna gidilmesinin sıra cetveline bir müdahale anlamına gelmesi; ihaleye katılan kimselerin emlak vergisi borcunu araştırma imkânının bulunmaması olarak sıralamak mümkündür.

b. Kanunda Tescilsiz İktisap Halinin Açık Olarak Belirtilmemesi

Kanunda “devir ve ferağ yapılan bina veya araziye ait verginin” müteselsil sorumluluğun konusu olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak ferağa ihtiyaç duymayan bir kazanım hali olan cebri icra yoluyla yapılan ihaleden kazanım için olumlu veya olumsuz bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, açık artırma yoluyla satışların klâsik satışlardan farklı olduğu kabulüyle, vergi hukukunda da bir takım özel düzenlemelere

²⁵ Any. M. İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. kararı, 25.10.2018 tarih ve Baş. No. 2015/941, RG. 25.12.2018-30636.

gidildiği görülmektedir. Bu itibarla Emlak Vergisi Kanunu'nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükmünde ferağa ihtiyaç duyulmayan bir edinim hali olan cebri icrayla edinim için ayrı ve açık bir düzenleme olmaması, bu yolla edinilen taşınmazların müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında tutulduğunu düşündürmektedir. Buna rağmen uygulamada idareler, kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin net olmamasını yeni malikin müteselsil sorumluluğu bulunduğu yönünde yorumlamaktadır.

Hukukî belirliliğin sağlanması açısından kanun koyucunun bu konuda iradesini net olarak ortaya koyması gerekmektedir. Örneğin Alman Emlak Vergisi Kanunu'nun 11'inci maddesinde, devralanın devredenle birlikte sorumluluğu devrin gerçekleştiği yıl ve önceki yıl ile sınırlı tutulmasına rağmen, iflas ve icra yoluyla edinimlerin müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında tutulduğu açıkça belirtilmektedir (GrStG § 11). Alman Hukuku'nda bu husus Emlak Vergisi Kanunu'nun 12'nci maddesinde emlak vergisinin niteliğine uygun olarak, verginin konusuna (taşınmazın aynına) dayalı bir kamusal yükümlülük olarak düzenlenmesiyle ilişkilendirilmektedir. Bu itibarla, icra/ iflas idaresi tarafından mülkün özel olarak satılması durumunda emlak vergisi borcunun taşınmaz satış bedelinden ödenmesi hususu da bu maddenin bir gereği olarak görülmektedir²⁶.

c. Devredene Rücu İmkanının Kullanılması ve Sıra Cetveli Açısından Ortaya Çıkan Belirsizlik

Emlak Vergisi Kanunu'nun alıcı ile satıcı arasındaki müteselsil sorumluluğu düzenleyen 30'uncu maddesi hükmü *devralanın mükellefe rücu hakkı* olduğunu düzenlemektedir. Öncelikle söz konusu bu rücu hakkının kime karşı kullanılacağı hususu net değildir. Nitekim Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere taşınmazın emlak vergisi borcu hukukî ayıp niteliğindedir ve bu ayıbın nihaî sorumlusu satıcıdır²⁷. Ancak cebri icra yoluyla satışlarda satış, malikin rızası aranmaksızın cebri icra makamınca yapılır. Bu tür bir satışta klâsik anlamda satıcı sıfatını haiz bir kimse bulunmadığı gibi, emlak vergisi mükellefinin satışa bir müdahalesi, dahli de bulunmamaktadır.

Bu hususta ihale alıcısının rücu hakkını eski malike karşı kullanması gerektiği düşünüldüğünde ise zaten borca batık durumda olan ve taşınmazları cebri icra yoluyla satılan eski malike rücu imkanının çok zor olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Bu noktada, iflas halindeki bir şirketin taşınmazını ihale yoluyla satın alan bir kimse açısından durum değerlendirildiğindeyse sıra cetveline müracaatta

²⁶ Seer, in Tipke/Lang, 877-878, § 16, Rz. 22.

²⁷ Yrg.13.HD, 06.12.2007 tarih ve E. 2007/14454, K.2007/14736 sayılı kararı, (Kazancı içtihat bankası, 22.03.2021).



bir belirsizlik ve adaletsizlik de ortaya çıkmaktadır. Taşınmazın aynından kaynaklanan vergiler, ipotekli alacaklılardan sonra yer almaktaysa da; idare taşınmazın aynından kaynaklanan emlak vergisini ipotekli taşınmazın bedeli henüz paylaştırılmadan yeni malikten almak suretiyle alacaklıların sırasına müdahalede bulunarak diğer imtiyazlı alacaklıların alacaklarını tahsil etmelerine (İİK m.206) sebebiyet verebilmektedir. Bu durumda emlak vergisi borcunu ödeyen yeni malik rücu talebinde bulunduğu anda, talep ettiği meblağ aslında imtiyazlı bir alacak olan ve ipotekli alacaklılardan sonraki sırada yer alan emlak vergisi olmasına karşın sıra cetvelinde imtiyazlı alacaklıların altında yer alacaktır. Bu örnek üzerinden düşünüldüğünde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan satışlar açısından Emlak Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesi 8'inci fıkrasının uygulanmasının bir anlamda kanunla düzenlenen sıra cetveline müdahale oluşturduğunu kabul etmek gerekmektedir.

ç. Devralanın Emlak Vergisi Borcunu Araştırma İmkânının Bulunmaması

Her ne kadar kanunî bir zorunluluk bulunmasa da, uygulamada taşınmaz satımı için taşınmazın emlak vergisi borcunun kalmamış olmasının arandığı bilinmektedir. Nitekim, Tapu Kadastro Müdürlüğü tarafından ilan edilen bilgilendirici yazıda da tapu devri için gereken belgeler arasında “*borcu yoktur yazısı*” olduğu görülmektedir²⁸. Bu durumda bir taşınmazı satın alacak kişi, taşınmazın ödenmemiş Emlak Vergisi borcuyla karşılaşmamaktadır. Ancak cebri satışlar için böyle bir imkân bulunmamaktadır.

Doktrinde devreden ile devralan arasında müteselsil sorumluluk düzenlemesinin, devir ve ferağdan önce yetkili tapu memuru tarafından emlak vergisinin ödenmiş olup olmadığına bakılmasının zorunlu olmamasının bir sonucu olarak getirildiği ifade edilmektedir²⁹. Bu itibarla, Emlak Vergisi Kanunu'nun söz konusu hükmü devreden ile devralan arasında bir müteselsil sorumluluk düzenleyerek, devralana devraldığı taşınmaza ilişkin vergi borcunu araştırma yükümlülüğü yüklemektedir. Hüküm, bu özeni yerine getirmeyen

²⁸ Bkz. <https://www.tkgm.gov.tr>, Erişim.24.02.2021.

²⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 1) 396; Can, Bülbül ve Dağaşan (n 4) 138. Motorlu taşıtlar vergisi açısından ise Noterler trafik sicil memurları ile Ulaştırma Bakanlığı sivil hava vasıtaları sicil memurları gibi, taşıtların her türlü satış veya devir işlemlerini yapanlar, motorlu taşıtların her türlü satış veya devir işlemlerini yapmadan önce, bu taşıtlara ait o güne kadar ödenmemiş motorlu taşıtlar vergileri ile gecikme zamları, gecikme faizleri ve vergi cezalarının ödendiğini gösterir belgeyi istemeye mecbur tutulmuşlardır. Bu nedenle uygulamada cebri icra yoluyla satılan motorlu taşıtlar açısından taşınır satış ilanlarına “*Satış bedelinin rehinli alacaklının alacağına yetmemesi durumunda, Motorlu Taşıtlar Vergisi borcunun tescilden önce eski malik üzerinde bırakılacağı*” yönünde kayıtlara rastlanılmaktadır. Ancak Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda eski malik ile yeni malik arasında bir müteselsil sorumluluk düzenlemesi bulunmadığından, yeni malikin ödenmemiş Motorlu Taşıtlar Vergisi yönünden bir sorumluluğu zaten mevcut değildir.

alıcının ise taşınmaza ait vergi borcunu ödemeyi kabul ettiği varsayımına dayanmaktadır. Ancak cebri icra yoluyla satışlarda, alıcının satıcı ile birlikte ilgili belediyeye gidip emlak vergisi borcu hakkında bilgi alması, bu yönde özen yükümlülüğünü yerine getirmesi imkân dâhilinde değildir.

İhale alıcısı alım işlemini, icra/ iflas dosyasında ve taşınmaz satış ilanında yer alan bilgiler üzerinden yapmaktadır. Taşınmaz satış ilanları incelendiğinde ise, “*Tellallık Harcı, taşınmazın ayından doğan vergileri ile 1/2 tapu satım harcı satış bedelinden ödenir. Ancak alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinden rüçhan hakları vardır. Gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi, rehinli alacaklardan sonra gelir.*” ibaresine yer verildiği görülmektedir. Ancak söz konusu bu ilanlarda³⁰ veya icra/ iflas dosyalarında emlak vergisi borcu hakkında miktarı içeren bir bilgiye yer verilmediği görülmektedir. Bu itibarla ihaleye katılan kişiler, emlak vergisi borcunu bilememekte ve bu miktarı göz önünde bulundurmamak suretiyle bir teklifte bulunamamaktadırlar. Nitekim mevcut emlak vergisi borcu tutarının, yeni malikin belki bilmesi durumunda ihaleye katılmayacağı veya ihalede sunacağı teklifi etkileyeceği yükseklikte bir meblağ olması da mümkündür. Tanımlarından biri kişilerin hareketlerinin hukukî sonuçlarını bilmesi olan hukukî güvenlik ilkesinin sırf bu sebeple dahi ihlâl edildiğini söylemek mümkündür.

SONUÇ ve ÖNERİLER

1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun, “*devir ve ferağ yapılan bina ve arazi için devir ve ferağın yapıldığı yıl ile geçmiş yıllara ait ödenmemiş Emlak Vergisinin ödenmesinden devreden ile devralanın müteselsilen sorumlu olmasını*” düzenleyen hükmü, rehinli alacaklara taşınmazın ayından kaynaklanan vergilere göre öncelik tanınmasına yönelik Kanun değişikliği sonrasında, birtakım hukukî ihtilaflara yol açmıştır. Bu değişiklik öncesinde, ihale satış tutarından ödenen emlak vergileri, değişiklik sonrasında yeni malik olan ihale alıcısından talep edilmeye başlanmış; ihale alıcısının haberdar olmadıkları bu vergilerin özellikle yüksek meblağlarda olması durumunda, bu kimselerin mağduriyetlerine yol açılmıştır.

Öncelikle, kanun hükmünde cebri icra yoluyla satışlara ilişkin bir düzenleme olmaması kanun koyucunun iradesinin net olarak belirlenememesi sonucunu doğurmaktadır. Bu konuda idarenin, istisna kapsamında tutulmayan bir satışın verginin konusuna girdiği görüşüyle hareket ederek yeni maliklere kendilerinden önceki dönemlere ilişkin ödenmemiş Emlak Vergilerini talep ederek ödeme emri gönderdiği görülmektedir. Ancak mevcut haliyle kanun hükmünün belirsiz olduğu ve yeniden düzenlemeye ihtiyaç duyduğu

³⁰ Örnekler için bkz. www.ilan.gov.tr/ilan/tum-ilanlar/icra?ats=2&s=arsiv, (Erişim.01.03.2021).



görülmektedir. Mülkiyetin edinilme usulündeki farklılık, kanunda sağlanan rücu imkânının kullanılması konusundaki belirsizlik, taşınmazın aynından kaynaklanan bir vergi olan emlak vergisi borcu için ihale alıcısına başvurulması durumunda sıra cetveli yönünden bir karışıklığın ortaya çıkabilmesi gibi hususlar hükmün cebri satışların niteliğine uymadığını göstermektedir.

Vergilendirmede belirlilik ilkesi, vergi hukukuna ilişkin kuralların ve bilhassa verginin esaslı unsurlarının, ilgili kişilerin hukukî işlemlerine bağladığı sonuçları makûl düzeyde öngörebilmelerini sağlayacak şekilde açık olmasını ve mükellefiyetin hem kişiler hem de idare açısından belli ve kesin olmasını gerektirmektedir. Yüksek mahkemelerin kararları da birlikte değerlendirildiğinde, vergilendirmenin esaslı unsurlarından biri olan vergi sorumluluğuna ilişkin mevzuat hükmünün ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlarda uygulanabilirliği yönünde tereddütlerin bulunması dahi vergilendirmeyi belirlilik ilkesi açısından hukuka uygunluktan uzaklaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir düzenleyici işlemle veya bağlayıcı ya da yerleşmiş içtihatla netliğe kavuşturulmamış kanun hükümleri çerçevesinde vergilendirme yapılmasının hak ihlâli olduğunu kararlarında birçok kez vurgulamıştır. Bu çerçevede kanun kapsamına girip girmediği konusunda netlik bulunmayan bir konuda, kanunun getirilme amacıyla da bağdaşmayan bir yorumda bulunularak; emlak vergisi borcundan haberdar olma imkânı bulunmayan ihale alıcısı hakkında hükmün uygulanması hukukî güvenlik ve kanunilik ilkelerinin gereği kabul edilen belirlilik ilkesine müdahale oluşturmaktadır.

Emlak Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk hükmünün, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışlarda uygulanması açısından belirlilik sorununun önüne geçilmesi için kanun hükmüne Alman Emlak Vergisi Kanunu'ndaki gibi cebri satış yoluyla edinilen taşınmazlar açısından bir istisna düzenlemesi getirilmeli, cebri satışlar müteselsil sorumluluk kapsamından açıkça çıkarılmalıdır. Aksi takdirde bu yönde bir alt düzenleyici işlemin de bulunmadığı göz önüne alındığında hükmün, getirilme amacına ve niteliğine uygun düşmeyen ipotekli satışlar açısından uygulama imkânının bulunmadığı yönünde içtihat birliğinin oluşması uzun yıllar alacak ve bu süreçte ihale alıcılarının hukukî güvenliği ihlâl edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Akdoğan A, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (14. Baskı, Gazi Kitabevi 2019).

Ramazan A, Yılmaz E, Taşpınar S, Hanağası E, İcra İflas Hukuku (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Bahçeci B, Kamu Alacağını Takip Hukuku (Seçkin Yayınları 2019).

- Bilici N, Vergi Hukuku, (49. Baskı, Savaş Yayınevi 2020).
- Can B, Bülbül Z, Dağışan V, Açıklamalı ve İçtihatlı Belediyelerde Emlak Vergisi Uygulaması (Türkiye Belediyeler Birliği 2019).
- Candan T, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2018).
- Çelik B, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku) (3. Baskı, On İki Levha Yayınları 2018).
- Gerçek A, Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, (5. Baskı, Ekin Yayınevi 2017).
- Güneş G, Verginin Yasalığı İlkesi, (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Haznedar İ M, “Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi”, (2009), 83 (2), İstanbul Barosu Dergisi, 793-808.
- Kaneti S, Ekmekçi E, Güneş G, Kaşıkçı M, Vergi Hukuku (Filiz Kitabevi 2019).
- Karakoç Y, Genel Vergi Hukuku (7. Bası, Yetkin Yayınları 2014).
- , Kamu İcra Hukuku (Yetkin Yayınları, 2016).
- , “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (2014), 15 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C. II, 1289-1296.
- Kamil M ve Dayanç Kuzeyli N, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler (Yetkin Yayınları 2019).
- Oktar, S A, Vergi Hukuku (13. Baskı, Türkmen Kitabevi 2018).
- Öncel M, Kumrulu A, Çağan N, Göker C, Vergi Hukuku (28. Bası, Turhan Kitabevi 2019).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (7. Baskı, On İki Levha Yayınları 2020).
- Ruhi C ve Ruhi, A C, Rehin ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İcra Takibi (Seçkin Yayınları 2018).
- Saban N, Vergi Hukuku (9. Baskı, Beta Basım 2019).
- Şenyüz D, Yüce M, Gerçek A, Türk Vergi Sistemi (17. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım 2020) (Vergi Sistemi).
- Şenyüz D, Yüce M, Gerçek A, Vergi Hukuku (11. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım 2020) (Vergi Hukuku)

Taylar Y, Gök Ö, Demirbaş Aksüt B, Artun, E S, Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (On İki Levha Yayıncılık, 2020).

Taylar Y, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi”, (2007), 307, Vergi Dünyası 196-214.

Tekbaş A, Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirilmesi (Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını 2009).

Tipke K, Lang J, Steuerrecht (22. Auflage., Dr. Otto Schmidt Verlag 2015).

Yaltı B, Vergi Yükümlüsünün Hakları (Beta Basım Yayın 2006).

BİR TRİYAJ KANUNUNA İHTİYAÇ VAR MI?

Is There a Need for a Triage Code?

Güneş ÇAP*

Özet

COVID-19 pandemisinde gördüğümüz gibi, pandemi sınırlı sağlık kaynaklarının kullanımı ile ilgili çok temel bir sorunu gözler önüne sermektedir. Yoğun bakım kaynaklarının yetersiz kalması, triyaj kararlarını kaçınılmaz hale getirecektir. Hukuki kesinlik ve hesap verilebilirlik ihtiyacı bu noktada triyaj kararlarının alınması ile ilgili bir takım hukuki düzenlemelerin varlığını zorunlu hale getirmektedir.

Bu makale öncelikli olarak Türk Hukukunda triyaj kararlarının hukuki temellerini araştırmayı amaçlamaktadır. Bu araştırma, ex-ante, ex-post ve önleyici triyaj olmak üzere üç farklı triyaj kararı türünün incelenmesine dayanmaktadır.

Bu çalışmada; hangi triyaj ölçütlerinin kabul edilebilir ve/veya uygun olduğu sorusu ile birlikte aynı zamanda hukuk düzeni içerisinde nihayetinde kimin triyaja karar vermesi gerektiği sorusu da tartışmanın önemli bir noktasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda yanıt bulmayı bekleyen bir diğer soru da Türkiye özelinde bir triyaj kanununa ihtiyaç olup olmadığıdır.

Anahtar Kelimeler: Triyaj, COVID-19, yaşam hakkı, insan onuru

Abstract

As we have seen in COVID-19-pandemic, a pandemic could reveals a fundamental problem of allocation of limited medical resources. Inadequacy of medical resources in intensive care could make pandemic triage decisions inevitable. At this point the demand of the legal certainty and accountability makes it essential to establish some legal rules for making triage decisions.

This article primarily aims to examine the legal basis of triage decions in Turkish law. This research is based on the examination of three different typies of triage decisions: ex-ante, ex-post and preventive triage.

Besides the question of which triage criteria are allowed and appropriate, the question of who should ultimately make triage decisions in Turkish legal order, is also a very significant point of the debate. Another question, waiting to be answered in this context, is whether there is a need for a triage code in Turkey.

Keywords: Triage, COVID-19, right to live, human dignity

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. iur., Öğr. Gör., LL.M., Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, gunes.cap@tau.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-8374-857X>

GİRİŞ

İnsanların kitlesel hasta olmasına ve ölümlerine neden olan pandemi durumu, uzun süreli ve dinamik olmaları nedeniyle sağlık hizmetinin kapasitesini aşan, çok sayıda insanın tıbbi yardıma ihtiyaç duymasına neden olan olağandışı bir durum olarak kabul edilir.¹ Olağan duruma yanıt verebilen tıbbi kaynakların bir pandemi durumunda yetersiz kalabileceğini 2019 yılının sonlarına doğru başlamış olan ve hala devam etmekte olan COVID-19 (*Coronavirüs*)² salgını da dünya çapında gözler önüne sermiştir. Birçok ülkede testler, ilaçlar, yoğun bakım ünitesi yatakları, aşılar gereksinimi karşılayamamış, tüm ülkenin aynı anda, aynı sorunla karşı karşıya olması sebebi ile sağlık hizmetine gereksinim devasa boyutlara ulaşmıştır. Bazı ülkelerde sağlık hizmetine duyulan bu gereksinim sınır durumlara ulaşmış, hekimler hastalar arasında trajik seçimler yapmak zorunda kalmıştır.³ Bu durum COVID-19 salgını özelinde yaşlı, engelli ya da kronik hastalığı olan bireyler gibi toplumun birtakım savunmasız gruplarının tedavisine hiç başlamamak ya da başlanmış tedavilerini kesmek şeklindeki uygulamaları gözler önüne sermiştir.⁴ Bu türden uygulamalar tıp,

¹ Unesco Türkiye Milli Komisyonu, “Covid-19 Hakkında Açıklama: Global Bakış Açısıyla Etik Konular Üzerine Görüş”, 10.4.2020, <<https://www.unesco.org.tr/home/AnnouncementDetail/1457>>, Erişim Tarihi: 20 Şubat 2021.

² COVID-19 salgını, Çin’in Wuhan kentinde 2019 yılı Aralık ayında ortaya çıkıp 2020 yılı Mart ayında pandemiye dönüşüp Şubat 2021 itibariyle de dünya çapında yaklaşık 3.300.000 insanın ölümüne yol açmıştır. Bkz. <https://covid19.who.int/>, Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2021.

³ Fransa, İtalya, İspanya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi vaka sayısı yüksek olan bazı ülkelerde personel ve materyal yetersizliği nedeniyle klinikte ağır belirti gösteren çok sayıda COVID-19 hastasının yanı sıra yoğun bakım ihtiyacı olan diğer hastaların da bu sağlık hizmetinden yararlanılamadığı görüldü. Fransa ile ilgili bir haber için bkz. <https://www.bmj.com/content/369/bmj.m129>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021; İtalya ile ilgili bir haber için bkz. <https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021; ABD ile ilgili bir haber için bkz. <https://www.nytimes.com/2020/03/21/us/coronavirus-medical-rationing.html>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021.

⁴ Örneğin İsveç’te Nisan 2020’de Karolinska Hastanesi 80 yaş üstü hastaların yoğun bakım ünitelerinden yararlanamayacağı ile ilgili bir rehber yayımladı. Bu konuda bkz. <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/sweden-coronavirus-lockdown-doctor-death-certificates-latest-a9462796.html>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021. İtalya’da ise sağlık kaynaklarının sınırlılığı dayanak gösterilerek “*kurtarılacak olan yaşam süresi*” dikkate alınarak yaşlı ve birden fazla hastalığı olanlar ile başka risk gruplarında bulunanlara yoğun bakım hizmeti sunulmayarak onların yerine genç ve daha iyi durumda olan hastalara öncelik verildi. Bu konuda bir eleştiri için bkz. Weyma Lübbe, “Corona-Triage”, VerfBlog v. 15.03.2020, <<https://verfassungsblog.de/corona-triage/>>, Erişim Tarihi: 19 Şubat 2020. Ayrıca, Kanada’da yoğun bakım triyajı taslağının engelli hastalar açısından ayrımcılık yarattığına ilişkin bir eleştiri için bkz. <https://healthydebate.ca/2021/04/topic/icu-triage/>, Erişim Tarihi: 10. Mayıs 2021. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin engelli bir bireyin triyajda esas alınan “tedavinin başarı şansı” ölçütü ile ilgili bireysel başvurusunu incelediği kararı için bkz. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. Juli 2020 – 1 BvR 1541/20 –, Rn. 1–12.

etik ve hukuk gibi disiplinlerin kesişiminde yer alan triyaj (tıbbi müdahale önceliğini belirleme) kararlarını tartışmalı hale getirmiştir.

Güncel bu gelişmeler sağlık hakkının, başka bir deyişle sağlık olanaklarından yararlanma hakkının, en önemli temel insan haklarından biri olması sebebiyle pandemi durumlarında alınmış ve/veya alınacak olan triyaj kararlarının anayasal gereklilikleri üzerinde düşünmeye sevk etmektedir. Bu çalışma, sağlık kaynaklarının yetersiz kaldığı durumlarda alınması muhtemel triyaj kararlarının Türk hukuku özelinde anayasal çerçevesini çizmeyi ve dolaylı olarak bir triyaj kanununa ihtiyaç olup olmadığı sorusuna yanıt aramayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda mevcut mevzuat hükümlerinin sağlık kaynaklarının yetersiz kaldığı durumlar için toplumsal ihtiyaçları karşılayıp karşılayamadığı, ilgili doktrinsel görüşlerin işaret ettiği hukuki gereklilikler ışığında değerlendirilecektir. Bu doğrultuda öncelikle triyaj kavramından ve triyaj kararlarından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulacak, bunu takiben triyajda esas alınan ölçütlere yer verilecektir. Daha sonra, triyaj ile ilgili mevcut hukuki düzenlemeler ulusal ve uluslararası hukukun gerekleri dikkate alınarak gözden geçirilecektir.

I. TRİYAJ KAVRAMI

Fransızcadan (*trier*) dilimize geçen triyaj kavramı, “*seçmek, ayırmak, ayıklamak ve sınıflandırmak*” anlamlarına gelmektedir.⁵ Köken olarak askeri tıbbı dair olan bu kavram, savaş meydanlarında hangi yaralının ilk olarak tedavi edileceğine hızlı bir şekilde karar vermek amacı ile geliştirilmiştir.⁶ Triyajın bu ilk görünüm biçiminde yaralılardan (yani askerlerden) hangisine veya hangilerine öncelik verileceği hastanın yaralanma derecesine bakılarak tespit edilmez. Temel amaç hastanın veya yaralının en kısa sürede savaş meydanına geri dönmesini sağlamak olduğundan, “*iyileşme şansı en yüksek olan*” asker öncelikli olarak tedavi edilir.⁷

Günümüzde ise triyaj sıklıkla acil tıp uygulaması olarak karşımıza çıkar. Triyaj kavramı hukukumuzda, “*çok sayıda hasta ve yaralının bulunduğu durumlarda, bunlardan öncelikli tedavi ve nakil edilmesi gerekenlerin tespiti amacıyla, olay yerinde ve bunların ulaştırıldığı her sağlık kuruluşunda yapılan*

⁵ *Trijaj* tanımlaması için Türkçede bkz. Triage, Tıbbi Terimler Sözlüğü, <<https://saglik.sozlugu.org/triage/>>, Erişim Tarihi: 03 Mayıs 2021. Ayrıca Almanca için bkz. Thomas Rönnau und Kilian Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage”, Jus (2020) 5, 403; Till Zimmermann, “Wer stirbt zuerst?”, LTO v. 23.03.2020, <<https://www.lto.de/recht/hntergruende/h/corona-trage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>>, Erişim Tarihi: 05 Ocak 2021; Josef Franz Lindner, “Die ‘Triage’ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte”, MedR (2020) 38, 723, Dn. 3.

⁶ Alexander Brech, *Triage im Recht* (Duncker & Humblot, Berlin, 2008) 48 vd.

⁷ Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 403.



hızlı seçme ve kodlama işlemi” (Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği Md. 4/y) olarak tıbbın gündelik pratiği içinde yerini almıştır. Buna göre hekimler ve/veya diğer sağlık elemanları, tedavi edilecek kişileri klinik durumlarına göre esas olarak üç ana gruba⁸ ayırmaktadır: I. Grup, ayaktan tedaviye uygun hasta ve yaralılarından; II. Grup, orta hasta ve uzuv kaybı riski taşıyan yaralılarından ve III. Grup ise akut ve ölümcül tehdit altındaki hastalardan oluşur. Acil servislerde, etkin bir hizmet verilebilmesi için I. Grup yeşil, II. Grup sarı, III. Grup ise kırmızı renk ile kodlanmaktadır. Triyaj uygulaması için muayene, tetkik, tedavi, tıbbi ve cerrahi girişimler bakımından birinci sırada kırmızı, ikinci sırada sarı, üçüncü sırasıda yeşil renk kodu yer alır.⁹

Hastalığın yayılma kapasitesinin geniş olması ve salgına yakalanmanın toplumun geneli açısından tehdit oluşturması sebebi ile çok sayıda hayatın kurtarılabilmesi için triyaj, ulaşılabilir sağlık kaynakların daha etkin bir şekilde kullanılması amacı ile pandemi durumunda da başvurulmuş bir yöntem olmaktadır. Salgına yakalanma nedeni ile hasta olan kişi sayısına, olağan (salgın dışı) nedenlerle hasta olan kişi sayısının da ekleneceği göz önüne alındığında; triyaj kararlarının sadece doğrudan salgına yakalanan hastalarla ilgili olmayacağı, başka bir deyişle hastanedeki diğer klinik kararları da etkileyeceği unutulmamalıdır.¹⁰ Pandemi durumunda triyaj kararında esas alınan ölçütlerin bu nedenle tüm tıbbi tedavi ihtiyacı sahiplerine uygulanması gerekecektir. Örneğin, yoğun bakım ünitesine erişim için aranacak triyaj ölçütleri sadece salgın hastaları için değil aynı zamanda yoğun bakım tedavisine ihtiyaç duyan/duyacak olan tüm hastalar için geçerli olacaktır. Hangi hastanın öncelikle tedavi olacağına karar verme yöntemi olan triyajın pandemi durumunda bu denli kapsayıcı bir etkiye sahip olması bizi şu temel soru ile baş başa bırakmaktadır: Pandemi durumunda sınırlı kaynakların adil ve etkin kullanımı açısından sağlık hizmetleri öncelikli olarak kimlerin kullanımına sunulmalıdır? Bu sorunun cevabı, her şeyden önce triyaj kararı türlerinin hukuki açıdan incelenmesini ve bu karar türleri arasındaki hukuki farkların ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır.

II. TRİYAJ KARARLARI

Trijaj kararları, “*ex-ante* triyaj”, “*ex-post* triyaj” ve “*önleyici* triyaj” olmak üzere üç farklı gruba ayrılabilir.¹¹

⁸ Triyaj gruplandırması için ayrıca bkz. Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 52 vd.

⁹ 16.10.2009 tarihli 27278 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı’nın *Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliği* Md. 8 ve EK-7.

¹⁰ Nüket Örnek Büken, “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular”, Sağlık ve Toplum (2020), 19.

¹¹ Triyaj türlerinin triyaj kararı türlerinden farklı olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Triyaj genel olarak askeri triyaj, afet triyajı, acil servis triyajı, yoğun bakım ünitesi triyajı, telefon triyajı gibi türlere ayrılmaktadır. Bkz. Adel Hamed Elbaih, “Different Types of Triage”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi (2017) 26, (4), 441–467.

A. Ex-ante Triyaj

Ex-ante triyaj, sağlık kaynaklarının tüm hastaların tedavisi için yeterli olmadığı durumlarda, tedaviye ihtiyaç duyan birden fazla hastanın olması halinde hangi hastanın sağlık kaynağını elde edeceğine (*ex-ante*) karar verilmesi olarak ifade edilir.¹² Bu durumda halen sağlık kaynakları mevcuttur; fakat sağlık kaynaklarının dağıtılması için bir kararın verilmesi gerekmektedir.¹³

B. Ex-post Triyaj

Ex-post triyaj bütün sağlık kaynakları kullanımında olduğu için *ex-ante* triyaj durumdan farklılık arz eder. *Ex-post* triyaj durumunda Hasta A'nın kurtarılabilmesi Hasta B'nin hâlihazırda başlamış olan tedavisinin sonlandırılmasına, başka bir ifade ile sağlık kaynağının Hasta B'den alınıp Hasta A'ya verilmesine bağlıdır.¹⁴ Söz gelimi, Hasta A'nın solunum cihazına bağlanabilmesi için Hasta B'nin ekstübe edilmesi gerekmektedir. Hukuken Hasta A'ya karşı olan tedavi yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi, Hasta B'ye karşı olan tedavinin sonlandırılmayarak ölümüne sebebiyet vermeme yükümlülüğünün ihlal edilmesine bağlıdır.

C. Önleyici Triyaj

Üçüncü triyaj kararı türü olan önleyici (ing. *preventive/ alm.präventiv*) triyaj kararının fenotipik olarak ilk iki triyaj kararı türünün arasında yer aldığını söylemek mümkündür.¹⁵ Bu triyaj kararı, olası bir *ex-post* triyaj tehdidini engellemek amacı ile önleyici bir uygulama (*ex-ante* bir karar) olarak karşımıza çıkar.¹⁶ Örneğin 87 yaşındaki Hasta A'nın hastahane de kullanımında olmadığı için boş bulunan bir solunum cihazına bağlanmasının, kurtarılma şansı daha yüksek olan başka bir hastanın uzun süre bekletilmemesi için engellenmesidir.

¹² Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 404; Ingo Palsherm, "Triage und COVID-19", GesR (2020) 9, 546.

¹³ Burada belirtilmesi gereken bir husus, *ex-ante triyaj* kararına başvurmanın son çare olarak düşünülmesi gerektiğidir. Devletin hastahaneler arasındaki koordinasyonu sağlamak, nakil işlemlerini düzenlemek ve denetlemek gibi genel sağlık hizmetinin organizasyonu ile ilgili ödevlerinin pandemi durumunda da devam ettiğinin altını çizmek gerekir.

¹⁴ Palsherm, "Triage und COVID-19", 546; Armin Engländer und Till Zimmermann, "‘Rettungstötungen’ in der Corona-Krise?", NJW (2020), 1401; Josef Franz Lindner und Kerstin Schlögl-Flierl, "Triage bei COVID-19 – Zur Allokation knapper Rettungsmittel aus ethischer und rechtlicher Perspektive", ZIG-Essay (2020) 2, 5; Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 404.

¹⁵ Reinhard Merkel und Steffen Augsberg, "Die Tragik der Triage: straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen", JZ (2020) 14, 706.

¹⁶ Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 404; Palsherm, "Triage und COVID-19" (n. 12), 546.

III. TRİYAJDA ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

Pandemi durumunda sınırlı sağlık kapasitesinin benzer ihtiyaçları olan kalabalık bir hasta grubuna dağıtılmak zorunda olması, belirttiğimiz gibi sağlık kaynaklarının tahsisi ile ilgili olarak önceliğin hangi şartlar altında kime verilmesi gerektiği sorusu ile bizi karşı karşıya bırakır. Bu soru da bizi triyajda esas alınacak ölçüt veya ölçütlerin ne olması gerektiği tartışmasına götürür.

Triyajda esas alınacak ölçütten ne anlaşılması gerektiği şu örneklerle açıklanabilir: Bir COVID-19 hastasında solunum sıkıntısının ortaya çıkması halinde, hastaya solunum cihazı desteğinin sağlanması tıbbi bir zorunluluktur. Klinikte solunum cihazına bağlanma ihtiyacı duyan hasta sayısına yetecek miktarda solunum cihazı bulunmaması durumunda, hastalar arasında bir seçim – başka bir deyişle öncelik sıralaması – kaçınılmaz olacaktır. İşte triyajda esas alınacak ölçütten kasıt, bu hasta seçiminin veya öncelik sıralamasının dayandığı ilkedir.

Gerek afet tıbbi gerekse acil servis tıbbi kapsamında mevcut sınırlı kaynakların nasıl tahsis edilmesi gerektiğine yönelik yerleşik bazı ilke ve kuralların olduğu bilinmektedir. Pandemi durumunda alınacak bir triyaj kararının bu ilke ve kurallardan hangisi veya hangilerine dayanacağı ise hukuk sistemimiz açısından yasa düzeyinde kesin bir kurala bağlanmış değildir. Ancak Covid-19 gibi sağlık kaynaklarının yetersizliği tahsisi sorununa yol açabilecek salgınlar da gösteriyor ki hukukumuzdaki bu boşluğun kaldırılması yerinde olacaktır. Bu çerçevede tartışılması muhtemel çeşitli ilke ve kurallar şu şekilde sıralanabilir:¹⁷

Tıbbi Aciliyet (ing. *Sickest First*): Bu ilke “kim bekleyebiliyor ise durumu kötüleşecek olsa bile beklesin”¹⁸ şeklinde özetlenebilir. Tıbbi aciliyet ilkesinin uygulanmasının sadece durumu acil olan hastaların değil aynı zamanda tedavi bekleyen diğer hastaların da – nihayetinde – kurtarılabilmesine imkân sağlayacağı düşünülmektedir. Hukuk sistemimizde bu ilke örneğin organ ve doku nakli alanında karşımıza çıkar. Organ ve doku dağıtımında acil organ talepleri öncelikle değerlendirilir ve acil talepler için acil bekleme listesi oluşturulur. (*Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi* Md. 5/2).

Kura: Kura veya piyango ölçütü; triyajın insan tarafından verilmiş bir karara değil, şansa (veya inançlı insanlar için kadere) dayanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşünceye göre iki akut hasta arasında kura çekmek her bir hastanın yüzde elli/eşit tedavi şansını elde etmesine imkân

¹⁷ Benzer bir listeleme için bkz. Fatma Arın Namal ve Emin Alkan, “COVID-19 Hastaları ve Etik: Hekimlere Triyaj Önerileri”, Aşegül Demirhan Erdemir (Ed.), *COVID-19 Pandemisi ve Etik* (1. Baskı, Türkiye Klinikleri, Ankara, 2021), 2.

¹⁸ Almandada bu ifade şu şekilde karşılık bulur: “*Wer warten kann, muss warten.*” Zimmermann, “*Wer stirbt zuerst?*” (n. 5).

sağlayacaktır.¹⁹ Diğer yandan, kura yöntemi sağlık kaynağına erişimde tüm hastalar için her ne kadar mutlak bir fırsat eşitliği getiriyormuş gibi görünse de hastalığın ağırlık derecesi veya tedavinin başarı şansı gibi hastaların bireysel durumları ile birebir ilgili bazı değerleri dikkate almayan bir yöntem olması sebebi ile adaletsiz sonuçlara da yol açabilmektedir.²⁰ Buna rağmen, bir görüşe göre kura yöntemi tamamen kaçınılması gereken bir seçenek olmayabilir. Bu görüşe göre iki hastanın tedavi edilmesi tıbben eşit derecede acil ise ya da hastaların elde edecekleri tedavilerin başarı şansları birbirine eşit veya çok yakın ise hastalardan hangisinin sağlık kaynağını elde etmesi gerektiği ile ilgili karar son raddede kura yöntemi ile verilebilir.²¹

Önce Geleni Önceleme (ing. *First Come, First Served*/ alm. *Wer hat, der hat*²²): Bu ilkeye göre; bir hastaya sağlık kaynağı veya hizmeti bir kez sunulduğunda bu sağlık kaynağı veya hizmeti – örneğin kendisinden daha yüksek kurtarıma şansı olan başka bir hastaya verilmek üzere – kendisinden alınmaz. Geleneksel ve basit bir algoritmaya yani *kim önce gelirse hizmeti o alır* mantığına dayanan bu ilkenin kabul edilmesinin, ilk bakışta kolay ve adil bir sonuç doğuracağı düşünülse de bu ilkenin aslında tamamen rastlantısal bir önceliklilik ilişkisi kuruğunun altını çizmek gerekir.²³ COVID-19 pandemisi durumunda da gözlemlenebileceği gibi ilk gelenin; hastaneye ulaşımı kolay, maddi anlamda sağlık hizmetlerinden yararlanma imkânı olan ve ilk enfekte olan kişilerden olma ihtimalinin yüksek olduğu ve bu ilkenin uygulanmasının bu türden hastalara avantaj sağlayacağı da unutulmamalıdır.²⁴ Özetle bu ilkenin mutlak anlamda kabulünün, sosyal statü farklılıklarının ve gelir dağılımındaki eşitsizliklerin sağlık kaynaklarına erişimde etken bir rol oynamasına, nihayetinde de sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacak sonuçların ortaya çıkmasına kapı aralayacağı akıld tutulmalıdır.²⁵

¹⁹ Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 405. Kura yöntemi ile ilgili bir tartışma için ayrıca bkz. Tonio Walter, “Corona-Krise: Lasst das Los entscheiden!”, Zeit Online v. 02.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzter-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht>>, Erişim Tarihi: 04 Mart 2021.

²⁰ Jochen Taupitz, “Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?”, MedR (2020) 38, 10.

²¹ Bu yönde bir görüş için bkz. Engländer und Zimmermann, “Rettungstötungen” (n. 14), 1402.

²² Almanca bu ifade “*kimdeyse onundur*” şeklinde tercüme edilebilir.

²³ Lindner und Schlögl-Flierl, “Triage bei COVID-19” (n. 14), 4.

²⁴ Örnek Büken, “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular” (n. 10), 18.

²⁵ Bu eleştirilerden bu ilkenin hukukumuzda tamamen yabancı olduğu sonucu çıkmamalıdır. Söz gelimi, mülkiyetin kazanılması ile ilgili düzenlemelerin temelinde yatan ilkelerden birinin bu ilke olduğu söylenebilir. TMK Md. 767: “*Sahipsiz bir taşınırı malik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse, onun maliki olur.*”



Çoğunluğu Kurtar (ing. *Save the Most*): Maksimizasyon formülü olarak da adlandırılan bu ilkeye göre triyajın amacı, sınırlı kaynakların doğru yer ve zamanda mümkün olan en fazla kişiye sunulması (yani mümkün olan en iyi yardımın yapılması) olmalıdır.²⁶ Genel olarak afet triyajı için kabul gören bu yaklaşımın pandemi triyajında da uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır.²⁷ Bu yaklaşıma getirilebilecek eleştiri ise bu yaklaşımın triyajın amacını ortaya koyarken insan yaşamını niceliksel anlamda sayısal bir değere (kazanç-kayıp toplamına) indiriyor ve sonuç odaklı (utilitarist) bakış açısı ile insan yaşamının öznelliğini/biricikliğini görmezden geliyor olması olabilir.²⁸

Tedavinin Başarı Şansı (ing. *Prospect of Success/ alm. Erfolgsaussicht*): Utilitarist etiğin önerdiği bir diğer ölçüt ise tedavinin başarı şansıdır.²⁹ Bu yaklaşım, hastaların sağlık kaynağı ve/veya hizmeti ile elde edecekleri tedavilerinin başarı şanslarını birbirleri ile kıyaslayarak önceliği yaşama şansı daha yüksek olan hastaya verir. Tedavinin başarı şansı ise akut hastalığın ağırlığı, komorbidite ve genel sağlık durumu gibi değişkenler dikkate alınarak elde edilen skor-değeri ile ölçülür.³⁰ Bu ölçütü savunanlar, pandemi durumunda kurtarılma ihtimali daha yüksek olan hastaya önceliğin verilmesinin sağlık kaynaklarının boş yere israfına engel olacağını, bu şekilde de dolaylı olarak çoğunluğun kurtarılması amacına ulaşılacağını ileri sürerler.³¹

Tedavinin başarı şansı ölçütünün insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışılmaya değer bir konudur.³² Bu bağlamda altının çizilmesi gereken nokta; bu yaklaşımda insan yaşamlarının (örneğin 19 yaşındaki COVID-19 hastasının yaşamı ile 93 yaşındaki alzheimerlı bir COVID-19 vakasının yaşamı) değil, sunulacak sağlık kaynağı veya hizmeti ile elde edilecek olan tedavilerin başarılarının bir değer olarak kıyaslandığıdır. Kurtarılma ihtimali çok yüksek bir hastaya kıyasen kurtarılma ihtimali neredeyse hiç olmayan başka bir hastaya önceliğin verilmesinin kamu vicdanını rahatsız edeceği, bu nedenle de pandemi triyajında tedavinin başarı şansı ölçütünün esas alınması gerektiği savunulabilir bir görüş gibi gelebilir. Fakat tedavinin başarı şansı ölçütünün esas alınması durumunda toplumda bazı

²⁶ Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 52 vd.

²⁷ Zimmermann, "Wer stirbt zuerst?" (n. 5).

²⁸ Taupitz, "Wer darf überleben?" (n. 20), 6.

²⁹ Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 261.

³⁰ Engländer und Zimmermann, "Rettungstötungen" (n. 14), 1401.

³¹ Örneğin *Alman Yoğun Bakım ve Acil Tıp Derneği (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin-DIVI)* 17.04.2020 tarihli pandemi durumunda uygulanması muhtemel triyaj kararları için hazırladığı etik kriterler kılavuzunda bu görüşü ortaya koymuştur. Bkz. DIVI, S1-Leitlinie, 4, <www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>, Erişim Tarihi: 03 Mart 2021.

³² Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 263 vd.

savunmasız (yaşlılar, engelliler, kronik hastalar gibi) grupların, tedavi başarısı hesaplamalarında temel alınan skor değerlendirmelerinde kategorik olarak dezavantajlı olabileceği, bunun da dolaylı olarak bir ayrımcılık sorununa yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.³³

Kurtararı Kurtar (ing. *Save the Saver*): Bu ilkeye göre sağlık sisteminin kilit noktalarında yer alan (doktor, hemşire, hastabakıcı gibi) sağlık görevlilerinin öncelikli olarak korunması gerekmektedir. Sağlık görevlilerine tanınan bu öncelik, ilk bakışta adil olmayan bir sosyal statü ayrıcalığı gibi görünse de sağlık görevlilerinin korunmasının toplumun genel sağlığının korunmasına hizmet ettiği ve böylelikle bu ilke ile toplumdaki tüm bireylerin yaşama şansının yükseltilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Bu ilke, salgın hastalıklar özelinde örneğin COVID-19 aşısının uygulanmasına ilişkin düzenlemelerde de yer alır. COVID-19 aşısı uygulanacak grup sıralamasında sağlık kurumlarında çalışanlara öncelik tanınmıştır.³⁴

IV. BİR TRİYAJ KANUNUNA İHTİYAÇ VAR MI?

Triyaj, gerek afet tıbbında gerekse acil servis kabullerinde sağlık durumunun ve buna uygun tedavinin tespitinde hastalık önceliğinin belirlenmesinde uygulanır. 01.02.1999 tarihli *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*'nın 38. maddesinde³⁵ hekimlerin, olağanüstü durumlar ve savaşta, evrensel nitelikteki tıbbi etik kurallarını yansızlıkla uygulamaları ve hasta ve/veya yaralı sayısının çokluğu nedeniyle herkese gerekli tıbbi yardımın verilemediği koşullarda, tedavi olasılığı yüksek olan ağır vakalara öncelik vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda *Hasta Hakları Yönetmeliği*'nin³⁶ 10. maddesinde sağlık kuruluşunun hizmet verme imkânlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi ölçütlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini isteme hakkının bulunduğunu ifade edilmiştir. Yine aynı acil ve adli vak'alar ile yaşlılar ve engelliler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı ortaya konmuştur.

Pandemi triyajı ile ilgili olarak yardımcı hukuk kaynakları arasında örneğin Sağlık Bakanlığı'nın ilgili kılavuzları, Türk Tabipler Birliği Etik

³³ Benzer bir itiraz, Alman Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış bir bireysel başvuruya konu olmuştur. Bu karar için bkz. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats v. 16.07.2020-1 BvR 1541/20.

³⁴ COVID-19 aşısı uygulanacak grup sıralaması için bkz. <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77707/asi-uygulanacak-grup-siralaması.html>, Erişim Tarihi: 27 Şubat 2021.

³⁵ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları TTB'nin 47. Büyük Kongresinde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Bkz. Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi, *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları* (Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2012).

³⁶ 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.



Kurulu'nun tavsiye kararları sayılabilir. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün 2019 tarihli *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı*'nın³⁷ kavramlar bölümünde triyaj “*tıbbi müdahalenin önceliklerini belirleme sistemi*” olarak tanımlanmış; önceliklerin ise hastanın yaşama şansı, durumunun aciliyeti, sağlık müdahale gücü gibi unsurlara dayanılarak belirleneceği ifade edilmiştir.³⁸ Fakat bu Hazırlık Planı söz konusu unsurlardan ne anlaşılması gerektiğini açıklamadığı gibi triyajın hangi mercii tarafından ve hangi usullere göre yerine getirilmesi gerektiği gibi triyaj uygulaması ile ilgili önemli ayrıntılara da yer vermemektedir. Bu eksikliğin COVID-19 Pandemisi özelinde Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün *2019-nCov Hastalığı Sağlık Çalışanları Rehberi*³⁹nde de giderilmediği gözlemlenmektedir.

Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu ise 4 Nisan 2020 tarihli *Salgınlara Yönelik Görüşü*⁴⁰nde triyajın gerekli olduğu durumlarda hastaların yaşam ve tedavi hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınmasına vurgu yapmış ve bu çerçevede triyajın; dışlama kriterlerinin uygulanması, mortalite riskinin değerlendirilmesi ve hastanın uygulama sırasında gösterdiği gelişme göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. TTB Etik Kurulu görüşünde triyajın etik çerçevesini adalet, fayda ve eşitlik ilkeleri olarak çizmiş; ayrıca triyaj sorumluluğunun sadece hastanın bakımını üstlenen hekime bırakılmamasına ve bu doğrultuda triyaj ilkelerinin tanımlanması ve gerekçelendirilmesi, protokollerin oluşturulması için ilgili tarafların katılımıyla ulusal bir triyaj etik kurulunun kurulması gerektiğine işaret etmiştir. TTB Etik Kurulu, bunlara ek olarak hekimlerin oluşturulacak olan bu kurul tarafından belirlenen ilke ve protokollerini uygulaması, ilke ve protokollerin uygulanmasında tereddüt olduğu durumlarda bu kuruldan görüş alabilecekleri şeklinde bir yol haritası da ortaya koymuştur.

TTB Etik Kurulu'nun triyaj durumunda hekimlerin yalnız bırakılmaması gerektiği şeklindeki vurgusu ve ulusal bir triyaj etik kurulunun kurulması önerisi, pandemi triyajı ile ilgili hukuki düzenleme eksikliğinin dile getirilmesi bakımından önemli; fakat ilgili eksikliklerin giderilmesi açısından yetersiz bir adımdır. Etik Kurul görüşünde pandemi triyajının esasını etkileyecek olan ayrıntılar konusunda suskun kalmayı tercih etmiştir. Örneğin, söz konusu Ulusal Triyaj Etik Kurulu'nun üyelerinin hangi nitelikleri taşıması

³⁷ T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı* (Ankara, 2019), 12, <https://grip.gov.tr/depo/saglik-calisanlari/ulusal_pandemi_plani.pdf>, Erişim Tarihi: 18 Şubat 2021.

³⁸ *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı* (n. 37), 12.

³⁹ T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü (Bilim Kurulu Çalışması), Ocak 2020, *2019-nCov Hastalığı Sağlık Çalışanları Rehberi*, <https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/haberler/ncov/2019-nCov_Hastal_Salk_alanlar_Rehberi.pdf>, Erişim Tarihi: 18 Şubat 2021.

⁴⁰ TTB Etik Kurul, “*Salgınlara Yönelik Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu Görüşü*”, 04.04.2020, *Adli Tıp Bülteni* (2020) 25, 66–70.

gerektiği,⁴¹ bu üyelerin hangi yöntemle belirlenmesi gerektiği⁴² gibi ayrıntılara değinilmemiştir. Benzer şekilde bu kurulun çalışma usulleri ve görüşlerinin hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılara da rastlanmamaktadır. Triyaj kararının “hangi hayatın kurtarılmaya değer olduğu” sorusu ile dolaysız ilişkisi hatırd tutulduğunda; triyaj ilke ve kurallarını belirleyecek olan ulusal bir kurul ile ilgili böylesi ayrıntıların, triyaj kararlarının hukuki kaderinin tespitinde önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Yaşam ve ölüm arasında yer alan triyaj kararlarına dayanak oluşturacak ilke ve esasların belirlenmesi faaliyetinin, tıp uzmanlığının ötesinde bir bilgi ve birikim gerektireceği aşikârdır. Bu ilke ve esaslara atanmış bir grup uzman kişinin karar verecek olması da geri dönülmez bir takım sakıncalı sonuçlara yol açabilecektir.

Özetle, yukarıdaki açıklamalar ışığında, pandemi triyajı ile ilgili yasal bir düzenlenmenin bulunmadığı ifade edilebilir. Hukuk sistemimiz açısından yasal anlamdaki bu eksiklik; gerek sağlık kaynaklarının ihtiyaçları karşılayamadığı durumunda bu kaynakların nasıl dağıtılması gerektiğini düzenleyen pozitif bir hükmün yokluğu, gerek ise hastaların seçiminde hangi ölçütlerin esas alınamayacağını ortaya koyan negatif bir hükmün yokluğu şeklinde karşımıza çıkar. Aşağıda da ele alınacağı gibi,⁴³ hukuk sistemimizdeki bu boşluğun giderilmesinde ceza hukukunun genel ilke ve kurallarının da tam anlamı ile çözüm sunamamaktadır.

A. Uluslararası Hukuk

Konumuzla ilgili ölçüsünde aşağıda çeşitli uluslararası ve bölgesel hukuki düzenlemelere yer verilecektir.

1. Genel Olarak

Yaşam hakkı savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda bile askıya alınamaz ve kısıtlanamaz çekirdek haklar arasında yer alır. Bu, yaşam hakkının bütün hakların temeli olmasının doğal bir sonucudur.⁴⁴ Birleşmiş Milletler *Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 6. maddesine göre her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir ve bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 2. maddesine göre

⁴¹ TTB Etik Kurulu'nun ifadelerinden, tamamen hekimlerden oluşan bir tıp kurulunun mu yoksa hukuk, etik ve politika gibi alanlarında uzman kişilerden oluşan karma bir kurulun mu kastedildiğinin tespiti mümkün değildir.

⁴² Seçilmiş üyelerden oluşacak bir kuruldan mı, yoksa atanmış üyelerden oluşacak bir kuruldan mı bahsedilmektedir? Yine bir başka yanıt bekleyen soru ise kim tarafından atamanın (ya da seçimin) yapılacağıdır.

⁴³ Bkz. aşağıda IV. B. 2.

⁴⁴ Ulaş Karan, “Yaşama Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (2. Baskı, Beta, İstanbul), 2013, 115; Kerem Yılmaz, *Defansif Tıp* (Seçkin, Ankara, 2014), 21.



tüm sözleşmecî devletler kendi yetki alanları içerisindeki herkesin yaşam hakkını yasayla korumak zorundadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yaşama hakkına ilişkin bu düzenlemenin, işkence yasağını düzenleyen 3. madde ile birlikte sözleşmenin en temel hükümlerden biri olduğunun ve Avrupa Konseyi'ni meydana getiren demokratik toplumların en temel değerlerini teşkil ettiğinin altını çizmektedir.⁴⁵

Sağlık hakkını bireysel düzlemde yaşam hakkından ayrı düşünmek olanaksızdır.⁴⁶ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için tıbbî bakım hakkının olduğundan söz etmektedir. Aynı doğrultuda Birleşmiş Milletler *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 12. maddesi sağlık hakkını “herkesin ulaşılabilir en üst düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olması” olarak tanımlamakta ve hakkın öznesini ayrımcılık gözetmeksizin devletlerin yetki alanlarındaki herkes olarak sınırlamaya tabi tutmamaktadır. Sözleşme, yine aynı maddenin 2. fıkrası ile taraf devletlere salgın hastalıkların önlenmesi, bakımı ve denetlenmesi için gerekli önlemleri alma ödevi yükler.

Yine *Biyotıp Sözleşmesi*⁴⁷'nin “Sağlık Hizmetlerine Erişimde Adalete” başlıklı 3. maddesi, taraf devletlerden sağlık gereksinimleri ve mevcut kaynakları dikkate alarak, kendi yasal yetkileri dâhilinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri almasını talep etmektedir. Aynı Sözleşmenin 5. maddesine göre sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

⁴⁵ AİHM, McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 18984/91, K.T. 5.09.1995, § 147; aynı şekilde AİHM, Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, K.T. 07.07.1989, § 88. AİHS çerçevesinde Sözleşmede yer alan diğer haklar ile ilgili düzenlemelerden (AİHS Md. 8 – 11) farklı olarak, sadece yaşam hakkı üzerindeki sınırlamaların değil, yaşam hakkının kendisinin “kanun tarafından korunması” kuralı getirilmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin yaşam hakkına bir ağırlık verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Sözleşme, ayrıca yaşam hakkının kanunla korunması yükümlülüğünün istisnalarını da tek tek sayılmıştır. Buna göre (a) bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; (b) usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; (c) ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için kuvvete başvurmak kesin bir zorunluluk haline gelmiş ise yaşam hakkının ihlalinden söz edilmez. Sözleşmenin bu istisnaları sıralarken “kesin bir zorunluluk hali” vurgusunu yapmış olması, yaşam hakkına getirilen sınırlamaların sözleşme kapsamındaki diğer temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmalarından daha katı bir ölçülülük testine tabi olduklarını da göstermektedir.

⁴⁶ Yılmaz, *Defansif Tıp* (n. 44), 22.

⁴⁷ Uzun adıyla “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*” TBMM tarafından, 5013 sayılı “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” ile 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiş, 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme'nin 6. maddesinde de belirtildiği gibi muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, ancak onun doğrudan yararı için yapılabilir. Aynı doğrultuda Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülenlerden ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulamayacaktır.

Ayrıca Birleşmiş Milletler *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesinin 2. fıkrası; taraf devletlere Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına alma ödevi yüklemektedir. Aynı doğrultuda Birleşmiş Milletler *Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesinin 1. Fıkrası, taraf devletlere Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almaları ve bu ve haklara saygı göstermeleri gerektiğini ortaya koymuştur. Benzer bir koruma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da yer almaktadır. AİHS 14. maddesine göre Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmak zorundadır.

2. Triyaj Kararlarının Uygunluğu

a. Ex-ante Triyaj

Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin 2. maddesi, idam cezasının dışında, bir kişinin yaşam hakkından mahrum bırakılabilmesini sadece sınırlı koşullar altında kabul etmekte ve bu istisnai durumlar arasında triyaj uygulamasına yer vermemektedir. Sözleşme çerçevesinde devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, pozitif bir yükümlülük olarak, devletin sağlık kuruluşları bünyesinde hastaların yaşam hakkına yönelmiş ve/veya yönelecek olan tehditlere karşı uygun tedbirleri alma sorumluluğunu da içermektedir. Fakat bu tespitlerden AİHS'nin 2. maddesi bağlamında triyaj uygulamalarının mutlak suretle yaşam hakkına aykırı olduğu sonucuna varmak da yanlış olacaktır. AİHM bir kararında kendisine sağlık hizmeti sunulmaması sebebi ile bir kişinin yaşamının tehlikeye düşmesi durumunda devletin sorumluluğunun, ancak sunulan sağlık hizmetinin genel olarak toplumun tamamına sunulabiliyor



olması halinde söz konusu olabileceğini vurgulamıştır.⁴⁸ Mahkemenin bu kararından yola çıkarak pandemide sağlık kaynaklarının yetersiz kalması halinde başvurulacak olan triyaj uygulamaları sebebi ile sağlık kaynağından veya hizmetinden faydalanamama durumunda devletin sorumlu tutulamayacağı ileri sürülebilir. AİHM'in, fiili imkânsızlık durumunda devletin sorumlu olmadığını ortaya koyan bu görüşünün,⁴⁹ aşağıda yer alan yükümlülüklerin çatışmasına dayanan hukuka uygun olma halı hakkındaki açıklamalarımız⁵⁰ ile uyumlu olduğu söylenebilir. Bu doğrultuda yükümlülüklerin çatışması sebebiyle alınan *ex-ante* triyaj kararlarının AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurmayacağı düşünülebilir.

AİHS'nin 2. maddesinin ayrıca taraf devletlere yaşam hakkını koruma yükümlülüğü adı altında hastaneler açısından hastalarını korumak, hastanelerde denetimi ve yönetimi sağlamak ve hastanelerde meydana gelen ve ilgili sağlık görevlisinin sorumluluğunu gerektirebilecek ölüm olayı nedeninin tespit edilmesinde etkili bir uyarı sisteminin oluşturulması yükümlülüğünü de getirdiğini belirtmek yerinde olacaktır.⁵¹

Ex-ante triyaj ile ilgili tartışılmayı bekleyen bir diğer konu da hekimin hasta seçiminde tamamen özgürce karar verip veremeyeceği ile ilgilidir. Daha sonra da ele alınacağı gibi *ex-ante* triyaj durumunda⁵², yani pandemi durumunda hastahane son kalan sağlık kaynağının hastalardan hangisine tesis edilmesi gerektiği ile ilgili kısıtlayıcı bir düzenlemenin olup olmadığı uluslararası ve bölgesel sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilebilir. Yukarıda belirtilen hükümler dikkate alındığında (BMESKHP Md. 2/2, BMKSHP Md. 2/1, AİHS Md. 14),⁵³ sağlık hizmetine erişimde ayrımcılık yasağının triyaj durumlarında da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu takdirde hekimin *ex-ante* triyaj durumlarında dilediği hastayı

⁴⁸ AİHM, Hristozov ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 47039/11 ve 358/12, K.T. 29.04.2013, § 106; aynı doğrultuda AİHM, Kıbrıs/Türkiye, Başvuru No: 25781/94 [GC], K.T. 10.05.2001, § 219; AİHM, Elena Cojocaru/Romanya, Başvuru No: 74114/12, K.T. 22.03.2016, § 107.

⁴⁹ Fakat, bu açıklamalardan devletin tamamen sorumsuz olduğu varmak yanlış olacaktır. AİHM başka bir kararında devletin felaketleri önleme yükümlülüğünün olduğunu da dile getirmiştir: “*Mahkeme, depremlerin, devletlerin önüne geçemeyecekleri olaylar olduğunu ve devletlere göre, depremlerin önlenmesinin, yalnızca felaketin zararlarını en aza indirmek için etkilerini azaltmaya yönelik tedbirlerin alınmasından ibaret olabileceğini gözlemlemektedir. Bu bağlamda, felaketleri önleme yükümlülüğünün kapsamı, dolayısıyla esasen devletin, şiddetli ve beklenmedik şekilde gerçekleşen bu tür doğa olaylarıyla, yani depremlerle baş edebilme kapasitesini güçlendiren tedbirlerin alınmasından ibarettir.*” AİHM, M. Özel ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 14350/05, 15245/05 ve 16051/05, K.T. 17.11.2015, § 173.

⁵⁰ Bkz. aşağıda IV. B. 2. a).

⁵¹ AİHM, Erikson/İtalya, Başvuru No: 37900/97, K.T. 26.10.1999.

⁵² Bkz. aşağıda IV. B. 2. a).

⁵³ Bkz. yukarıda IV. A. 1.

özgürce seçemeyeceği daha açık bir ifade ile ırka, dine, dile, yaşa, cinsiyete ya da kökene dayalı tercihlerde bulunamayacağını kabulü gerekir.

b. Ex-post ve Önleyici Triyaj

AİHM'in triyaj ile ilgili hali hazırda bir kararının olmadığına yukarıda değinmiştik. Doktrinde bir görüş, AİHM'in yaşamın sonlandırılması ile ilgili kararlarının, *ex-post* triyaj durumları açısından Sözleşmeye uygunluğun tespiti için ölçüt olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır.⁵⁴ Ancak AİHM'in bir hastanın iyileşmesine olanak kalmadığı ve bu nedenle tıbbi desteğin kesilmesi ile ilgili bu kararlarının,⁵⁵ *ex-post* triyaj durumlarına uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Çünkü *ex-post* triyaj durumlarında hastanın kurtarılma ihtimali tamamen imkânsız değildir. Yukarıda belirtildiği gibi *ex-post* triyaj kararlarında⁵⁶ hastalar arasında triyajda esas alınabilir ölçütler çerçevesinde bir kıyaslama yapılmakta ve sonradan hastaneye gelen hastaya öncelik verilmektedir. Sağlık durumlarına bakılmaksızın tüm insanların hiçbir ayrıma tabi olmaksızın yaşam hakkına sahip oldukları hatırdta tutulacak olursa hastalığı ilerlemiş olan bir insanın yaşam hakkının, hastalığı daha hafif seyreden başka bir insanın yaşam hakkından daha değersiz olduğu düşünülemeyecektir. AİHS'nin insan onurunu temel alan mantığı düşünüldüğünde insanın ve insan yaşamının niteliksel ve niceliksel anlamda kıyasına izin veren *ex-post* triyaj kararlarının Sözleşme çerçevesinde korunabilir olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Benzer durumun aynı gerekçelerle önleyici triyaj kararları için de geçerli olduğu ileri sürülebilir.

B. Türk Hukuku

1. Genel Olarak

Bütün hak ve özgürlüklerin ön koşulunu⁵⁷ oluşturan yaşam hakkı, 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde yer almaktadır. Yaşam hakkı bu maddede herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına

⁵⁴ Dikran M. Zenginkuzucu, "Covid-19 (Koronavirüs) Salgını ve Yaşam Hakkı", TAAD (2021) 45, 339 vd.

⁵⁵ AİHM, bir hastanın iyileşme imkânının olmadığı için tıbbi desteğinin kesilmesi ile ilgili bazı kararlarında hastanın yaşam destek ünitesinden çekilebilmesi için (1) iç hukukta ve uygulamada AİHS 2. madde ile uyumlu bir düzenlemenin varlığını; (2) ilgili kişinin ve yakınlarının beyanlarının ve diğer tıbbi personelin görüşlerinin dikkate alınmış olmasını ve (3) hastanın yararına en iyi kararın alınabilmesi için mahkemelere başvurma olanağını da içeren üç aşamalı bir usulün izlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. AİHM, Lambert ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 46043/14, K.T. 05.06.2015, § 143. Diğer kararlar için bkz.AİHM, Hristozov ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 47039/11 ve 358/12, K.T. 29.04.2013; AİHM, Gard ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 39793/17, K.T. 03.07.2017.

⁵⁶ Bkz. yukarıda II. B.

⁵⁷ Bkz. yukarıda Dn. 44.



sahip olduğu şeklinde ortaya koyulmuştur. Buna ilaveten aynı maddede tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Bu hak Anayasa 15. maddesinde belirtildiği gibi savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi dokunulamaz ve/veya kısıtlanamaz.

Yaşam hakkının en önemli bileşeni olan sağlık hakkı,⁵⁸ özel olarak 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde koruma altına alınmıştır. Bu doğrultuda devlete; herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ödevleri yüklenmiştir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve aynı zamanda onları denetleyerek yerine getirir.

Ayrıca 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin⁵⁹ 13. ve 14. maddelerine göre bir cerrahi müdahale; tedavi, koruma ve bunların mümkün olmadığı durumlarda ızdırabı azaltmak veya dindirmeye çalışmak amacı taşımalıdır. Hekim; teşhis, tedavi ve koruma amaçlarının dışında hastanın isteği ile veya başka sebeplerle akli ve bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz. Aynı doğrultuda *Hasta Hakları Yönetmeliği*'nin 12. maddesi teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamayacağını ve yapılmasının talep dahi edilemeyeceğini öngörmektedir.

2. Triyaj Kararlarının Uygunluğu

a. Ex-ante Triyaj

Pandemi süresince uygulanması muhtemel *ex-ante* triyaj durumunda hekim, 5237 sayılı TCK'nın 83. maddesi 2. fıkrası anlamında garantör olarak tedavi etmekle yükümlü olduğu hastaların tümünün yaşamlarında meydana gelebilecek zararları önlemek zorundadır.⁶⁰ Fakat hekim, fiili imkânsızlık nedeni ile tedavi yükümlülüklerinin tümünü sağlık kaynaklarının yetersizliği sebebi ile yerine getirememektedir. Şöyle ki; hekimin hastalardan birisini fiilen

⁵⁸ Bkz. yukarıda Dn. 46.

⁵⁹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13.01.1960 tarihli ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 19.02.1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁰ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Mehmet Arslan, "Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Trijaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 3, 371.

kurtarması, diğlerinin ölümü ile sonuçlanacaktır. Ceza hukuku dogmatğinde buna *yükümlülüklerin çatışması* adı verilir.⁶¹ Yükümlülüklerin çatışması durumunda hekim, mevcut sağlık kaynaklarının kapasitesinin el verdiği ölçüde hastaya tedavi sunabilecektir. Sağlık kaynaklarının yetersiz olması durumunda, hekime hukuka aykırılık iddiasında bulunulamaz. Çünkü böylesi bir iddia hekimden imkânsız istemek anlamına gelecektir. Hukuken hiç kimse, mümkün olandan fazlasını gerçekleştirmekle yükümlü tutulamaz (*ultra posse nemo obligatur*).⁶²

Yükümlülüklerin çatışması durumunda hekim, hastalar arasında bir seçim yapmak zorundadır. Ceza hukuku açısından hekimin fiili olarak tedavi yükümlülüklerinden birini yerine getirmesi yeterlidir. Buradaki önemli nokta, ceza hukukunun hekimin bu tercihi ile ilgili bağlayıcı ya da en azından kabul edilebilir hiçbir ölçüt sunmuyor olmasıdır. Hekimin kararını hangi ölçüte göre verdiği yükümlülüklerin çatışması ilkesinin uygulanması noktasında bir önem taşımaz. Ceza hukuku bu aşamada “hukuk dışı” (örneğin ahlaki) ölçütlere kapı aralamaktadır. Bunun anlamı, hekimin ahlaki açıdan sorunlu ya da tamamen ahlak dışı ölçütlere göre (yaş, cinsiyet, ırk vs.) bir tercihte bulunuyor olmasının ceza hukuku açısından bir sorun teşkil etmeyeceğidir. Ceza hukuku açısından esas olan hekimin sadece bir tercihte bulunmuş olmasıdır. Başka bir ifade ile ceza hukukuna göre hekim, istediği hastayı seçebilir. Peki, böylesi bir anlayış anayasa hukuku açısından kabul edilebilir mi?

Yukarıda da değinildiği gibi pandemi durumunda sağlık kaynaklarının hasta sayısına oranla yetersiz kalması halinde ayrımcılık niteliği taşıyan uygulamaların gerçekleşmesi muhtemeldir. COVID-19 pandemisinde bazı ülkelerde gözlemlendiği gibi, pandeminin zirve yaptığı dönemlerde yoğun bakım ünitelerine kabullerde ya da solunum cihazlarına erişimde bazı hastalara öncelik tanınması gerekebilir. Bazı ülkelerde örneklerini gördüğümüz gibi,

⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/ Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, *Terazi Dergisi* (2010) 45 (5), 87–104; ayrıca Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi* (2013) 21 (8), 119–138. COVID-19 triyajı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Palsherm, “Triage und COVID-19” (n. 12), 547 vd.; Pia Lorenz, “Strafrechtler diskutieren über Triage: Wie entscheiden, wer sterben muss?”, *LTO v. 08.10.2020*, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-tagung-strafrecht-diskriminierung-alter-erfolgsaussicht-dringlichkeit-rechtfertigende-pflichtenkollision-ex-ante-ex-post/>>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2020; Elisa Hoven, “Die ‘Triage’-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft”, *JZ* (2020) 9, 449 vd.; Tatjana Hörnle, “Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten”, *VerfBlog v. 04.04.2020*, <<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>>, Erişim Tarihi: 04 Ocak 2021; Engländer und Zimmermann, “Rettungstötungen” (n. 14), 1400; Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 724; Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 404.

⁶² “*Sollen impliziert Können*” şeklinde özetlenen Immanuel Kant’ın “Pratik Akılın Eleştirisi” adlı eserinde ele aldığı etik ilkenin de benzer bir anlam taşıdığı söylenebilir. Jens Timmermann, “Sollen und Können”, *History of Philosophy and Logical Analysis* (2003) 6, 114.



sağlık hizmetinin sunulmasında toplumun bazı kesimlerini (yaşlı, kronik hasta vb.) kategorik olarak dışlayan uygulamaların, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile korunan eşitlik ilkesine aykırı olacağı kuşkusuzdur. Söz gelimi; ırkçı, etnik ayrımlara dayanan uygulamaların (örneğin sığınmacı, göçmen gibi vatandaş olmayanlara yoğun bakım hizmetinin sunulmaması gibi) ayrımcılık yasağı kuralı ile bağdaşacağı düşünülemez. Özetle yaş, sosyal statü, kronik/eşlik eden diğer hastalıklar ve sakatlıklar gibi⁶³ Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık teşkil edecek ölçütlerin *ex-ante* triyaj kararlarının tesisinde belirleyici rol oynamaması ve *ex-ante* triyaj kararlarının 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde ifadesini bulan ayrımcılık yasağı kuralına aykırı olmayacak şekilde verilmesi gerektiği söylenebilir.

Ayrıca yasa önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi devletin birtakım anayasal gerekliliklere uyma zorunluluğu olduğu düşünüldüğünde, sağlık kaynaklarının dağıtımı ile ilgili olarak hekimin hasta seçiminde tamamen özgür hareket edebileceğini söylemek mümkün olmayacaktır. Fakat bu sınırlama, hekimin kendisinin anayasal hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu türden bir yorumlama aynı zamanda hastanın anayasal hak ve özgürlüklerinin kural olarak hekimle olan özel hukuk ilişkilerinde hiçbir rol oynamadığı şeklinde de algılanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin konu ile aşağıdaki şu kararı aydınlatıcıdır:

“Bireylerin Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında bulunan temel haklara özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler sonucu bireylerin haklarının zarar gördüğü kimi durumlarda devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilir. Devletin bu tür haksız müdahalelere karşı bireylerin [...] hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir. Böylelikle Devlet, etkili bir iç hukuk yolu ihdas ederek adalet ve hakkaniyete uygun bir yargılama ortamı oluşturup üzerine düşen görevi yerine getirmiş olacaktır.”⁶⁴

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararı ışığında *ex-ante* triyaj durumlarında temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin göz önüne alınması

⁶³ Benzer görüş için bkz. Örnek Büken, “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular” (n. 10), 17 vd.

⁶⁴ AYM, Türkiye Emekliler Derneği Kararı, Başvuru No: 2012/1035, K.T. 17.7.2014, § 39. Benzer bir başka karar için AYM, Kamil İnce Kararı, Başvuru No: 2014/1167, K.T. 25.10.2017, § 34.

ve bu nedenle hekimin hasta seçiminde ayrımcılık yasağı hükümlerini dikkate alarak bir tercihte bulunması gerektiği söylenebilir. Bu takdirde akıllara şu soru gelebilir: Ayrımcılık yasağına aykırı bir *ex-ante* triyaj kararını alan ve/veya uygulayan bir sağlık görevlisinin cezai bir yaptırımla karşılaşması söz konusu olabilir mi? Bu soruya verilecek yanıt Anayasa'nın 38. maddesinde gizlidir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”. Anayasa'nın 38. maddesi ışığında, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin *ex-ante* triyaj durumunda ayrımcılık yasağını ihlal eden bir sağlık görevlisinin fiilinin cezalandırılmasını engelleyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Sağlık görevlilerinin pandemi durumunda sağlık kaynaklarının yetersizliği sebebi ile uygulamak zorunda kaldığı veya kalacağı *ex-ante* triyaj kararlarının cezai sorumluluklarının kapsamı ile ilgili ortaya çıkabilecek hukuksal sorunların çözümü, öncelikle triyaj uygulamaları bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin yapılması ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığının kontrolünü yapan ve uyulmaması halinde bu türden fiillere yaptırımlar öngören etkili bir koruma sisteminin tesisi ile mümkündür.⁶⁵ Bu türden hukuksal düzenlemelerin aynı zamanda *ex-ante* triyaj uygulamalarının net, şeffaf ve objektif değerlendirme ölçütlerine dayanmasına katkı sunacağı açıktır.⁶⁶

b. Ex-post Triyaj

Ex-post triyajın bütün sağlık kaynakları kullanımında olduğu için *ex-ante* triyaj durumundan farklılık gösterdiğini yukarıda değinmiştik.⁶⁷ *Ex-ante* triyaj kararlarında eşdeğerli tedavi yükümlülüklerinin yarışması ve bu sebeple en azından bir tedavi yükümlülüğünün yerine getirilememesi söz konusu iken; *ex-post* triyajda icrai bir yükümlülüğün (örn. *Hasta A'nın kurtarılması*) ihmali bir yükümlülük (örn. *Hasta A'nın solunum cihazından çekilmesi yoluyla Hasta B'nin ölümünü ihmâl etme*) ile yarışması söz konusudur. Genel kabul gören görüşe göre, yükümlülüklerin çatışması ilkesi sadece icrai yükümlülüklerin yarışması durumunda uygulanabilir olduğu için *ex-post* triyajda yükümlülüklerin çatışmasından kaynaklanan bir hukuka uygunluk halinin

⁶⁵ Almanya'da bu yönde bir tartışma için bkz. “Ethiker wünschen sich Parlamentsdebatte zur Triage”, *aerzteblatt.de* v. 06.11.2020, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/118137/Ethiker-wuenschen-sch-Parlamentsdebatte-zur-Triage> , Erişim Tarihi: 31 Aralık 2020); Hannes Leitlein, “Behandlung von Corona-Patienten: ‘Wir dürfen die Ärzte nicht alleinlassen’”, *Zeit Online* v. 04.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/behandlung-coronavirus-patienten-krankenhaeuser-triage-notfallmedizin-aerzte-annette-dufner?utmreferror=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>>, Erişim Tarihi: 31 Aralık 2020.

⁶⁶ Benzer bir öneri için bkz. Ercan Avcı, “Korona Virüsü Pandemisiyle (Covid-19) Mücadelede Sınırlı Kaynak Kullanımı”, *Liberal Perspektif Analiz* (2020) 15, 13 vd.

⁶⁷ Bkz. yukarıda II. B.



varlığından söz edilemez.⁶⁸ *Ex-ante* ve *ex-post* triyaj arasındaki bu farklılık, icrai ve ihmali eylemlerin doğası gereği birbirinden farklı olduğu kabulüne dayanır. *Ex-post* triyajda hekimin icrai (*Hasta A'yı kurtarmak ve Hasta B'yi öldürmek*) yükümlülüğünün ihmali (*Hasta A'yı kurtarmamak ve Hasta B'yi öldürmemek*) yükümlülüğü ile yarıştığını ve böylelikle *ex-ante* triyajda olduğu gibi, hekimin yükümlülüklerinden dilediği herhangi birini yerine getirerek cezai sorumluluktan kurtulacağını iddia etmek mümkün değildir. Hekimin icrai (*Hasta A'yı tedavi etme*) yükümlülüğü peki neden ihmali (*Hasta B'yi öldürmeme*) yükümlülüğüne eşdeğerde değildir? Bu soruya hukukun temelinde yer alan bir ilkeyi ile cevap vermek mümkündür. Bu ilke, “hiç kimseden başkasının yararına kendi yaşamını kurban etmesi beklenemez”⁶⁹ şeklinde özetlenebilir.⁷⁰ Söz konusu bu ilkeden yola çıkarak örneğin, hali hazırda solunum cihazına bağlı olan Hasta B'den, solunum cihazını alacak olan Hasta A yararına kendi yaşamından vazgeçmesinin beklenemeyeceği ileri sürülebilir. Ayrıca hukuk düzeninin bu türden bir öldürme fiiline izin vererek Hasta B'yi solunum cihazından vazgeçmeye bu şekilde zorlaması, insan onurunun korunması ve tüm insanların temelde eşit olduğu düşünceleri ile de bağdaşmayacaktır.⁷¹ Çünkü Hasta B'nin yaşamının Hasta A için kurban edilebileceğine dair bir kabul, Hasta A'nın yaşamının Hasta B'den bir şekilde daha değerli olduğu anlamına gelecektir.⁷²

⁶⁸ Palsherm, “Triage und COVID-19” (n. 12), 549 vd.; Lorenz, “Wie entscheiden, wer sterben muss (n. 60); Engländer und Zimmermann, “Rettungstötungen” (n. 14), 1401; Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 724 vd.; Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 405 vd.

⁶⁹ Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 724 vd.; Lindner und Schlögl-Flierl, “Triage bei COVID-19” (n. 14), 9 vd.

⁷⁰ Örneğin hiç kimsenin başkasını kurtarmak için kendisi için hayati önem taşıyan bir organını başlatmak zorunda bırakılmayacağı gibi. 29.5.1979 tarihli ve 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu*'nun 8. maddesi uyarınca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır.

⁷¹ Bu yönde bkz. Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 725. Bu nedenle ayrıca TCK 25. maddesi 2. fıkrasını dayanak göstererek *ex-post* triyajı kusurluluğu ortadan kaldıran haller arasında sayan görüşe katılmadığımızı belirtmek yerinde olacaktır. Bu görüş için bkz. Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları” (n. 60), 377.

⁷² Hukukumuzda korunan ve zarar verilen hak ve/veya değerlerin eşit olması durumunda zorunluluk halinin söz konusu olup olamayacağı ile ilgili doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Eşit değerde olabileceğine ilişkin bir görüş için bkz. Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007) 2 (9), 217. Yargıtay'ın görüşü ise mutlaka korunmak istenen hukuki değerlerin zarar verilene oranla önemli ölçüde üstün olması gerektiği yönündedir. Örnek niteliğinde bkz. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/19686, K. 2016/20393, K.T. 28.06.2016; Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E. 2012/1194, K. 2014/4909, K.T. 17.03.2014.

Ex-post triyaj uygulamasının hukuk sistemimizce korunamaz olduğu, aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan otonomiye (özerkliğe) saygı ilkesi ile de açıklanabilir. Buna göre herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir ve tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Ayrıca *ex-post* triyaj uygulamasının, sağlık hukukunun temel ilkeri arasında yer alan önce zarar vermeme (*primum non nocere*)⁷³ ve yarar sağlama ilkeleri ile ne ölçüde uyduğu da tartışmaya açıktır. Söz gelimi; Hasta B'nin sağlık hizmetinden yararlanan kişi statüsünün *ex-post* triyaj uygulaması adı altında rızası dışında elinden alınması, sadece kendisi için değil aynı zamanda toplumun geneli için sağlık sistemine olan güveni zedeleyecektir.⁷⁴

c. Önleyici Triyaj

Önleyici triyajda mevcut ve boş bulunan bir sağlık kaynağı, geleceği beklenen (kurtarılmaya ihtimali daha yüksek olan) başka bir hastaya verilebileceği düşünülerek hali hazırda bu sağlık kaynağına ihtiyaç duyan, sağlık kurumunda mevcut bulunan bir hastaya tahsis edilmemektedir. Bu anlamda hekimin somut olarak birbiri ile yarışan birden fazla tedavi yükümlülüğünün olduğunu ileri sürmek, önleyici triyaj açısından mümkün görünmemektedir.⁷⁵ Daha önce de belirtildiği gibi, hukuka uygunluk sebebi olarak yükümlülüklerin çatışması ilkesinin uygulanabilmesinin önkoşulu, her şeyden önce filli olarak birbiriyle yarışan birden fazla yükümlülüğün bulunmasıdır.⁷⁶ Bu nedenle önleyici triyaj kararlarının uygulandığı durumlar için yükümlülüklerin çatışması nedeni ile hukuka uygun olma halinden söz edilemez. Ayrıca *ex-post* triyajın hukuka aykırılığı için yaptığımız açıklamaların benzer bir akıl yürütme ile önleyici triyaj için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, özetle şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

1) Bu çalışmada ele alındığı gibi pandemi durumunda triyaj dendiğinde (acil servis triyajı bir kenarda bırakılacak olursa) yoğun bakım triyajı ile ilgili olası üç farklı triyaj kararı türünden söz etmek mümkündür. Bunlar *ex-ante*,

⁷³ Bu ilkeye ile amaçlanan müdahalenin olumlu sonuçlarının olumsuz sonuçlarına ağır basması ya da en azından belirli bir dengenin sağlanmasıdır. Erdem Aydın, "Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği", Erdem (2005) 44, 93.

⁷⁴ Bu düşünce *Hasta Hakları Yönetmeliği* Md. 5/d ile de örtüşmektedir: "Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz."

⁷⁵ Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 406 vd.; Palsherm, "Triage und COVID-19" (n. 12), 550.

⁷⁶ Bkz. yukarıda IV. B. 2. a).



ex-post ve önleyici triyaj olarak karşımıza çıkar. Triyaj kararları açısından bu şekilde bir sınıflandırmaya gitmek triyaj kararlarının hukuken birbirinden farklı hüküm ve sonuçlar doğurduğunu tartışabilmek adına zorunludur. Mevzuatımızda triyaj uygulaması ile ilgili hükümlere baktığımızda dikkat çeken ilk nokta, mevzuatımızın triyaj kararları arasında bir ayrıma gitmediği ve bu nedenle de ilgili hükümlerde yer alan triyaj tanımlamalarının, bu çalışmada incelenen triyaj kararlarından hangisini ve/veya hangilerini içerdiğinin (veya dışladığının) tespitini imkânsız kıldığıdır. Böylesi bir mevzuat eksikliği, triyaj uygulayıcıları açısından triyajın kapsamının belirlenmesini ve hukuki sınırlarının çizilebilmesini güçleştirmektedir. Triyaj uygulamasının yaşam ve sağlık hakkı gibi önemli temel hak ve özgürlüklerle olan yakın ilişkisi düşünüldüğünde bu türden hukuki eksikliklerin uygulamada ciddi sakıncalı sonuçlara neden olabileceğinin altını çizmek gerekir.

2) Gerek uluslararası ve bölgesel sözleşmeler gerekse ulusal düzenlemeler ile ilgili incelemelerimiz gösteriyor ki; pandemi durumunda triyaj uygulaması ancak *ex-ante* triyaj kararları çerçevesinde mümkündür. Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri dikkate alındığında sağlık görevlilerinin *ex-post* ve önleyici triyaj kararlarından kaynaklanan fiillerinin (örn. *Hasta A'nın yararına Hasta B'nin ekstübe edilmesi*) hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Başka bir ifade ile insan onurunun dokunulmazlığı ve yaşam ve sağlık hakkının korunması ilkeleri göz önüne alındığında *ex-post* ve önleyici triyaj uygulamalarının hukuk düzeni tarafından korunamayacağını söylemek mümkündür.

3) *Ex-ante* triyaj kararlarının uygulanmasında hukuki kesinliğin ve güvenilirliğin sağlanması ancak yasal bir düzenleme ile mümkündür:

a) Triyaj kaçınılmaz olduğunda hangi ölçütlerin esas alınması gerektiği ile ilgili karar idarenin ya da tıp alanında görev yapan demokratik meşruiyetten yoksun bir kurulun takdirine bırakılmamalıdır. Triyaj düzenlemelerinin hukuk devleti ve demokrasi ilkelerine uygunluğu, triyaj ölçütlerinin tespitinin demokratik anlamda hesap verebilen bir organ tarafından tesisi ile sağlanabilir. Yasa koyucunun triyaj konusunda bir düzenleme yapması aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşam hakkının sınırlandırılması için aranan yasa kaydı şartının da bir gereğidir.

b) Herkesin yaşam hakkına eşit bir şekilde sahip olduğunun ve insan onurunun dokunulmazlığının Anayasa tarafından güvence altına alındığı, triyaj kararlarının tesisinde göz ardı edilmemelidir. Bu anayasal güvencelerin olağanüstü durumlarda dahi geçerliliğini koruduğu unutulmamalıdır. Triyaj gibi yaşam hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri ile doğrudan ilgili uygulamaların hukuka uygunluğunu sağlama ödevi, sadece hekimlerin inisiyatifine bırakılmamalıdır. Bu nedenle triyaj uygulamalarının yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı gerekliliklerini taşıyabilmesinin hukuken garanti altına alınması, ancak bu konuda yasal bir düzenleme ile mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

Arın Namal, F. ve Alkan, E.: “COVID-19 Hastaları ve Etik: Hekimlere Triyaj Önerileri”, Demirhan Erdemir, Ayşegül (Ed.), *COVID-19 Pandemisi ve Etik* (1. Baskı, Türkiye Klinikleri, Ankara, 2021), 1–9.

Arslan, M.: “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Trijaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 3, 361–384.

Avcı, E.: “Korona Virüsü Pandemisiyle (Covid-19) Mücadelede Sınırlı Kaynak Kullanımı”, *Liberal Perspektif Analiz* (2020) 15, 1–18.

Aydın, E.: “Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği”, *Erdem* (2005) 44, 83–102.

Bacaksız, P.: “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi* (2013) 21 (8), 119–138.

Brech, A.: *Triage im Recht* (Duncker & Humblot, Berlin, 2008).

Elbaih, A. H.: “Different Types of Triage”, *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi* (2017) 26 (4), 441–467.

Engländer, A. und Zimmermann, T.: “‘Rettungstötungen’ in der Corona-Krise?”, *NJW* (2020), 1398–1402.

Hoven, E.: “Die ‘Triage’-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft”, *JZ* (2020) 9, 449–454.

Hörnle, T.: “Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten”, *VerfBlog* v. 04.04.2020, <<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>>, Erişim Tarihi: 04 Ocak 2021

Karan, U.: “Yaşama Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013), 115–136.

Leitlein, H.: “Behandlung von Corona-Patienten: ‘Wir dürfen die Ärzte nicht alleinlassen’”, *Zeit Online* v. 4.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/behandlung-coronavirus-patienten-krankenhaeuser-triage-notfallmedizin-aerzte-annette-dufner?utmreferror=https%3A%2F2Fwww.google.com%2F>>, Erişim Tarihi: 31 Aralık 2020.

Lindner, J. F.: “Die ‘Triage’ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte”, *MedR* (2020) 38, 723–728.

Lindner, J. F. und Schlögl-Flierl, K.: “Triage bei COVID-19 – Zur Allokation knapper Rettungsmittel aus ethischer und rechtlicher Perspektive”, *ZIG-Essay* (2020) 2, 1–17.



Lorenz, P.: “Strafrechtler diskutieren über Triage: Wie entscheiden, wer sterben muss?”, LTO v. 08.10.2020, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-tagung-strafrecht-diskriminierung-alter-erfolgssaussicht-dringlichkeit-rechtfertigende-pflichtenkollision-ex-ante-ex-post/>>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2020.

Lübbe, W.: “Corona-Triage”, VerfBlog v. 15.03.2020, <<https://verfassungsblog.de/corona-triage/>>, Erişim Tarihi: 19 Aralık 2020.

Merkel, R. und Augsberg, S.: “Die Tragik der Triage: straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen”, JZ (2020) 14, 704–714.

Örnek Büken, N.: “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular”, Sağlık ve Toplum (2020), 15–26.

Özbek, V. Ö. ve Koray D.: “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007) 2 (9), 195–222.

Palsherm, I.: “Triage und COVID-19”, GesR (2020) 9, 545–551.

Rönnau, T. und Wegner, K.: “Grundwissen – Strafrecht: Triage”, JuS (2020) 5, 403–407.

Selçuk, S.: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/ Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, Terazî Dergisi (2010) 45 (5), 87–104.

Taupitz, J.: “Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?”, MedR (2020) 38, 1–11.

Timmermann, J.: “Sollen und Können”, History of Philosophy and Logical Analysis (2003) 6, 113–122.

Walter, T.: “Corona-Krise: Lasst das Los entscheiden!”, Zeit Online v. 02.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht>>, Erişim Tarihi: 04 Mart 2021.

Yılmaz, K.: *Defansif Tıp* (Seçkin, Ankara, 2014).

Zenginkuzucu, D. M.: “Covid-19 (Koronavirüs) Salgını ve Yaşam Hakkı”, TAAD (2021) 45, 327–354.

Zimmermann, T.: “Wer stirbt zuerst?”, LTO v. 23.03.2020, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhausentscheidung-auswahl/>>, Erişim Tarihi: 05 Ocak 2021.

TANIK LİSTESİ SUNULMASI

Witness List Presentation

Mehmet TURAN *

Özet

Çalışmada, uygulamada sıklıkla başvuru delillerin başında gelen tanık deliline usulüne uygun şekilde dayanmak için neler yapılması gerektiği incelenmektedir. Nitekim tanık delili en sık başvuru delillerin başında gelmekte olup birçok davanın aydınlatılması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Özellikle taraflarca getirilme ilkesinin hakim olduğu davalarda tarafların dayandıkları delillerin açıkça belirli olması ve delil sunma süresinin yargılamanın belirli bir aşamasına kadar sınırlandırılması, tarafların delillerini ve bu kapsamda tanık delilini hangi aşamaya kadar sunabilecekleri sorusunu akla getirmektedir. Bu kapsamda tanık deliline dilekçelerde açıkça dayanmak gerektiği, dilekçeler aşamasında delil olarak tanık deliline dayanmayan tarafa mahkemece delil göstermek için verilen sürenin sonuç doğurmayacağı üzerinde durulmaktadır. Zira Yargıtay kararlarında sıklıkla değinildiği üzere taraflarca dayanılmayan delilin sunulması için mahkeme tarafından verilen sürenin bir önemi bulunmamaktadır. Tanık deliline dayanan tarafın bu kapsamda dinleteceği tanıkların isim ve adreslerini bildirir listenin mahkemeye sunulması üzerinde durulduktan sonra ikinci tanık listesi verme yasağı, bu yasağın kamu düzeninden oluşu ve bu yasağın istisnalarına uygulamadaki durum ve öğretideki görüşler aktarılacak suretiyle değinilmektedir. Çalışmada özellikle 6100 Sayılı Kanunda 22/07/2020 Tarih ve 7251 Sayılı Kanun ile meydana gelen değişikliklerin tanık listesi sunma süresi bakımından etkisinin ne olduğu incelenerek bu değişiklikler kapsamında taraflara tanık listesi sunmak için verilecek sürenin ön inceleme duruşma davetiyesi aşamasına çekilmesinde herhangi bir sakınca olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tanık, tanık listesi, takdiri delil, kesin süre, ıslah, ön inceleme.

Abstract

In this article ,what needs to be done to properly rely on witness evidence, which is one of the most frequently used evidence in practice, will be examined. As a matter of fact, witness evidence is one of the most frequently used evidence and it is very important in terms of clarifying many cases. Particularly in cases where the principle of being brought by the parties prevails, the evidence on which the parties rely is clearly defined and the period of presenting evidence is limited to a certain stage of the trial raises the evidence of the parties. And In this context, it raises the question of how far they can present the witness evidence. In this context, it will be emphasized that it is necessary to rely on witness evidence explicitly and that the time given to show evidence to the

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Öğrencisi, turan,mehmet@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0001-6550-3491>



party that does not rely on witness evidence will not have any results. Because, as it is often mentioned in the decisions of the Supreme Court, the time given by the court to present the evidence that is not based on by the parties is of no importance. After emphasizing the submission to the court of the list stating the names and addresses of the witnesses to be heard by the party relying on the witness evidence in this context, the prohibition of giving a second witness list, the fact that this prohibition is in public order and the exceptions to this prohibition, are mentioned by conveying the views in practice and the doctrine. In this research, especially in the law number 6100, by examining the effect of the changes made with the law number 7251 dated 22/07/2020 in terms of the period of submitting witness list, within the scope of these alterations, it has been tried to point out that there is no obstacle in drawing the time to be given to the parties to submit a list of witnesses to the pre-examination hearing invitation stage.

Key Words: Witness, witness list, discretionary evidence, certain time, correction, pre-examination.

GİRİŞ

Tanık delili 6100 sayılı HMK’nda takdiri deliller arasında düzenlenen delillerdendir. Tanık delili, uygulamada en sık başvurulanan takdiri deliller’ arasındadır. Özellikle boşanma davaları, irade sakatlığı ve işçi alacakları nedeniyle açılacak davalarda tanık delili oldukça önem arz etmektedir.

Hukuk yargılamasında geçerli olan taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) gereği tarafların tanık dinletebilmesi için sadece tanık deliline dayanması yeterli olmamakta; bunun yanında tarafın kimleri tanık olarak dinleteceğini de mahkemeye bildirmesi gerekmektedir. İşte tarafların kimleri tanık olarak dinleteceğini belirtmek için mahkemeye sunduğu bu dilekçeye tanık listesi denilmektedir. Tanık listesi ile tanık olarak dinletilecek kişilerin kimlik ve adres bilgileri mahkemeye verilerek ilgili kişilerin mahkeme aracılığı ile dinlenmesi sağlanmaktadır.

Çalışmada öncelikle tanık delilinin ne olduğu üzerinde kısaca durulduktan sonra tarafların usulüne uygun şekilde tanık deliline dayanmış kabul edilebilmeleri için ne şekilde bir yol izlemeleri gerektiği öğreti ve uygulamadan örnekler ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Daha sonra usulüne uygun şekilde tanık listesi sunma esaslarına değinilerek duruşmada hazır bulunan tanıkların dinlenilmesi ve bu kapsamda ikinci tanık listesi verme yasağı ve bu yasağın istisnaları üzerinde durularak bu hususta öğreti ve uygulamadaki görüşlere yer verilmektedir. Ayrıca 6100 sayılı HMK’ nun 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı yasa ile değişiklik geçiren hükümlerinin tanık listesi verme süresine etkisi değerlendirilmeye çalışılmıştır.

¹ Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 869; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, s. 422.

I. TANIK DELİLİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Hukukumuzda deliller kendi içlerinde kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmıştır². Kesin deliller, dava konusu olayın ya da hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu ortaya koyan ve bu kapsamda hakime takdir hakkı bırakmayan ispat vasıtalarıdır³. Yani hakim kesin delilin olduğu durumlarda bu delil ile bağlı olup kanaati farklı yönde olsa bile ilgili delile göre karar vermek zorundadır. Takdiri deliller ise dava konusu olay ya da hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu ispata yarayan vasıtalar olmakla birlikte bu hususu kesin olarak ortaya koyamayan, ancak hakimde bu yönde kanaat uyandıran delillerdir. Başka bir söyleyişle kesin delilin söz konusu olduğu takdirde eğer bu kesin delilin aksini gösterir şekilde başka bir kesin delil mevcut değilse hakim kesin delilin gereğini yapmakla yükümlüdür. Yani kesin delilin ortaya koyduğu vakıya ya da hukuki ilişkinin varlığını kabul etmek zorundadır. Ancak takdiri delilin söz konusu olduğu durumlarda hakim ilgili olay ya da hukuki ilişkinin o takdiri delil ile ispatlanıp ispatlanmadığı konusunda takdir hakkı bulunmaktadır⁴. Tabi ki buradaki takdir hakkı keyfilik anlamına gelmemekte; hakim, hangi delile neden üstünlük tanıdığını gerekçelendirmek zorundadır.

Hukuk sistemimizde deliller arasında en yaygın olarak başvuru delillerin başında tanık delili gelmektedir. Tanık, dava konusu olay ya da hukuki ilişki hakkında davanın tarafı dışında görgü ya da bilgisi olan üçüncü kişidir. Tanıklık ise tanığın dava konusu olay ya da hukuki ilişki hakkında tanığın görgü ya da bilgisini mahkeme huzurunda aktarmasıdır⁵. Bahsedildiği üzere tanık davanın tarafı değil üçüncü kişidir⁶. Dolayısı ile davanın tarafı olan kişilerin tanık olarak dinlenmeleri mümkün değildir. Nitekim bu husus 6100 sayılı HMK 240/I. maddesinde “*Davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilir.*” şeklinde düzenlenmektedir.

II. TANIK DELİLİNE DAYANILMASI

HMK m.24 ve devamında yargılamaya hakim olan ilkeleri düzenlemiştir. Bu ilkelerin en önemlilerinden biri m. 25’te düzenlenen taraflarca getirilme ilkesidir. Söz konusu maddenin 2’ inci fıkrası “*Kanunla belirtilen haller dışında hakim kendiliğinden delil toplayamaz*” düzenlemesini haizdir. Bu husus

² Kesin deliller: Senet, maddi anlamda kesin hüküm ve yemin; takdiri deliller ise tanık beyanı, bilirkişi incelemesi, keşiftir.

³ Tanrıver, s.827; Pekcanitez, Medeni Usul Hukuku, 15.B, İstanbul 2017, s.1736

⁴ Tanrıver, s. 827.

⁵ Tanrıver, s.869; Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s.48; Meltem, TAAD, Yıl:9, Sayı:34 (Nisan 2018), Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme, s. 61-73; Kuru/ Arslan/ Yılmaz s.415; Kamercan, Fatih: Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara Barosu Dergisi, Ekim 2018, s.154.

⁶ Tanrıver, s.869; Kuru/ Arslan/ Yılmaz s.415; Akil / Özler-Ercan, s. 61-73.



tarafarca getirilme ilkesinin doğal bir sonucudur. Zira hukuk yargılamamızda istisnai haller dışında mahkemenin görevi, maddi gerçeğe ulaşmakla birlikte, özellikle tarafarca getirilme ilkesi gereği ve kanunun mahkemenin yetkisini sınırlandırması gereği belli kurallara bağlı olarak, bu kurallar dahilinde maddi gerçeğe ulaşmaya çalışmaktır. Hukuk sistemimizde ceza muhakemesi hukuku ve medeni usul hukuku şeklinde iki alanın olması bu iki alanın amaçlarının farklı olacağı anlamına gelmemektedir. Her iki hukuk alanının da amacı asıl olarak gerçeğe ulaşmaktır. Tabii olarak bu alanlar arasında gerçeğe ulaşma bakımından yöntem farklılıkları olacaktır⁷. Hukuk sistemimizde kural olarak tarafarca getirilme ilkesi hakim olduğundan tarafarca ileri sürülmeyen bir vakıya ya da hukuki ilişki mahkemece resen nazara alınamayacağı gibi tarafarca gösterilmeyen bir delilin de mahkemece resen toplanmasına imkan bulunmamaktadır.

HMK m. 119/1-(f)' de iddia edilen her vakıanın hangi delille ispat edileceğinin gösterilmesini düzenlemiştir. Benzer husus cevap dilekçesinin içeriği ile ilgili olan HMK m. 129/1-(e)'de de bulunmaktadır.

HMK'nda, dava ve cevap dilekçesinin içeriği ile ilgili bu düzenlemeler de tarafarca getirilme ilkesinin bir sonucudur. Zira HMK m. 25 gereğince hakim kendiliğinden delil toplayamayacağı için tarafların, ileri sürdükleri vakıaların hangi delille ispatlayacaklarını dilekçeleri ile bildirmeleri gerekmektedir.

HMK'na göre dava, dava dilekçesinin kaydedilmesi ile açılır (HMK m. 118/1). Dava dilekçesinin içeriğinin ne şekilde olması gerektiği ve neleri içermesi gerektiği m. 119'da hüküm altına alınmıştır. Davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaların hangi delille ispatlayacağını dava dilekçesinin deliller kısmında bildirmesi gerekmektedir. Aynı husus cevap dilekçesi veren davalı taraf için de geçerlidir.

Hukuk sistemimizde yazılı yargılama ve basit yargılama usulü olmak üzere iki yargılama usulü bulunmaktadır. Bu yargılama usulleri arasındaki en bariz fark, yazılı yargılama usulünde tarafların ikişer dilekçe verme hakkı bulunmasına rağmen basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesi olmak üzere birer dilekçe verme hakları bulunmasıdır. Bunun anlamı, yazılı yargılama usulünde tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile delil bildirme imkanları olmasına rağmen basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesinin verilmesi ile bu haklarının ortadan kalmış olacağıdır.

Bu durum iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ile ilgilidir. HMK, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia ve savunmalarını genişletip değiştirebileceklerini düzenlenmiştir. Taraflar bu dilekçeler ile iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirip genişletebileceği gibi dayanmış oldukları delilleri de serbestçe genişletip değiştirebileceklerdir.

⁷ Tanrıver, s.126

Dilekçeler teatisi aşamasından sonra ise yeni delil sunma imkanı ancak karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah⁸ ile mümkün olacaktır. Öğretide de ağırlıklı görüş ıslah ile yeni delil sunulabileceği yönündedir. Öğretide birtakım yazarlar ıslah ile yeni delil sunulabilmesi için ıslah kapsamında davaya yeni bir vakıa eklenmesini ön şart olarak aramaktadırlar. Başka bir söyleyişle ıslah ile davaya yeni bir vakıa ekleyen tarafın eklediği bu vakıa ile ilgili olarak yeni delil bildirmesi mümkündür. Ancak ıslah ile yeni vakıa eklenmeksizin mevcut dava dosyasında delil bildirmek için öngörülen sürelerin kaçırılması yahut delile dayanılmaması nedeni ile delil bildirilemediği hallerde bu sürelerin aşılması ıslah ile yeni delil bildirilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar⁹. Öğretideki bir diğer görüş ıslahın iddia ve savunmanın genişletilmesi yasası ve bu kapsamda tarafların ileri sürdükleri veya ileri sürmeyi ihmal ettikleri hususlar ile ilgili olduğunu ve bu nedenle ıslah ile yeni delil ve bu anlamda tanık sunulamayacağını savunmaktadır¹⁰. Bu görüş, m.145 hükmünün emredici nitelikte olması nedeni ile süreler geçtikten sonra delil gösterilmesinin mümkün olmadığı, yeni delil sunma imkanının istisnai olarak m. 145 hükmünde tanındığını bu nedenle tarafın koşulları varsa yeni delili ancak HMK m. 145 hükmü uyarınca sunabileceğini belirtmektedir. Öğretideki bir diğer görüş göre ise ıslahın taraf usul işlemlerinin kısmen veya tamamen değiştirilmesine imkan veren bir hukuki kurum olması nedeni ile ıslah ile yeni delil sunulması mümkündür¹¹. Kanımızca, kanunda ıslahın açıkça taraf usul işlemleri ile ilgili başvurulmuş bir hukuki imkan olarak düzenlenmesi ve delil gösterme işleminin de bir taraf usul işlemi olması nedeni ile ıslah ile yeni delil sunulmasının mümkün olduğunu yönündeki görüş daha isabetlidir. Zira HMK m.145 hükmü

⁸ “Oysa, 6100 sayılı HMK’nın 176. ve 177/1. maddelerinde, davanın her iki tarafının da, yargılama usulüyle ilgili bir işlemi bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen ıslah edebileceği ve ıslahın tahkikata tabi olan davalarda tahkikatın bitimine kadar yapılabileceği belirtilmiştir. Taraflarca delil listesinin sunulması işlemi de yargılama usulüyle ilgili bir işlem olup, ıslah ile değiştirilmesi mümkündür. Diğer bir söyleyişle ıslah, iyiniyetli tarafın, davayı açtıktan veya kendisine karşı bir dava açıldıktan sonra öğrendiği olgularla ilgili yanlışlıkları düzeltmesine, eksiklikleri tamamlamasına, bu çerçevede yeni deliller sunabilmesine olanak sağlayan bir kurumdur. (YİBK, 04.02.1948 gün ve E:1944/10, K:1948/3) Bu durumda, mahkemece, ıslah talebi kabul edilerek sunulan deliller değerlendirildikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD T. 29/12/2016, E. 2015/11858, K. 2016/9302.

⁹ Pekcanitez, Usul, s.1516;

¹⁰ Erdönmez, Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD Eylül-Ekim 2013, C.LXXXVII, S.5, s.44.; Bolayır Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Tarafların ve Hakimlerin Rolü, Aralık 2013, s.280; Tanrıver, s. 730

¹¹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz s. 539; Yılmaz, Islah, 4.B, Ankara 2013, s.413-414; Postacıoğlu/Altay, s. 539-540, Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s.523; Eroğlu, Orhan, Islah, 4B, Ankara 2021, s.200-201; Tulumlu, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, 5.B, Ankara 2021, s.160-162



her ne kadar emredici nitelikte olsa da gerek kanunun ıslahla yapılamayacak işlemler bakımından yeni delil sunulmasını saymaması gerekse ıslahın taraf usul işlemlerini değiştiren veya genişleten bir kurum olması ve delil sunma işleminin de bir taraf usul işlemi olması dikkate alındığında HMK m. 145'in delil sunma süresi bakımından emredici niteliğinin ıslah ile aşılabileceğini düşünüyoruz. Yine HMK 145. maddesine göre sonradan delil gösterilmesi için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysa süresinde delil ileri sürülebilmesi tamamen tarafın hatasından da kaynaklanıyor olabilir. İşte taraf usul işlemlerinin kısmen veya tamamen değiştirilmesine olanak tanıyan ıslah kurumunun delil sunma bakımından uygulanacağını düşünmenin önünde yasal bir engel bulunmadığını düşünüyoruz. Nitekim kanun koyucu ıslah ile yapılamayan işlemleri saymak sureti ile de bu hususu zımnen kabul etmiştir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında ıslah ile yeni delil sunulmasının mümkün olduğuna dikkat çekmiştir¹². Bu durumun aksinin kabulü davanın tamamen ıslah ile tarafın yaptığı bütün usul işlemlerini geçersiz kılmasına olanak sağlayan ıslah kurumunun delil sunma imkanı vermeyeceğini kabul etmek anlamına gelir ki bu hususun da çelişkili olacağını düşünüyoruz. Burada taraflarca tanık daha önceden tanık listesi sunulması halinde ıslah ile yeniden tanık bildirilmesi mümkün değildir. Ancak bu husus ıslah ile yeni delil bildirilmesi ile değil; ıslah ile dahi ikinci tanık listesi verilemeyeceğine ilişkin kural ile alakalıdır.

HMK m.141'in 22/07/2020 tarihli yasa ile değişiklikten önceki halinde taraflardan birinin usulüne uygun şekilde ön inceleme duruşmasına davet edilmesine rağmen mazeret bildirmeden gelmemesi halinde hazır olan tarafın karşı tarafın muvafakati olmaksızın ve iddianın ve savunmanın genişletilmesine yasağına tabi olmaksızın iddia ve savunmasını değiştirip genişletilebileceği düzenleniyordu. Bu da aynı şekilde taraflardan birinin usulüne uygun şekilde ön inceleme duruşmasına davet edilmesine rağmen mazeret bildirmeden gelmemesi halinde hazır olan tarafın karşı tarafın muvafakatine gerek olmaksızın yeni vakıa ileri sürebilmesi, ileri sürdüğü vakıaları değiştirebilmesi ve bu kapsamda delil sunabilmesi anlamına geliyordu. Öğretide de usulüne uygun şekilde davet edilmesine rağmen ön inceleme

¹² “Dava, haksız rekabetin tespiti, men’i ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili, 20.07.2015 tarihli dilekçesi ile yeni delil sunmak için ıslah talebinde bulunmuştur. Mahkemece, yeni delil sunmanın ıslaha konu olamayacağından bahisle ıslah talebi reddedilerek, ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, 6100 sayılı HMK’nın 176. ve 177/1. maddelerinde, davanın her iki tarafının da, yargılama usulüyle ilgili bir işlemi bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen ıslah edebileceği ve ıslahın tahkikata tabi olan davalarda tahkikatın bitimine kadar yapılabileceği belirtilmiştir. Taraflarca delil listesinin sunulması işlemi de yargılama usulüyle ilgili bir işlem olup, ıslah ile değiştirilmesi mümkündür.” Yargıtay 11. HD, 05/02/2016 T, 2015/11858 E., 2016/9302 K.; Yargıtay 2. HD, 22.01.2018 T., 2016/10087 E., 2018/916 K.

duruşmasına gelmeyen tarafın yokluğunda yeni delil sunulabilmesi için öncelikle iddia ve savunmanın bu kapsamda genişletilmesi veya değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³. Başka bir söyleyişle taraf iddia ve savunmasını genişletmeksizin aynı vakıalara ilişkin olarak HMK m. 141 kapsamında karşı tarafın yokluğunda yeni delil ileri süremez¹⁴. Burada koşulları varsa HMK m.145 hükmünden yararlanılabilir¹⁵. Islah kurumundan farklı olarak HMK m. 141 hükmünde tarafların bütün usulü işlemlerinin değil sadece iddia ve savunmalarının genişletilip değiştirilmesinden bahsedildiği için ıslah ile yeni delil sunulabilmesinin aksine biz de tarafın yeni vakıa ileri sürülmesizin yeni delil göstermesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Ancak söz konusu düzenleme 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı yasa ile değiştirilmiş daha doğrusu madde metninde yer alan “Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir.” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Bu suretle tarafların iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağına tabi olmaksızın iddialarını ileri sürebilmeleri dilekçeler aşaması ile sınırlandırılmıştır. Yani artık tarafın ön inceleme duruşmasında iddia ve savunmasını serbestçe genişletme ya da değiştirme ve bu kapsamda yeni delil sunma hakkı bulunmamaktadır.

Açıklanmaya çalışıldığı üzere dilekçeler aşamasında bildirilmeyen delilin ileri sürülmesi için ya karşı tarafın bu duruma açıkça muvafakat etmesi gerekmektedir ki buna uygulamada rastlanılması pek mümkün değildir; ya da delil sunmak isteyen tarafın ıslah kurumuna başvurması gerekmektedir.

Islah, taraf usulü işlemlerinin kısmen veya tamamen genişletilmesine ya da değiştirilmesine imkan veren bir usul hukuku kurumudur¹⁶. HMK m.176 “*Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir.*” demek sureti ile bu hususu açıkça belirtmiştir. İşte ıslah, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının istisnalarından olup taraflara bir kereye mahsus olmak üzere kendi usul işlemlerini değiştirme ya da genişletme ve yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere bu anlamda yeni delil sunma imkanı vermektedir¹⁷.

¹³ Erdönmez, s.34

¹⁴ Tanrıver, s.810

¹⁵ Tanrıver, s.811

¹⁶ Islah hakkında detaylı bilgi için bkz. Tulumlu, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, Eroğlu, Orhan, Islah, 4B, Ankara 2021, Tulumlu, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, 5.B, Ankara 2021, Ankara-2019, Güney Erhan, Usul Hukukunda Islah, Ankara-2021; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuk Cilt 1, Ankara 2016; Yılmaz, Ejder, Islah, 4.B, Ankara 2013.

¹⁷ Tulumlu, Mehmet Akif, Delillerin Gösterilmesinde Islah, Terazi Hukuk Dergisi, S:105, Mayıs 2015, s.110-110



Burada üzerinde durulması gereken başka bir husus ise cevap dilekçesi vermeyen tarafın ıslah ile yeni delil sunma imkanının bulunup bulunmadığıdır. Süresi içerisinde cevap dilekçesi vermeyen taraf dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaların tamamını inkar etmiş sayılır(m.128). Davalının süresi içerisinde cevap dilekçesi vermemesine rağmen inkar kapsamında delil sunup sunamayacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında bu hususu ayrıntılı olarak incelemiştir¹⁸. Bu karara göre süresi içerisinde davaya cevap vermeyen davalıya delil sunmak için süre verilmesi mümkün değildir. Öğretide cevap dilekçesi vermeyen tarafın inkar kapsamında savunma yapabileceği ve bu kapsamda delil sunabileceği görüşünde olanlar vardır¹⁹. Hatta bir görüşe göre cevap dilekçesi veren ve vermiş olduğu cevap dilekçesinde sadece davacının iddia ettiği vakıaları inkar etmekle yetinen ve bu dilekçesinde dayandığı delilleri ileri sürmesine imkan tanınan davalı ile cevap dilekçesi vermeyen ve kanun gereği davacının ileri sürdüğü tüm vakıaları inkar etmiş sayılan davalı arasında farklı uygulama yapmak Anayasal hukuki dinlenilme hakkının anlamına gelmektedir²⁰. Bize

¹⁸ YHGK, 20.04.2016 T., 2014/2-695 E., 2016/522 K. “Görüldüğü üzere, 6100 sayılı HMK’nın sistematigi içinde; tahkikat aşamasına geçilmezden evvel tarafların uyuşmazlık konularının ve bu uyuşmazlıkların çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin en başında belirlenerek tahkikatın etkin bir şekilde yapılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan hususların özetlenmesi gerekirse; AİHS’nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılamanın etkin ve makul bir süre içinde bitirilmesi için 6100 sayılı HMK’da düzenlemelere yer verilmiş olup, bu bağlamda delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir. Tarafların, Kanunda belirtilen bu sürelerden sonra delil gösterebilmeleri ancak iki yasa maddesinde belirtilen hallerle sınırlıdır. Onlar da; iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesini düzenleyen 141. madde ile sonradan delil gösterilmesinin hüküm altına alındığı 145. maddedeki durumlardır. Bu açıklamalar ışında somut olay incelendiğinde; davalının cevap dilekçesi vermediği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Dava dilekçesinin usule uygun ihtar içerir şekilde tebliğinden sonra iki haftalık süre içerisinde delillerini bildirmeyen davalının sonradan delil gösterebilmesi için HMK’nın 145. maddesinde belirtilen istisnai hallerin mevcudiyeti de somut olayda ileri sürülmüş değildir. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesini düzenleyen 141. madde koşulları da oluşmamıştır. Kaldı ki somut olayda davalı, cevap ve delil bildirmek için mehil talebini 18.09.2012 tarihli ön inceleme duruşmasından sonra tahkikat aşamasında 02.11.2012 tarihli duruşmada ileri sürmüştür. Bu durumda; dava dilekçesinin davalıya 31.05.2012 tarihinde usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesinden sonra süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmediğinden savunmanın dayanağı olarak süresinde ileri sürülen bir delil (HMK. m. 129/1-e) bulunmadığından yerel mahkemenin davalıya delil göstermesi için süre vermesine yasal olarak imkân bulunmadığının kabulü gerekir.”

¹⁹ Pekcanitez, s.1206; Tutumlu, Mehmet Akif; Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil Gösterme Hakkı Düşer mi? Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C:11, S:120, Ağustos 2016, (s.134-138); Akil, Cenk, Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil İleri Sürüp Süremeyeceği Meselesi, TAAD, S:48 ,Ekim 2021, s.3.

²⁰ Aras, Aslı, Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Hukuki Sonuçları, DEÜHFD, Prof Dr Şeref Ertay’a Armağan, C.9, Özel Sayı-2017,(s.1927-1952), s.1938.

göre de her ne kadar cevap dilekçesi vermeyen tarafa delil sunmak için yeni süre verilmemesi yönündeki uygulama usul ekonomisi ilkesi de nazara alındığında yerinde ise de tarafa bu anlamda süre verilmeksizin tarafın inkar kapsamında sunduğu delillerin toplanmasına ve bu kapsamda değerlendirilmesine imkan tanımının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle davalıya delil sunmak için süre verilmese de söz gelimi davalının süresinden sonra vermiş olduğu cevap dilekçesinde bildirdiği delillerin inkar kapsamında toplanması gerekmektedir²¹. Yargıtay da HGK kararından sonra vermiş olduğu bir kararında cevap dilekçesi vermeyen tarafın inkar kapsamındaki delillerinin toplanması yönünde karar vermiştir²².

İslah kurumu yukarıda açıklandığı üzere tarafların yapmış oldukları usulü işlemleri kısmen veya tamamen değiştirme ya da genişletme imkanı veren bir kurumdur. Cevap dilekçesi vermeyen tarafın ıslahla cevap dilekçesi veremeyeceğine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak cevap dilekçesi ise davalı tarafın davadaki ilk usul işlemidir. Bu nedenle cevap dilekçesi vermeyen tarafın yapmış olduğu bir usul işlemi olmadığı için bu usul işleminin değiştirilmesinden de söz edilemeyecektir. Yani cevap dilekçesi vermeyen tarafın ıslah yolu ile cevap dilekçesi vermesi mümkün değildir. Yargıtay da cevap dilekçesi vermeyen tarafın ıslah yoluna başvuramayacağı yönünde karar vermektedir²³. Öğretide ise birtakım yazarlar tarafından davalının süresi içerisinde cevap dilekçesi vermemesi halinde ıslah yolu ile cevap dilekçesi verebileceği daha doğru bir söyleyişle cevap dilekçesi vermeyen davalının karşı tarafın muvafakati veya ıslah ile savunmasını genişletebileceği, genişlettiği bu savunması kapsamında yeni vakıalar ileri sürebileceği ve bu vakıalara bağlı olarak yeni delil sunabileceği savunulmuştur²⁴.

HMK m. 119-129 arasında tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini dilekçelerinde bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus, dilekçelerde bahsedilen delilin açıkça belirtilmesi gerekip gerekmediğidir. HMK gerek

²¹ Eroğlu, Orhan, Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap ve Cevap Dilekçesi Vermemenin Sonuçları, ABD, 2018/2, (s.25-68), s.56

²² Yargıtay 23. HD, 13.06.2016 T., 2015/6311 E., 2016/3588 K.” Somut olayda, davalı tarafça, davacının da geldiği ön inceleme duruşmasında ilk kez sunulan cevap dilekçesinin deliller bölümünde takip dayanağı faturaların e-mail yoluyla kendilerine gönderildiği savunulup, cevabi ihtarname örneğinin eklendiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, davalı tarafça anılan aşamada inkâr kapsamında dayanılan ve bildirilen deliller toplanıp, değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde, yanılgılı gerekçeyle karar verilmesi doğru olmamıştır.”

²³ “Davalı, davaya cevap vermemiş ise, sonradan vereceği ıslah dilekçesi ile davaya cevap veremez. Çünkü, ortada daha önce yapılmış bir usul işlemi yoktur.” Yargıtay 9. HD T. 16/03/2015, E. 2015/5517, K. 2015/10485.

²⁴ “Aras, s. 1942; Kuru/ Arslan/ Yılmaz s.318., Pekcanitez, s. 1207



dilekçelerin içeriğini düzenleyen 119 ve 129. maddelerinde gerekse delillerin ibrazını düzenleyen 194/2 maddesinde hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Yani kanun koyucu taraflara açıkça hangi delilin hangi vakıanın ispatı için sunulduğunu bildirme yükümlülüğü yüklemiştir. Bu nedenle ilgili taraf dilekçesinde dayandığı vakıaların hangi delille ispat edileceğini bildirmek zorundadır²⁵. Bu yükümlülük esasen HMK m. 31’de yer alan somutlaştırma yükünün de gereğidir. Somutlaştırma yükü, iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddi vakıaların ispatı elverişli ölçüde yer, zaman ve kişi unsurlarından yararlanmak suretiyle ortaya konmasıdır²⁶. Dava ve cevap dilekçesindeki vakıalar somutlaştırılmadan bu vakıaların ispatı konusuna geçilmesine olanak yoktur. Nitekim hangi vakıanın ispat edileceği, yine bu vakıa için öngörülen ispat aracının caiz olup olmadığına karar vermek için öncelikle tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaların yer, kişi ve zaman bakımından belirginleştirilmesi gerekmektedir.

Somitlaştırma yükünün gereği gibi ifa edilmediği hallerde bu durumunun yaptırımının ne olacağı konusunda farklı görüşler ve uygulamalar bulunmaktadır. Kanunda somutlaştırma yükünü gereği gibi yerine getirmeyen tarafın hangi yaptırımla karşılaşacağı noktasında bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide ağırlıklı görüşe göre somutlaştırma yükünü gereği gibi dilekçeler aşamasında yerine getirmeyen tarafa HMK m.31 hükmü gereği açıklama yapmak hususunda süre verilmesi gerekir. Verilen süre içerisinde somutlaştırma yükü gereği gibi yerine getirilmediği takdirde savunmanın ya da davanın reddine karar vermek gerekir²⁷. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında somutlaştırma yükü bakımından verilen kesin süreye rağmen bu eksikliği gidermeyen davacının davasının HMK m. 119 gereği açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁸. Bazı kararlarında ise öğretideki ağırlıklı görüşe paralel olarak somutlaştırma yükünü verilen süreye rağmen yerine getirmeyen davacının davasının esastan reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁹. Bizce somutlaştırma yükünü verilen süreye rağmen yerine getirmeyen tarafın talebinin esastan reddedilmesi gerektiğine ilişkin öğretideki görüşü ve Yargıtay uygulaması daha yerindedir. Nitekim HMK 119/2 maddesinde açıkça (e) bendinde yer alan somutlaştırma hususu kapsam dışı bırakılmıştır. Bu nedenle somutlaştırma yükü yerine getirilmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi kanunen mümkün olmayacaktır. Ancak somutlaştırma yükü ispat faaliyeti ile sıkı bir ilişki içinde olduğundan talebin esastan reddedilmesinin daha yerinde olacağını düşünüyoruz.

²⁵ Tanrıver, s.807

²⁶ Tanrıver, s.796; Pekcanitez, s. 1681; Bilgiç, s.17

²⁷ Tanrıver, s.797; Pekcanitez, s. 1691; Umar, s.597; Erdönmez, s.21; Bilgiç, s.19

²⁸ Yargıtay 9. HD, 20.01.2016 T., 2015/11346 E., 2016/1407 K.

²⁹ Yargıtay 22. HD, 16.12.2015 T., 2014/24240 E., 2015/34655 K; Yargıtay 22. HD, 14.10.2014 T., 2014/19856 E., 2014/27673 K.

Somutlaştırma yükünün bir diğer ayağını da dilekçelerde bahsedilen vakıalar bakımından hangi vakıanın hangi delille ispatlanacağını dilekçeler aşamasında açıkça belirtilmesi oluşturmaktadır. Her delil bir vakıanın ispatı için öngörüldüğüne göre delil ile vakıa arasında bağlantı kurulması gerekmektedir³⁰. Yani tarafın hangi vakıayı hangi delille ispatlayacağını açıkça belirtmesi gerekmektedir³¹. Genel ifadeler kullanılmak suretiyle kanunca öngörülen bu durum aşılamaz³². Bu nedenle tanık deliline dayanan tarafın bu delile dayandığını dilekçeler aşamasında açıkça belirtmesi gerekir. Aksi halde tanık deliline dayanmış kabul edilemeyeceğinden tanık dinletmesi de mümkün olmayacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararında tanık deliline açıkça dayanılması gerektiğini vurgulamıştır³³.

Görüldüğü üzere inceleme konumuz kapsamında tanık deliline dayanıldığından dilekçeler aşamasında açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tanık dinletmek mümkün olmayacaktır.

Tanık deliline dayanmayan tarafın tanık listesi sunması mümkün olmayacaktır. Zira tarafça dayanılmayan delilin ileri sürülmesi mümkün değildir. Yargıtay da verdiği kararlarda bu yönde görüş bildirmektedir³⁴. Ancak yukarıda açıklamaya çalıştığımız hususlar gereği islah ile tanık deliline dayandığını belirtip bu kapsamda tanık listesi sunmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Zira yukarıda belirtildiği üzere tarafın islah ile yeni delil sunması mümkündür³⁵. Burada ikinci tanık listesi verme yasağına riayet etmek sureti ile tanık bildirilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Tanık deliline dayanmayan tarafın hazır ettiği tanıkların HMK m. 243 uyarınca dinlenmesi gerekip gerekmediğine değinilecek olursa söz konusu madde; *“Tanık davetiye ile çağrılır. Ancak, davetiye gönderilmeden taraflarca hazır bulundurulmuş tanık da dinlenir. Şu kadar ki, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste verilmemiş olsa*

³⁰ Bilgiç, s.19

³¹ Bolayır, s.76-77

³² Erdönmez, s. 18-19

³³ “Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur (HMK m. 194). Somut olayda davacı kadın dava dilekçesinde iddialarını ispata yarayacak hiçbir delil bildirmediği gibi, tanık deliline de dayanmamıştır. Bu sebeple, davacı kadının tanıklarının beyanlarına itibar edilerek hüküm kurulamaz. Açıklanan sebeplerle davacı kadının boşanma davasının reddi gerekirken kabulü doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD T. 13/12/2018, E. 2018/4585, K. 2018/14511.

³⁴ “Somut olayda davalı kadın cevap ve ikinci cevap dilekçesinde tanık deliline dayanmadığından, sonradan delil listesi verilmesi veya dayanılmayan delilin bildirilmesi için ön inceleme aşamasında verilen süre sonuç doğurmaz ve davalı kadının süresinde bildirmediği tanıklarının beyanları dikkate alınmaz.” Yargıtay 2. HD T. 07/11/2018, E. 2018/916, K. 2018/12666.

³⁵ Tulumlu, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara 2021, s.158-159



dahi taraf, o duruşmada hazır bulundurursa tanıklar dinlenir.” düzenlemesini içermektedir. Metinden anlaşılacağı üzere burada kanun koyucu tanık deliline dayanan tarafın liste verilmemiş olsa dahi duruşmada hazır edeceği tanıkların dinlenmesini öngörmüştür. Taraflarca getirilme ilkesi ve dilekçelerin içeriğini düzenleyen madde hükümleri nazara alındığında tanık deliline dayanamayan tarafın HMK m. 243 hükmünden yararlanması mümkün değildir³⁶. Nitekim HMK m.243 taraflara tanık listesi sunmak için süre verildiği ve bu süreye rağmen süresi içinde tanık listesi verilmeksizin hazır edilen tanıkların dinlenilmesini düzenlemektedir. O halde 243. madde hükmünden yararlanmanın ön şartı usulüne uygun şekilde tanık deliline dayanmaktır.

III. TANIK LİSTESİNİN SUNULMASI

A. Genel Olarak Tanık Listesi Sunulması Konusunun Değerlendirilmesi

HMK’nun yukarıda yer verilmeye çalışılan hükümleri nazara alındığında tarafın tanık dinletebilmesi için öncelikle tanık deliline dayanması gerekmektedir. Tanık deliline dayanan tarafın sınırsız olarak tanık dinletme hakkının bulunması mümkün değildir. Yine tanığın mahkemece dinlenebilmesi için mahkeme huzuruna gelmesi ve bunun için de mahkemece çağrılabilmesi gerekmektedir. İşte gerek hangi tanıkların tanık sıfatı ile dinleneceğini gerekse tanıkların isim ve adreslerini gösterir listeye tanık listesi denilmektedir. HMK bu hususu m. 240/II’de “*Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.*” şeklinde ifade etmiştir. Söz konusu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere ve taraflarca getirilme ilkesinin doğal sonucu olarak tarafın kimleri tanık olarak dinleteceğini mahkemeye bildirmesi gerekmektedir.

Tarafın tanık listesini hangi aşamaya kadar verebileceği hususuna değinmek gerekirse kanunda bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. HMK’nun ön inceleme duruşmasını düzenleyen hükmü olan 140/5. maddesinin değişiklikten önceki hali; “*Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gerekli açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir.*” şeklindeydi.

Öğretide 140/5. maddedeki düzenlemenin sadece belge niteliğindeki deliller için geçerli olduğu, zira kanunun açıkça belgeden bahsettiği

³⁶ Erdönmez, s. 36

savunulmaktadır³⁷. Ancak uygulamada HMK 140/5 maddesi uyarınca taraflara ön inceleme duruşmasında tanık listesi sunulması için de süre veriliyordu. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında verilen 6100 sayılı HMK m. 140/5 uyarınca verilen sürenin tanık için verildiğinin açıkça belirtilmesi durumunda tarafa verilen kesin sürenin sonuç doğuracağına işaret etmiştir³⁸.

Yani taraflara dayandıkları delilleri ve bu kapsamda tanık listesini sunmaları için ön inceleme duruşmasında iki haftalık kesin süre veriliyordu. Verilen kesin süreye rağmen tanık isim, adresi veya delil bildirilmez ise bu delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar veriliyordu.

Kanunun tanıklık ile ilgili hükümlerinin düzenlendiği 240 ve devamı maddelerinde tanık listesi için hangi aşamada ne kadar süre verilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda bahsedilen HMK m. 140/5 hükmü tanık delili bakımından da uygulama alanı bulmaktaydı. Yani mahkemece taraflara tanık listesi sunmak için de ön inceleme duruşmasında iki haftalık kesin süre veriliyordu. Öğretide de taraflara tanık listesi sunmak için en erken ön inceleme aşamasında süre verilmesi gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur³⁹. Bu yaklaşım esasen kanunun özüne de uymaktadır. Zira ön inceleme duruşması tarafların delillerinin toplandığı aşamadır. Ayrıca usul hükümlerinde kıyas yapmakta herhangi bir sakınca bulunmadığından ve tanık delili de en nihayetinde bir delil olduğundan taraflara ön inceleme duruşmasında 140/5 maddesi gereği tanık listesi sunmak için süre verilmesinde bir sakınca bulunmamaktaydı.

Uygulamada bazen ön inceleme aşamasından önce, örneğin tensip zaptının tebliği ile taraflara süre vererek delil ve tanık listesi bildirmesi istenmektedir. Böyle bir yaklaşım 140/5. maddeye aykırı olduğu gibi özellikle davacı açısından cevap dilekçesini görmeden delil sunmak zorunda olduğu anlamına gelir ki bu da iddia ve savunma hakkının yani adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının engellenmesi anlamına gelmektedir.

³⁷ Ulukapı, Ömer/Yardımcı, Taner Emre: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 489; Tangal Abdülaziz, Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme, Ekim 2016, s. 115, Tanrıver, s.810

³⁸ “Ne var ki mahkemece ön inceleme duruşmasında delil bildirim için HMK’ nın 140/5 maddesi uyarınca verilen kesin süreye ilişkin ihtaratın içeriğinde tanık listesi yer almadığından davacı tarafa tanık isimlerini bildirmek üzere usulünce verilmiş bir kesin sürenin varlığından bahsedilmesi mümkün değildir.” Yargıtay 1. HD T.17/02/2021, E. 2021/371, K. 2021/881

³⁹ Yılmaz, Şerh, s. 2668; Taşpınar Ayvaz, s. 409, Tanrıver, s.629, Türkel-Çiftçi, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları, İzmir 2016, s.270-271



Yargıtay da birçok kararında taraflara delil sunmak için verilen sürenin ön inceleme duruşmasında verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁰.

B. HMK’ nda 22/07/2020 Tarih ve 7251 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklerin Tanık Listesi Sunma Süresi Bakımından Değerlendirilmesi

HMK’nda 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı yasa ile birtakım değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerin en önemlilerinden biri delil sunma süresinin başlangıcı ile ilgili olmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere kanunun değişiklikten önceki halinde m. 140/5. hükmü gereği taraflara delil sunmak için verilen iki haftalık kesin süre ön inceleme duruşmasında verilmekteydi. Ancak söz konusu değişiklik ile bu hüküm değiştirilmiş ve 139. maddeye “*Davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği*” hükmü eklenmiş; 140/5. madde de “*139 uncu madde uyarınca yapılan ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirilmesi için gerekli açıklamayı yapmayan tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir*” şeklinde değiştirilmiştir.

HMK’nda meydana gelen bu değişiklikleri incelediğimizde taraflara ön inceleme duruşmasında verilen sürenin ön inceleme davetiyesinin tebliği ile verilmesi gerektiği düzenlenmiş ve verilen bu süreye rağmen ilgili delillerin bildirilmemesi halinde ön inceleme duruşmasında ilgili delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Yani artık verilen sürenin ön inceleme duruşma davetiyesinin tebliği ile verilmesi gerekmektedir.

Söz konusu değişiklik, yeni olduğu için henüz yüksek mahkemeye bu konuda verilmiş bir karar bulunmamakla birlikte ilk derece mahkemeleri bakımından farklı uygulamalar mevcuttur. Uygulamada bazı ilk derece mahkemeleri değişiklik hükmü gereğince taraflar için verilen kesin süreyi ön inceleme duruşma davetiyesinin tebliği ile birlikte verirken bazı mahkemeler eski uygulamaya devam etmektedir. Yine bir kısım karma görüş ya da uygulama olarak nitelendirilebilecek görüş ise belge ve belge türünden olan deliller için davetiyenin tebliği ile birlikte kesin süre verirken tanık listesi için süreyi ön

⁴⁰ “Tahkikat, ön incelemede saptanan çekişmeli hususlar üzerinden yürütüleceğine (HMK.m.140/3) göre, bu tespit yapılmadan tarafların dilekçelerinde gösterdikleri tanık delili ile ilgili “isim ve adreslerini gösteren ve hangi tanığı hangi vakıa için dinletmek istediklerini” belirten liste vermeleri beklenemez.” Yargıtay 2. HD T. 05/12/2012, E. 2011/1146, 2012/116

inceleme duruşmasında vermekte bu uygulamaya kaynak olarak da HMK' nun 139. maddesinde tanık ile ilgili bir ibarenin geçmemesini göstermektedir.

Kanımızca gerek eski uygulama olan tanık ve belge niteliğindeki delillerin her ikisi için de ön inceleme duruşmasında süre verilmeye devam edilmesi yönündeki görüşün gerekse karma nitelikte olan belge niteliğindeki deliller için davetiye ile tanık delili için ise ön inceleme duruşmasında süre verilmesi şeklindeki görüşün uygulanmasına artık lüzum bulunmamaktadır. Eski uygulamaya devam edilmesi mümkün değildir, zira artık ilgili hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Usul kanunlarının zaman bakımından etkisi düşünüldüğünde hemen uygulanırılık ilkesi gereği değişikliğin hemen uygulanması gerekir. Değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren çıkartılacak davetiyeler ile taraflara süre verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle eski uygulamaya devam eden görüşün yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

Karma nitelikte belgeler için davetiyenin tebliği ile kesin süre verilmesi ve tanıklar için ön inceleme duruşmasında kesin süre verilmesi şeklindeki görüşe de kanun değişikliğinden önceki sakıncaların ortadan kalkması nedeni ile katılmıyoruz. Zira tanıklar için de davetiye ile kesin süre verilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Tabi ki tanıklar için ön inceleme duruşmasında kesin süre verilmesinin önünde de yasal herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak açıklanmaya çalışılan nedenler ile tanık listesi için davetiyenin tebliğinden itibaren kesin süre verilmesinde de bir engel olmadığını ve davetiye ile süre verilmesinin usul ekonomisi ilkesi nazara alındığında daha yerinde olduğunu düşünüyoruz. HMK' nun değişiklikten önceki halinde de 140. maddede tanık listesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Buna rağmen diğer deliller için öngörülen süre hükmünün tanık listesi için de uygulanması öngörülüyordu. Öğretide bu yönde görüşler⁴¹ olduğu gibi uygulamada bu şekilde kararlar veriliyordu. Bu nedenle delil sunma süresinin daha erken aşamaya çekilmesinin tanık listesi bakımından da uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Öğretide 140. madde hükmünün açıkça yazılı delil niteliğindeki belgeler için öngörüldüğü bu nedenle kapsamının genişletilemeyeceği de savunulmaktadır⁴². Kanımızca her ne kadar m.140 hükmünde tanık delilinden söz edilmese de kanunda tanıklar bakımından aksine bir hüküm olmaması da nazara alındığında maddede öngörülen delil sunma süresinin tanık delili bakımından da uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Ön inceleme duruşması yapılmadan ve dolayısı ile tarafların arasındaki uyuşmazlık tespit edilmeden tarafların tanık listesi sunmasının mümkün

⁴¹ Umar, Şerh, s.433

⁴² Tanrıver, s.810, Erdönmez s.32-33



olmadığı yönündeki değişiklikten önceki görüş savunulabilir ise de ön inceleme davetiyesinin dilekçeler teaitisi aşaması tamamlandıktan sonra ayrı bir davetiye olarak çıkartıldığı ve ön inceleme davetiyesinin tebliği ile duruşma günü arasında en az iki haftalık süre olması gerektiği, bu nedenle tarafların karşılıklı olarak iddia ve savunmalardan haberdar olduğu, yine taraflardan birinin mazeretsiz gelmemesi halinde diğerinin serbestçe iddia ve savunmasını genişletip değiştirebileceğine ilişkin hükmün de yürürlükten kaldırıldığı, dolayısı ile ön inceleme aşamasında taraflarca dilekçelerde gösterilmeyen herhangi bir uyuşmazlığın tespit edilme ihtimali bulunmadığı düşünüldüğünde bu yaklaşıma dayanak teşkil eden tarafların uyuşmazlık belirlenmeden tanık bildirmelerinin iddia ve savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacağı şeklindeki sakıncanın ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Başka bir söyleyişle değişiklikten sonra taraflara davetiyenin tebliği ile birlikte delil listesi ve tanık listesi sunması için süre verilmesinin herhangi bir sakıncasının bulunmadığı söylenebilir. Zira dilekçeler aşaması tamamlandığı için taraflar karşılıklı olarak birbirlerine ne ithamlarda bulduklarını bilebilecek ve buna göre delil ya da tanık bildirebilecek durumdadırlar. Ayrıca değişiklikten önce taraflardan birinin ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemesi halinde hazır olan tarafın, karşı tarafın muvafakatine bağlı olmaksızın iddia ve savunmasını genişletebileceğine ya da değiştirebileceğine ilişkin hükmün ortadan kaldırılması da tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıalardan başka herhangi bir vakıanın serbestçe ileri sürülmesi ihtimalini ortadan kaldırdığı için davada ön inceleme duruşmasında bir sürpriz ile karşılaşılma olanağı yoktur. Yani taraflar arasındaki uyuşmazlık dilekçelerde belirtilen hususlar üzerinden tespit edilecektir. Bu nedenle kanaatimizce kanunda yapılan değişiklik gereği gerek tanık gerekse diğer deliller bakımından taraflara ön inceleme davetiyesinin tebliği ile kesin süre verilmesi daha doğru olacaktır.

Uyuşmazlığın çözümünde tanık delilinin caiz olup olmadığı konusunun ön inceleme duruşmasında tespit edilecek olmasından dolayı tanık listesi sunmak için sürenin bu aşamada verilmesinin uygun olduğu düşünülebilir ise de tarafların tanık listesi vermesine rağmen mahkemenin tanıkları dinlememesinde yahut dinlese dahi hükme esas almamasının önünde yasal bir engel de bulunmamaktadır. Kaldı ki taraflarca sadece liste sunulduğu için liste sunulmasına rağmen mahkemece ön inceleme celsesinde tanık dinletme talebinin reddine karar verilmesi mümkün olduğu gibi mahkemenin bu tutumu tarafları maddi veya manevi anlamda zarara uğratacak nitelikte de değildir.

Burada “139. madde uyarınca ihtar olunur” şeklinde genel bir tanımlama yapmak ya da süre vermek uygulamada karışıklara neden olabilecektir. Zira m.139 hükmü tanıktan bahsetmediği için verilen sürenin tanık listesi bakımından sonuç doğurup doğurmayacağı taraflar açısından karışıklıklara

neden olabilecektir. Ancak bunun önüne geçilmesi mümkündür. Mahkemece taraflara çıkartılan davetiyede açıkça “*dilekçelerde dayandıkları belgeleri, delilleri ve tanık isim ve adreslerini bildirmek üzere*” şeklinde ihtar yapıldığı yani tanık delili bakımından da açıkça ihtar yapıldığı takdirde artık verilen kesin sürenin sonuç doğurmasının önünde herhangi bir engel olmadığını düşünüyoruz. Yargıtay da eski tarihli vermiş olduğu bir kararında tanık delili için verilen sürenin açıkça belirtilmesi gerektiği hususunu vurgulamıştır⁴³.

Tanık listesi sunmak için taraflara ön inceleme davetiyesinin tebliği ile süre verilmesi HMK’ nun 94. maddesinde süreler ile ilgili öngörülen hükme de uygun düşmektedir. Nitekim tanıklık ile ilgili hükümler arasında tanık listesinin ne zaman verileceğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi hakimin yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflara bu konuda kesin süre vermesinin önünde de yasal bir engel bulunmamaktadır. Zira hakim tarafından delil ve tanık listesi sunmak için kesin süre verildiği açıkça davetiye ile ihtar edildiğinden ve tanıklık ile ilgili hükümleri düzenleyen 240 vd. maddelerinde bu hususun aksine herhangi bir hüküm olmadığından biz tanık listesi verilmesi için de davetiye ile verilen kesin sürenin doğru olduğunu ve sonuç doğuracağını düşünmekteyiz.

Bu durum başka bir açıdan değerlendirildiğinde; 6100 sayılı HMK’ nda 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler incelendiğinde, bu değişikliklerin büyük kısmının usul ekonomisi ile ilgili olduğu görülecektir. Örneğin, bozmadan sonra ıslah yapılabilmesi (HMK 177/1), sözlü yargılama aşaması için ayrı gün tayini gerektiğine ilişkin hükmün değiştirilmesi (HMK 186/1), karar verildikten sonra davadan feragat edilmesi halinde mahkemenin bu konuda ek karar vermesi (HMK 310/2), hükümde taraflarca ileri sürülmesine ya da mahkemece resen nazara alınması gerektiği halde hakkında hüküm kurulmayan hususlarda daha sonra hükmün tamamlanması sureti ile bu eksikliğin giderilmesi (HMK 305/A) ve tabi ki delil sunma süresinin başlangıcının ön inceleme duruşmasından ön inceleme davetiyesinin tebliği aşamasına çekilmesi (HMK139) gibi değişiklikler incelendiğinde bu değişikliklerin ortak paydasının usul ekonomisi ilkesi olduğu anlaşılacaktır. Yine son yıllarda yargılamada hedef süre uygulamasının getirilmesi de usul ekonomisi ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim

⁴³ “Delillerin ibraz ve ikamesine ilişkin kat’i mehil yazılı delillerin mahkemeye verilmesi ve yazılı olmayan delillerin nelerden ibaret olduğunun bildirilmesi için verilmiş kat’i bir mehildir... Bu itibarla mahkemenin davacı tarafın iddiasını ispata elverişli bütün delillerin nelerden ibaret olduğunu bildirmesi, yazılı delillerini ibraz etmesi, şahitlerin listesini vermesi için kat’i mehil vermiş olması halindedir ki mehilin geçirilmesi ile şahit listesi verilmesi imkanı kalkmaz.” HGK T. 29/04/1959, 4-15



Kanunun 139. maddesinin değiştirilme gerekçesi⁴⁴ de esasen usul ekonomisi ve yargılamanın daha etkin ve daha hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlamaktır.

Usul ekonomisi, yargılamanın mümkün olan en kısa sürede ve mümkün olan en az masrafla tamamlanmasını öngörmektedir. Bu kapsamda söz konusu değişiklik dikkate alındığında tanık listesi için ön inceleme davetiyesinin tebliği ile kesin süre verildiği ve bu süre içerisinde tanık listesi sunulduğu takdirde mahkemece tanık listesi incelemek sureti ile ön inceleme duruşması yapılacak, tanık listesinde adres ve kimlik bilgisi eksikliği ya da tarafın delil avansının eksik olması halinde bu eksikliklerin giderilmesi için gerekli işlemler yapılacaktır⁴⁵. Aksi halde eski uygulama gereği tarafa tanık listesi sunulması için ön inceleme duruşmasında süre verildiği halde yukarıda bahsedilen eksiklerin anlaşılması ve tamamlanması tahkikat aşamasına sarkacak ve yargılama uzayacaktır. Bu husus da yukarıda bahsedilen değişikliklerin amacına ve tabii olarak usul ekonomisine aykırı olacaktır. Bu nedenle 6100 sayılı kanunda yapılan değişiklikler ile artık taraflara tanık listesi sunması için davetiye ile süre verilmesinde bir sakınca olmadığını düşünüyüz.

Mahkemece verilen kesin sürenin sona ermesinden sonra tanık listesi verilmesi durumunda kesin sürenin amacına uygun olarak hareket etmek gerekmektedir. Gerek kanun tarafından tayin edilen kesin süreler gerekse hakim tarafından verilen kesin sürelerin temel amacı yargılamanın olabildiğince kısa sürede bitirilmesini sağlamaktır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁴⁶. Bu

⁴⁴ Hükümet Gerekçesi : “Maddede düzenlenen ihtarata ilave edilen unsur ise Kanunun 140 ıncı maddesinin beşinci fıkrasında yer alan husustur. 140 ıncı maddenin beşinci fıkrası, 139 uncu madde uyarınca çıkarılacak davetiye içeriğine dercedilmekte ve 140 ıncı maddeden ilga edilmektedir. Buna göre ön inceleme duruşması için çıkarılacak davetiyede, davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği ihtar edilecektir. Böylece ön inceleme duruşmasının daha etkin bir şekilde icrası ve bu aşamadan beklenen faydanın artırılması amaçlanmaktadır. Değişiklikle ön inceleme duruşmasında tarafların bildirdiği deliller azami ölçüde toplanmış ve uyuşmazlığın çözümü için ihtiyaç duyulan yol haritası daha erken aşamada netleşmiş olacaktır. Bu düzenleme sayesinde tahkikata vakit kaybetmeksizin ve bir an önce geçilmesi de sağlanmış olacaktır.”

⁴⁵ “Bu değişiklik bir açıdan delillerin erken toplanmasına hizmet etmekte ve yargılamadaki gecikmelerin önüne geçmekte, belirli bir disiplin sağlamaktadır.” Pekcamtez, Hakan /Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, TBB Dergisi 2020 (150), s. 272

⁴⁶ “Kesin süre verilmesinin temel amacı, tarafların davayı uzatıcı ve hükmü geciktirici tutum ve davranışlarını önlemektir. Hak kaybına yol açmak gibi ağır hukuki sonuçlar doğuran kesin süre kurumunun hakim tarafından dikkatli, duyarlı bir şekilde kullanılması gereklidir. (HGK’nın 28.04.2010 gün, 2010/2-221/241 E.K.)” Yargıtay 3. HD T. 22/06/2020, E. 2020/2509, K. 2020/3239

nedenle mahkemece verilen kesin süreden sonra tanık listesi sunulduğu halde verilen bu tanık listesi yargılamanın uzamasına sebep olmadı ise, başka bir söyleyişle kesin sürenin verilme amacına aykırı bir durum oluşturmuyorsa verilen tanık listesi uyarınca tanık dinlenebileceği söylenebilir. Nitekim yine yukarıda açıklandığı üzere tanıklar hakkındaki ilk işlemler (davetiye, masraf vs.) ön inceleme duruşmasında yapılmaktadır. Bu nedenle mahkemece verilen davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içerisinde tanık listesi sunulmasa dahi kesin sürenin yukarıda açıklanan amaçları doğrultusunda ön inceleme duruşmasından önce tanık listesi sunulduğu takdirde tarafın sunmuş olduğu liste nazara alınarak tanık dinletme talebinin kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Böyle bir yaklaşım kesin sürenin amacına uygun olduğu gibi usul ekonomisi ilkesi ile de ters düşmemektedir. Dolayısı ile taraflara verilen kesin süreye rağmen bu süre içerisinde tanık listesi verilmese dahi kesin sürenin amacına uygun olarak söz gelimi ön inceleme duruşmasından hemen önce tanık listesi verilmesi halinde de verilen listenin kabul edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu hususların bütün yargılama usulleri hakkında uygulanması gerektiğini düşünmekle birlikte özellikle basit yargılama usulü bakımından kanun koyucunun basit yargılama usulüne tabi davaların ön inceleme duruşması hariç iki celsede bitirilmesi gerektiğini öngörmesi karşısında basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde deliller ve tanık listesi için davetiyenin tebliği ile birlikte süre verilmesi kanaatimizce daha da önemli hale gelmiştir.

C. Kanun Yolu Aşamasında ve Kanun Yolu Aşamasından Sonra İlk Derece Mahkemesine Dönen Dosya Bakımından Tanık Listesi Verilip Verilmeyeceği Konusunun Değerlendirilmesi

6100 sayılı HMK ile artık kanun yolu sitemimiz iki aşamalı sisteme geçmiştir. 6100 sayılı HMK' nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren istinaf yasa yolu sistemi öngörülmesine rağmen bu yasa yolunun uygulanması biraz gecikme ile 2016 yılında gerçekleşmiştir. İstinaf yasa yolunun uygulanmaya başlaması ile birlikte ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar öncelikle bölge adliye mahkemeleri tarafından istinaf incelmeye tabi tutularak ya ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmak sureti ile ilk derece mahkemesine gönderilmekte ya da istinaf isteminin reddine karar verilerek şartları taşıyan dosyalar bakımından Yargıtay' da temyiz yasa yolu açılmaktadır. Yahut istinaf merci ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmak sureti ile esas hakkında kendisi karar vermektedir.

İstinaf kanun yolunu temyiz kanun yolundan ayıran en önemli özellik istinaf kanun yolunda sadece hukuki denetim değil; maddi denetim de yapılmasıdır⁴⁷.

⁴⁷ Tanrıver Süha, s.216-217; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, s.580-581; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf ,Ankara 2009, s.102-106.



Hukuk sistemimiz dar anlamda istinaf usulünü benimsemiştir. Zira HMK m. 357/1 hükmünde istinafta karşı dava açılmayacağı, davaya müdahale talebinde bulunulamayacağı, davanın ıslahının talep edilemeyeceği, bölge adliye mahkemesince kendiliğinden dikkate alınacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği, yeni delillere dayanılmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde çalışma konumuz açısından en önemli olan husus istinaf evresinde mahkemece resen dikkate alınacaklar dışında yeni dava malzemesi (delil ve vakıa) getirilmesine izin verilmemesidir.

İstinaf sisteminde dar anlamda istinaf sisteminin benimsenmiş olmasının önemli sonuçlarından biri kural olarak istinaf aşamasında delil ve bu anlamda tanık listesi sunulamayacağıdır. Ancak burada kanun açıkça resen araştırılması gereken hususları istisna kapsamında tuttuğu için bu kapsamda yani resen araştırılması gereken vakıalar bakımından, örneğin velayet konusunda, tarafların delil ve bu anlamda tanık listesi sunmalarında bir engel bulunmamaktadır.

İlk derece mahkemesinde ileri sürüldüğü halde mahkemece herhangi bir şekilde değerlendirilmeyen delilin istinaf aşamasında ileri sürülmesi mümkündür. Aslında bu ihtimalde teknik anlamda yeni delil ikamesinden bahsetmek doğru olmayacaktır. Zira taraf kendisine verilen süre içerisinde usulüne uygun şekilde delil bildirmesine rağmen ilk derece mahkemesi tarafından bu delil toplanmadan ve değerlendirilmeden karar verilmiştir. Bu nedenle burada yeni delil veya yeni tanık bildirilmesinden ziyade var olan delil veya tanığın bildirilmesi söz konusu olacaktır. Nitekim kanunun 357/3. maddesinde de bu husus açıkça düzenlenmiştir.

HMK m. 145 hükmünün istinaf aşamasında uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁸ HMK m. 145 hükmünün istinaf aşamasında uygulanması mümkündür. Zira kanun koyucunun taraflara istinaf dilekçesi ve istinaf dilekçesine karşı cevap dilekçesi verme imkanı tanımını tarafların istinaf aşamasında yeni delil sunma imkanı tanınması olarak yorumlamak gerekir. Ancak kanun koyucu 357/3. maddesinde açıkça “İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir.” demek sureti ile istinaf aşamasında hangi hallerde sonradan delil gösterilebileceğini düzenlemiş ve bu durumu “mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller” olarak sınırlamıştır. İstinaf yargılaması ile ilgili bu düzenlemenin HMK 145. maddesinde yer alan düzenlemeye göre daha özel nitelikte bir hüküm olduğu da dikkate alındığında 145. madde hükmünün istinaf aşamasında uygulanmasının

⁴⁸ Ulukapı/Yardımcı s. 499.

mümkün olmadığını ve bu anlamda istinaf aşamasında 357/3. madde istisna olmak üzere taraflarca yeni delil bildirilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Yine daha önceden tanık deliline dayanılmaması halinde yeni tanık bildirmenin de aynı şekilde mümkün olmadığını düşünüyoruz. Daha önce tanık deliline dayanılmış ve tanık listesi verilmiş ise artık istinaf aşamasında daha önce bildirilenlerden farklı bir tanık gösterilmesi ikinci tanık listesi verme yasağı ile karşılaşacaktır.

Temyiz kanun yolu istinaf mahkemeleri yürürlüğe girdikten sonra istinaf mahkemelerince verilen belli meblağı aşan nihai kararlara karşı başvuru, istinaf mahkemesi kararlarının yalnızca hukuka uygunluk bakımından denetlendiği bir olağan kanun yoludur⁴⁹. Temyizde nihai kararlar maddi açıdan değerlendirilmeyip sadece hukukilik denetimi söz konusu olduğundan uyuşmazlık hakkında yeniden bir inceleme yapılarak tahkikata girişilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle temyizde gerek daha önce mevcut olup da ileri sürülmemen gerekse hükümden sonra ortaya çıkan yeni vakıalara dayanabilmesi mümkün olmadığı gibi yeni delillerin ileri sürülmesi de mümkün değildir⁵⁰.

Temyiz incelemesi sonucunda dosyanın bozulmasına karar verildiğinde, istinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararında herhangi bir değişiklik yapılmaksızın istinaf başvurusunun esasın reddine karar verilmiş ise Yargıtay'ın verdiği bozma kararı sonrası dosya ilk derece mahkemesine gönderilecektir. Ancak istinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak bir hüküm kurulduğu takdirde bozma sonrasında dosya istinaf mahkemesinin önüne gelecektir. Bozularak ilk derece veya istinaf mahkemesinin önüne gelen dosya bakımından tanık listesi verilir verilmeyeceği bu mahkemelerin bozma kararından önce yapmış olduğu yargılama ile ilgilidir. Daha doğru bir söyleyiş ile bozma öncesinde mahkeme tarafından taraflara tanık listesi sunmaları için usulüne uygun süre verildiği ve bu süreler geçtikten sonra karar verildiği takdirde artık bozmadan sonra verilecek tanık listesi ikinci tanık listesi verme yasağına tabi olacaktır. Ancak ilk derece mahkemesi tarafından henüz taraflara tanık listesi sunmak için süre verilmediği veya verilen bu süre sona ermeden karar verildiği takdirde, örneğin dava şartı yokluğundan tensip zaptı ile davanın reddine karar verildiği takdirde, taraflara usulüne uygun şekilde delillerini ve bu anlamda tanıklarını bildirmek üzere süre verilmediği için taraflar bozma kararından sonra yapılan yargılamada tanık listesi sunabileceklerdir. Yani daha önce tanık listesi vermeyen daha doğrusu mahkemenin karar vermesi, kendisine süre verilmemesi gibi nedenlerle tanık listesi veremeyen tarafın bozma kararından sonra tanık listesi vermesi

⁴⁹ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016 s.599

⁵⁰ Bolayır, Nur s. 256-263



mümkündür. Ancak bozma kararından önce tanık listesi veren tarafın bozma kararından sonra tanık listesi vermesi mümkün değildir. Zira karar bozulmuş olsa bile ikinci tanık listesi verme yasağı devam etmektedir. Yine bozma kararından önce kendisine usulüne uygun süre verilmesine rağmen bu süre içerisinde tanık listesi vermeyen tarafın da bozma kararından sonra tanık listesi vermesi mümkün değildir. Zira tarafa usulüne uygun şekilde süre verilmiş ve verilen bu süre içerisinde taraf tanık listesini sunmamıştır.

D. HMK 243. Maddesi Uyarınca Hazır Olan Tanıkların Dinlenilmesi

HMK' nun 243/1. maddesinde “*Tanık davetiye ile çağrılır. Ancak, davetiye gönderilmeden taraflarca hazır bulundurulan tanık da dinlenir. Şu kadar ki, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundurursa tanıklar dinlenir.*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu maddenin düzenlenme şeklinden de anlaşılacağı üzere tanık listesi vermeyen tarafın buna rağmen tanıkları o tanıkların dinleneceği celse hazır ettiği takdirde hazır olan tanıklar dinlenecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanunun tanık listesi vermeyen tarafın bu eksikliğini telafi etmek amacıyla böyle bir düzenleme getirmiş olmasıdır. Yani söz konusu düzenleme tanık listesine ilişkindir, tanık deliline dayanma ile ilgili değildir. Başka bir söyleyişle tanık deliline dayanan ancak kendisine verilen kesin süre içinde tanık listesi sunmayan taraf m.243 hükmü uyarınca hazır ettiği takdirde tanıkları dinlenebilecektir. Ancak süresi içinde cevap dilekçesi vermeyen, cevap dilekçesi vermesine rağmen tanık deliline dayanmayan veya bu eksikliğini yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ıslah yolu ile gidermeyen taraf tanıklarını hazır etse dahi tanıkların dinlenilmesi mümkün değildir⁵¹. Zira m.243 hükmünde öngörülen düzenleme tanık listesi verilmemesinin telafisi amacını gütmektedir. Bu nedenle tarafın tanık deliline herhangi bir şekilde dayanmadığı halde dayanılmayan tanık delili için m.243 gereği tanık dinletilmesi mümkün değildir.

Aynı şekilde 243. maddede öngörülen durum tanık deliline dayandığı halde tanık listesi vermeyi ihmal eden taraf için öngörülmüş bir imkan olup süresi içerisinde tanık listesi veren tarafın bu imkandan yararlanma olanağı yoktur. Başka bir söyleyişle süresi içerisinde tanık listesi veren taraf, bu tanık listesinde yer almayan birini HMK' nun 243. maddesine göre hazır ettiği takdirde bu tanığın dinlenmesine imkan yoktur. Zira bu durumda artık tarafça süresi içinde bir tanık listesi sunulduğu için bu tanık listesinde yer almayan tanığın duruşmada hazır edilmesi halinde artık ikinci tanık listesi verme yasağı

⁵¹ Erdönmez, s.36

işlerlik kazanacaktır⁵². Bu nedenle duruşmada hazır edilse dahi tanık listesinin verildiği hallerde liste dışındaki tanıklar bakımından HMK 243. maddeden yararlanma olanağı yoktur.

HMK'nun 243. maddesi ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus tanığın hangi aşamada hazır edildiği takdirde dinleneceğidir. Aslında kanun burada "ve" demek sureti ile şartların kümülatif olarak aranacağını belirtmiştir. Bu şartlar; tanık listesi için kesin süre verilmesi ve dinlenme gününün belirlenmesidir. Yani tanık listesi için kesin süre verildiği ve tanığın dinleneceği günün açıkça belirlendiği takdirde liste verilmemiş olsa dahi belirlenen dinlenme gününde tanık hazır edildiği takdirde tanık dinlenecektir.

Uygulamada tanık listesi için kesin süre verilmekle birlikte tanığın dinleneceği günün belirlendiği pek rastlanılan bir durum değildir. Bu durumda hangi aşamaya kadar hazır edilen tanıklar dinleneceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanımızca bu durumda gerek kanunun amacı gerek usul ekonomisi ve gerekse tahkikat aşamasında delillerin toplanması hususu bir arada değerlendirildiğinde tarafa HMK 243/1. maddesi uyarınca verilen bu imkanın sadece ön incelemeden sonraki ilk celse için uygulanması yerinde olacaktır. Nitekim bu durumun aksini kabul, tarafın her aşamada tanık hazır edebileceği şeklinde yorumlanacaktır ki bunun kabulü mümkün olmadığı gibi bu durum yargılamanın sürekli olarak uzamasına da sebep olacaktır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında "*Somut olayda, mahkemece ön inceleme duruşmasında tanık listesini sunmak ve masrafyatırmak üzere davalıya iki hafta kesin süre verilmiş olup, davalının verilen süreye uymadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bir sonraki celsede, davalı vekilinin "tanıklarını bir dahaki duruşmada hazır etmek" yönündeki talebi mahkemece kabul edilmiştir. Davalı ara karar doğrultusunda tanıklarını hazır etmiştir. Mahkemece, anılan celsede davalı tanığının hazır olduğu tespit edilmesine rağmen, daha önceki celse ara kararının kesin süre içinde yerine getirilmediği gerekçesiyle, tanıkların hazır edilmesi önündeki ara karardan dönülerek davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmiştir. Ne var ki kesin süreye uymayan davalının tanıklarını hazır etme yönündeki talebi aynı celsede reddedilmemiş, bunun yerine davalıya yeniden süre verilerek (bir önceki) kesin sürenin etkisi ortadan kaldırılmıştır. Bir sonraki celsede, davalının tanıklarını hazır ettiği tespit edildiğine göre; mahkemece önceki ara karardan dönülmesi isabetli olmamıştır.*" şeklinde değerlendirme yapmak sureti ile bu hususa değinmiştir⁵³. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere tanığın dinlenme gününün belirtilmediği hallerde Yargıtay da HMK 243. madde hükmünün sadece ön inceleme celsesini takip eden ilk celse bakımından uygulanabileceğini yorum yoluyla da olsa belirtmiştir. Yine

⁵² Bolayır, s. 353

⁵³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi T. 12/12/2017, E. 2017/44356, K. 2017/28467



Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararında da bu hususa açıkça değinmiştir⁵⁴. Bu durumun aksinin kabulü yargılamayı gereksiz yere uzatabileceği gibi mahkemenin ve hakimnin sürekli tanık dinleyip dinlemeyeceği belirsizliği içinde kalmasında da neden olacaktır. Ayrıca kanunun tanıdığı bu imkan bir defaya mahsus olarak kullanılabilir olup tarafların dinletmek istedikleri tanıkların tamamını hazır etmeleri gerekmektedir.

Hazır edilen tanıkların tarafların elinde olmayan sebeplerde hazır olmasına rağmen dinlenilmemesi halinde ise hazır edilen tanıkların isim ve adreslerinin alınarak daha sonra dinlenilmelerine karar verilmesi yerinde olacaktır. Bu durumda daha sonra farklı tanık dinletilmesi mümkün olmayacak olup sadece daha önce isimleri alınan tanıklar dinlenebilecektir.

IV. İKİNCİ TANIK LİSTESİ VERİLMESİ YASAĞI

A. Genel Olarak İkinci Tanık Listesi Verilmesi Yasağı

HMK 240/II. maddesi “*Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.*” düzenlemesini içermektedir. Söz konusu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere tanık listesi verilmesi şeklindeki usulü işlem tarafın yalnızca bir kere başvurabileceği bir işlem olup eksik tanık bildirilse dahi artık yeni bir tanık listesi verilmesi mümkün değildir.

Kanun koyucu burada emredici nitelikte bir düzenleme öngörmüş olup, ikinci tanık listesi verilmesi herhangi bir şekilde mümkün değildir. Tanık listesi verilmesi bir taraf usulü işlemi olmasına ve ıslah ile kural olarak taraf usul işlemlerinin değiştirilmesi ya da genişletilmesi mümkün olmasına rağmen; ıslah ile dahi ikinci tanık listesi verilmesi mümkün değildir. Hatta karşı tarafın muvafakati ile dahi ikinci tanık listesi verilemeyecektir⁵⁵. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir⁵⁶.

⁵⁴ “Mahkemece 30.12.2014 tarihli ön inceleme duruşmasında taraflara tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğu içinde somutlaştırarak bildirmeleri, tanık deliline dayanılıyor ise tanıkların isim ve açık adresleri ile tanıklık yapacakları konuyu bildirmeleri hususunda iki haftalık kesin süre verilmiş, davacı kadın verilen süreden sonra 08.04.2015 tarihli dilekçesi ile tanıklarını bildirmiştir. Davacı kadın dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış ancak ön inceleme duruşmasında verilen kesin sürede tanıklarını bildirmediği gibi izleyen tahkikat duruşmasında da hazır etmemiş, sonraki duruşmalarda hazır ettiği tanıkları dinlenmiştir. Bu sebeple davacı kadının kesin sürede bildirmediği ve izleyen tahkikat duruşmasında hazır etmediği tanıklarının beyanları kusur belirlemesinde dikkate alınmaz.” Yargıtay 2. HD T. 26/09/2019, E. 2019/3731, K. 2019/7749

⁵⁵ Tanrıver Süha, s.872; Ertanhan, s. 194-195; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2019, s. 301; Yılmaz, Şerh, s. 2676; Atalay, Pekcantez Usul, s. 1889; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 439; Erişir, s. 192; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 519;

⁵⁶ “Taraflar, davanın veya savunmanın genişletilmesi yasağı sebebiyle yapamadıkları usul

Burada değinilmesi gereken bir husus acaba yetkisiz ya da görevsiz mahkemede dava açıldıktan ve tanık listesi verildikten sonra yetkisizlik veya görevsizlik kararı sonrası dosyanın yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesinden sonra yetkili ve görevli mahkemede yeni bir tanık listesi verilip verilemeyeceğidir.

Konunun anlaşılabilmesi için öncelikle ilgili kanun hükümlerine değinmekte fayda olduğunu düşünürüz. HMK 20. maddesinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerinde yapılması gerekenleri düzenlemiştir. İlgili hüküm *“Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, (...) (1) süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır ve görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece bu konuda resen karar verilir”* düzenlemesini içermektedir. Buna göre yetkisizlik veya görevsizlik kararı üzerine bu karar kesinleştiği ve taraflarca süresi içerisinde talepte bulunulduğu takdirde dosya yetkili ve görevli mahkemeye gönderilecektir. Öğretide haklı olarak ağırlıklı görüşe göre yetkili veya görevli mahkemede devam olunan davanın ayrı bir dava olmadığı ve açılan ilk davanın devamı olduğu savunulmaktadır⁵⁷. Yetkili veya görevli mahkemede yeniden harç alınmaması, yetkisizlik veya görevsizlik kararı veren mahkeme tarafından bu kararlarla birlikte yargılama giderine hükmolunmaması ve yargılama giderlerine yetkili veya görevli mahkeme tarafından hükmolunması, yine süresi içinde dosyanın yetkili veya görevli mahkemeye gönderilmesinin istenilmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğinin düzenlenmesi de yetkili veya görevli mahkemede açılan davanın ilk davanın devamı niteliğinde olduğunu göstermektedir⁵⁸.

Yetkili veya görevli mahkemede görülmeye devam olunan dava ilk davanın devamı niteliğinde olduğu ve mevzuatımızda hukuk yargılaması bakımından yetkisiz mahkemede yapılan gerek taraf gerekse mahkemece yapılan usul işlemlerinin geçersiz olduğu yönünde bir düzenleme bulunmadığı için yetkisiz veya görevsiz mahkemede taraflarca verilen tanık listesinin geçersiz

işlemlerini, karşı tarafın rızasına gerek duymadan ıslah yoluyla yapabilirler. Islah, tek taraflı bir usul işlemi olup, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Ancak Dairemiz yerleşik kararlarına göre ek dava niteliğinde olduğundan 6100 sayılı HMK'nın 177 nci maddesi uyarınca ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliği gereklidir. Islah ile; vakıalar, dava konusu ve talep sonucu değiştirilebilir. Islah yoluyla ikinci tanık listesi verilemez.” Yargıtay 9. HD T. 16/03/2015, E. 2015/5517, K. 2015/10485

⁵⁷ Tanrıver Süha, s.254; Kuru/Arslan/ Yılmaz, s.160.

⁵⁸ Tanrıver s.254; Kuru /Arslan / Yılmaz s.160.



olduğundan söz edilemeyecektir. Taraflarca yetkisiz veya görevsiz mahkemede verilmiş bile olsa usulüne uygun şekilde verilmiş bir tanık listesi olduğu için yetkili veya görevli mahkemelerde verilecek yeni tanık listesi artık ikinci tanık listesi verilme yasağına tabi olacak ve dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle yetkisiz veya görevsiz mahkemede tanık listesi verilmesi halinde artık yetkili veya görevli mahkemede ikinci kez tanık listesi verilemez.

B. İkinci Tanık listesi Verme Yasağı Kapsamına Girmeyen Haller

1. Tarafların Henüz Kendilerine Süre Verilmeden Önce Tanık isimleri Bildirmeleri

Tarafların uygulamada bazen kendilerine henüz tanık listesi sunulması için süre verilmeden önce dilekçelerinde tanık listesi bildirdikleri veya dava ve cevap dilekçesinin ekinde tanık isimleri bildirdikleri görülmektedir. Bu durumda tarafların kendilerine verilen süre içinde tanık bildirip bildiremeyeceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. HMK 240. maddesini amaçsal olarak yorumladığımızda söz konusu ikinci tanık listesi verilmesi yasağı tanık listesi için kendisine süre verilen tarafın bu listeyi verdikten sonra ikinci bir tanık listesi veremeyeceğine ilişkindir. Kanun koyucunun buradaki amacı davanın belirli aşamasında geldikten sonra tanık listesi veren tarafın sürekli olarak farklı tanıklar bildirmek sureti ile davanın uzamasını engellemektir.

Tarafların dilekçelerinde tanık isimleri bildirmesi ya da henüz kendilerine süre verilmeden bir dilekçe ile tanık isim ve adreslerini bildirmeleri ise teknik anlamda bir tanık listesi değildir. Zira henüz taraflara tanık listesi vermeleri için herhangi bir süre verilmiş değildir. Bu nedenle tarafların dilekçelerinde yahut süreden önce herhangi bir şekilde tanık bildirdikleri durumlarda kendilerine verilen süre içerisinde dilekçelerinde bildirmiş oldukları bu tanıklara başka tanıklar eklemesi ya da bu tanıkları değiştirmesi mümkündür. Bu husus ikinci tanık listesi verme yasağının ihlali anlamına gelmemektedir. Yargıtay da birçok kararından bu hususu vurgulamıştır⁵⁹. Bu şekilde bir yaklaşım tarafların iddia ve savunma haklarının kısıtlanmaması bakımından da önemlidir. Zira henüz karşı tarafın ne diyeceğini bilmeden bildirilen tanıkların tanık listesi sayılması ve daha sonra ikinci kez tanık listesi veremeyeceği şeklindeki yaklaşım ikinci tanık listesinin ıslah yolu ile dahi verilemeyeceği düşünüldüğünde büyük hak

⁵⁹ “Davacı kadın dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış, 01.09.2014 tarihli tanık listesinde iki adet tanık ismi ve adresi bildirmiş, ön inceleme duruşmasından önce bildirdiği tanıklar yanında iki tanık ismi daha bildirmiştir. Mahkemece, davacı kadının 08.09.2014 tarihli dilekçesinde bildirdiği tanıklar ikinci tanık listesinde bildirildikleri gerekçesiyle dinlenmeden hüküm verilmiştir. Ön inceleme duruşmasından önce ve henüz delillerin sunulması aşamasına geçilmeden yeniden tanık bildirilmesi halinde bunun ikinci tanık listesi olarak kabulü mümkün değildir.” Yargıtay 2. HD T. 25/05/2017, E. 2016/9980, K. 2017/6095; Yargıtay 22. HD T.23/01/2018, E. 2015/20384, K. 2018/1043.

kayıplarına neden olabilecektir. Bu nedenle biz de ortada henüz bu anlamda verilmiş bir kesin süre olmadığından taraflarca dilekçeler ya da süre verilmeden önce herhangi bir şekilde bildirilen tanıklar bakımından teknik anlamda bir tanık listesinden söz edilemeyeceği ve verilen süre içerisinde yeni bir tanık listesi sunulabileceğini düşünüyoruz.

2. Bildirilen Tanığın Herhangi Bir Nedenle Dinlenilmesinin Fiili Olarak İmkansız Hale Gelmesi

İkinci tanık listesi verilmesi yasağının istisnası denebilecek bir başka durum ise; tarafın vermiş olduğu tanık listesindeki tanıklardan bir ya da birkaçının tarafın herhangi bir kusuru olmaksızın olağan dışı bir nedenle dinlenilmesine imkan bulunmaması halidir. Söz gelimi; tarafın tanık listesinde ismini vermiş olduğu tanıklardan birinin beyanda bulunmadan ölmesi yahut ifadesinin alınamayacak şekilde ağır hastalanması, bitkisel hayata girmesi gibi hallerde bu husus tarafın kusuruna dayanmadığından ve tanığın dinlenilmemesi halinde hak kaybı olma ihtimali olduğundan sadece ölen ya da hastalanan bu tanığın yerine ikame edilecek şekilde yeni bir tanık gösterilmesi mümkün olacaktır ve bu durumda ikinci tanık listesi verme yasağı ile karşı karşıya kalınmayacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu durumlarda yeni tanık bildirilebileceğine hükmetmektedir⁶⁰.

3. Resen Araştırma İlkesinin Hakim Olduğu Haller

Hukukumuzda istisnai haller dışında taraflarca getirilme ilkesi hakimdir. Esasen gerek delillerle ilgili süreler gerekse ikinci kez tanık listesi verme yasağı taraflarca getirilme ilkesinin hakim olduğu davalarda uygulama alanı bulmaktadır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ve çekişmesiz yargı işleri (HMK m. 385, f. 2) kamu düzeninden olduğundan, söz konusu dava ve işlere ilişkin yargılamalarda yeni bir tanık listesi verilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin velayet davası, babalık davası, hizmet tespiti davası gibi davalarda ikinci tanık listesi verme yasağı işlerlik kazanmayacağı gibi hakim kendiliğinden araştırma ilkesi gereği taraflarca gösterilmeyen tanıkları da dinleyebilecektir.

⁶⁰ “Ancak ölüm olayı öngörülemeyen bir durum olup, tanıkların ölümü hali için yasada bir açıklama yoktur. Özel durum değerlendirilerek bu durumun belgelendirilmesi halinde ikinci tanık listesi verilebileceğinin kabulü gerekir. (8.H.D. – 09.05.2000 tarih, 2000/3243 E-3945 K; Baki Kuru 3. cilt syf. 2590) .Bunun dışında , davacı vekilinin delil olarak dayandığı taraflara arasındaki boşanma dosyası ve Asliye Ceza Mahkemesi dosyaları da incelenmemiştir. Mahkemece, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınmak suretiyle, davalının ölen tanıklarının yerine ikinci tanık listesi ile bildireceği tanıklar dinlenilerek ayrıca davanın delil olarak dayandığı yukarıda belirtilen dava dosyaları da celp edilip incelenmek suretiyle karar verilmesi gerekirken, bu yöndeki davalı talebinin reddi ve eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 3. HD T. 25/12/2014, E. 2014/12832, K. 2014/17296.

4. Sonradan Delil Göstermenin Mümkün Olduğu Haller(HMK 145)

HMK 145. maddesinde sonradan delil göstermenin mümkün olduğu haller düzenlemiştir. Buna göre bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilecektir. Burada en önemli husus delilin süresi içerisinde ileri sürülememesi tarafın kusurundan kaynaklanmamalı veya sonradan delil sunulması yargılamayı uzatma amacı taşımamalıdır. Tarafın salt ihmalkarlığı yahut bilgisizliği nedeni ile delil bildirmedigi hallerde HMK m.145 hükmünden yararlanma imkanı bulunmamaktadır. Burada talep çok dikkatli şekilde değerlendirilerek karar verilmelidir⁶¹. Kanunun lafzına bakıldığında bu iki şartın alternatifli olarak düzenlendiği yani şartlardan birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu sonucu çıkmaktadır. Öğretide bu durum eleştirilmiştir. Bir takım yazarlara göre⁶² burada aranan şartlar kümülatif olarak aranmalıdır. Bize göre de bu şartların alternatifli olarak aranması uygulamada bir takım sorunlara neden olabilecektir. Zira tarafın ne derecede bir kusurunun ya da ihmalinin olduğunu tespit etmek oldukça zordur. Bu nedenle en azından iki şartın birlikte aranması maddeden yararlanma koşullarını sağlayan tarafın daha kolay şekilde tespit edilmesini kolaylaştıracak ve hükmün kötüye kullanılma ihtimalini düşürecektir. Aksinin kabulü yargılamayı gereksiz yere uzatabileceği gibi taraflar arasında eşitsizlik de yaratabilecektir. Ancak bu hükmün tanık bakımından uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır.

Bolayır'a göre, ikinci tanık listesi verme yasağı HMK m. 145 hükmü ile aşılabilir; HMK m. 145 uyarınca tanık delili ileri sürülebilmesi, ancak daha önce tanık deliline dayanılmamış olması halinde mümkündür. Ancak bir defa usulüne uygun biçimde tanık listesi verildikten sonra, artık daha sonrada başka bir tanığın varlığından haberdar olsalar ve bu durum ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmamış olsa bile taraflar artık ikinci kez tanık listesi veremezler. Zira kanun koyucu bu duruma bir istisna getirmek isteseydi bunu açıkça düzenlerdi⁶³. Bu görüşe göre, özetle, ikinci tanık listesi verilmesi yasağı, sonradan delil gösterme kuralına bir istisna teşkil etmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise HMK m. 145 hükmü, 240. maddenin bir istinası olarak kabul edilmelidir. Yani sonradan yeni tanık gösterilmesi yargılamayı uzatma amacı taşııyorsa veya tarafın kusurundan

⁶¹ Pekcanitez, s.1760

⁶² Ulukapı, Ömer/Yardımcı, Taner Emre, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi, s. 484, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 483-507 (Basım Yılı: 2015); Bolayır, N., Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul Aralık 2013, s. 202.

⁶³ Bolayır, s. 364-365.

kaynaklanmıyorsa HMK m. 145 hükmünden yararlanarak yeni tanık göstermesi mümkün olmalıdır⁶⁴. Zira HMK' nun 145. maddesinde deliller bakımından herhangi bir ayırım yapılmış değildir. Bu nedenle ilgili madde hükmünün tüm deliller bakımından uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Kaldı ki bu durumun aksinin kabulü halinde tarafların kusuru olmaksızın bildirilmeyen ve sonradan gösterilen tanığın dinlenilmemesi halinde ciddi hak kayıpları meydana gelebilecektir. Örneğin bir boşanma davasında olaylara çok yakından şahit olan ancak felçli olması nedeni ile dinlenmesi mümkün olmayan tanığın bu sebeple tanık listesinde yer almaması halinde yargılama sürecinde aniden iyileşmesi durumunda tanık olarak dinletilmek istenmesi halinde artık bu kişinin HMK m.145 hükmü gereği ikinci tanık listesi yasağına takılmaksızın dinlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira bu kişinin tanık listesinde gösterilmemesi tarafın kusurundan kaynaklanan bir husus değildir. Bu nedenle HMK' nun 145. madde hükmünün tanıklar dahil tüm deliller için uygulanmasının başka bir söyleyişle şartları sağlandığı takdirde ikinci tanık listesi yasağını dahi aşacak şekilde uygulanmasının daha doğru bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Zira ikinci tanık listesi verilmesi yasağının amacı daha sonra tanıklar gösterilerek vakıaların ispatlanmasını önlemek değil tanıkla ispat hakkının kötüye kullanılmasını önlemektir⁶⁵. Ancak yukarıda değinildiği üzere tanık delili bakımından da HMK' nun 145. maddesinde yer alan şartları kümülatif olarak aramak yerinde olacaktır.

5. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağına Tabi Olmayan Haller

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, medeni usul hukukundaki teksif ilkesinin bir sonucu olup yargılamanın kısa sürede sonuçlanması için tarafların iddia ve savunmalarının dayanağı olan vakıaları yargılamanın belli bir aşamasından sonra ileri sürmesini engelleyen bir hukuk kuralıdır⁶⁶. Buna göre taraflar iddia ve savunmalarının dayanakları olan vakıaları ve bu vakıaların ispatlanması için gerekli olan delilleri yasak başlamadan önce ileri sürmelidir. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı yazılı yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile basit yargılama usulünde ise dava ve cevap dilekçesinin verilmesi ile başlamaktadır⁶⁷.

Taraflar kural olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı başladıktan sonra yeni bir vakıa ileri süremeyecekleri gibi delil

⁶⁴ Erdönmez, s. 42; Ertanhan, Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s.203.

⁶⁵ Ertanhan, s. 191., Bilgiç, Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2018, s. 136.

⁶⁶ Tanrıver, s.677

⁶⁷ Tanrıver, s.678; Kuru/Arslan/ Yılmaz, s.293.



de bildiremezler. Ancak taraflardan herhangi biri iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının istisnası olarak, söz gelimi yargılama sırasında meydana gelen bir olay bakımından yeni bir vakıa ileri sürdüğü takdirde artık yeni ileri sürülen bu vakıa için yeni ve farklı tanık bildirilebilecek ve bu durumda ikinci tanık listesi verme yasağı işlerlik kazanmayacaktır⁶⁸. Zira ikinci tanık listesi verme yasağı esasen aynı vakıalara ilişkindir. Bu nedenle iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamına girmeyen ya da bu yasağın aşılabildiği durumlarda verilen tanık listesi ikinci tanık listesi olarak değerlendirilmeyeceğinden yeni tanık bildirmek mümkün olacaktır⁶⁹.

SONUÇ

6100 sayılı HMK’nda tanık listesinin ne zaman sunulacağına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunda diğer deliller bakımından süre ile ilgili öngörülen hükümlerin tanık delili bakımından da uygulanmasının önünde kanuni bir engel yoktur. Bu husus usul kurallarında kıyasın caiz olması ile de örtüşmektedir. Bu nedenle her ne kadar kanunda aksine bir düzenleme olmaması nedeni ile tanık listesi için her aşamada taraflara süre verilebileceği düşünülse de delillerin karşılıklı olarak iddia ve savunmaların öğrenilmesinden sonra sunulması daha uygun olacaktır. HMK’nun diğer deliller için de davanın her aşamasında değil belli aşamasında delil ibrazını öngörmesi karşısında mahkemece diğer deliller bakımından öngörülen sürelerin uygun düşüğü ölçüde tanık listesi için de uygulanmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

HMK’nda 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler incelendiğinde bu değişikliklerin ortak paydasının usul ekonomisi olduğu görülmektedir. Sadece HMK’nda değil muhtelif diğer kanunlarda da son zamanda yapılan değişikliklerin büyük bölümü usul ekonomisi ile ilgili olup asıl amaç yargılamanın olabildiğince kısa sürede ve daha az masrafla yapılmasını sağlamaktır. Bu nedenle HMK’nda yapılan değişikliklerin delillerin sunulması ile ilgili hükümlerinin bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir. Kanunun gerekçesi de bu hususu doğrulamaktadır. Bu nedenle değişiklikten önce taraflara delil listesi ve tanık listesi için ön inceleme ile verilen sürenin değişiklik ile birlikte artık ön inceleme davetiyesinin tebliği ile verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Zira davetiye çıkarılmadan önce dilekçeler teatisi aşaması tamamlandığı için taraflar karşılıklı olarak iddia ve savunmalardan haberdar olmuşlardır. Bu iddia ve savunmalara karşı tanık bildirebilecek aşamaya gelinmiştir. Nitekim yapılan değişiklik gereği ön inceleme duruşmasında ıslah haricinde iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi

⁶⁸ Tanrıver, s.685; Kuru/Arslan/ Yılmaz, s.298.

⁶⁹ Ertanhan, s. 201-202, Bilgiç,s.133.

mümkün olmadığı için taraflar arasındaki uyumsuzluk dilekçelerde gösterilen vakıalar üzerinden tespit edilecektir. Her ne kadar ön inceleme duruşmasında tarafların sulh olma ihtimali bulunsa da sulhun yargılamanın her aşamasında yapılabileceği, sulh olunan hususlar bakımından ispata gerek olmadığı, tarafların başvurduğu delillerden vazgeçmesinin önünde herhangi bir engel de bulunmadığı bu nedenle her ne kadar 139. maddede “belge” den söz edilse de değişiklikten önce tanıklar için de uygulanan bu hükmün değişikten sonra sırf tanıklık için böyle bir düzenleme olmadığından bahisle uygulanmamasının doğru olmadığı hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde taraflara ön inceleme davetiyesinin tebliği ile birlikte tanık listesi sunmak için süre verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz.

İkinci tanık listesi verme yasağı, kamu düzeni ile ilgili olduğu için özellikler taraflarca getirilme ilkesinin hakim olduğu davalarda ıslah veya karşı tarafın açık muvafakati ile dahi bu yasağın aşılmasına imkan yoktur. Sadece belli bazı durumlarda tarafların yararı gereği çok istisnai olarak bu yasağın aşıldığı durumlar karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce özellikle HMK’nda 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı yasa ile yapılan değişiklik bakımından farklı uygulamaların önüne geçmek ayrıca usul ekonomisi ilkesi de nazara alınarak HMK 139. madde hükmündeki “belge” ibaresinin madde metninden çıkartılarak “delil” ibaresinin eklenmesi yahut tanık listesinin ne zaman sunulacağına ilişkin tanıklık ile ilgili HMK m. 240 ve devamı madde hükümlerine bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir. En azından usul ekonomisi gereği özellikle basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda delil ile ilgili HMK m. 318 hükmüne delil listesi ve tanık listesi verme süresinin ön inceleme davetiyesinin tebliği ile başladığına ilişkin bir hüküm eklenmesinin yargılamanın daha hızlı şekilde sonuçlanması ve uygulamada ortaya çıkacak sorunların önüne geçmesi bakımından yerinde olacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk/ ÖZLER-ERCAN, Meltem: Tanık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi), TAAD, Yıl:9, Sayı:34 (Nisan 2018), s.61-73.

AKİL,Cenk: Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukukunda Tanık Listesi, TBB Dergisi, 2020, Sayı: 149, s.153-185.

AKİL,Cenk: Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil İleri Sürüp Süremeyeceği Meselesi, TAAD, S:48 ,Ekim 2021, s.1-20.

AKKAYA, Tolga: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi, Eskişehir 2003.



- AKKAYA, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- ARAS, Aslı: Cevap Dilekçesi Vermemenin Hukuki Sonuçları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1927-1952.
- BİLGİÇ, Hasan Basri: Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2018.
- BOLAYIR, Nur: Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü, Aralık 2013.
- ÇİFTÇİ, Pınar: Boşanma Davasında Delillerin Sonradan Gösterilmesi ve İbrazına İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 15-61.
- ERDÖNMEZ, Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD Eylül-Ekim 2013, C.LXXXVII, S.5, s.15-53.
- ERMENEK, İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S:1, 2021, s.139-177
- EROĞLU, Orhan: Islah, 4.B, Ankara 2021.
- EROĞLU, Orhan: Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap ve Cevap Dilekçesi Vermemenin Sonuçları, ABD, 2018/2, (s.25-68).
- ERTANHAN, Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- GÜNEY, Erhan: Usul Hukukunda Islah, Ankara-2021.
- JÜRGEN AHRENS, Hans/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İstinafta Delil İkamesinin Sınırlandırılması, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (4).
- KAYA, Mert: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Gösterilmesi, Mersin 2019.
- KAMERCAN, Fatih: Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara Barosu Dergisi, Ekim 2018, s.151-192.
- KALE, Serdar/ KESER, Salih: Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi.
- KORKMAZ-TAŞ, Hülya: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukukî Dinlenme Hakkı ile İlişkisi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Yayın Sayısı:10, Y.T: 01.08.2008.
- KÖROĞLU, Anıl/ TAHİROĞLU, Fatih: Medeni Usul Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme, TAÜHFD, 2020; 2(1): s. 221-248.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.

ÖZÇELİK, Volkan: Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Kayseri 2019.

ÖZÇELİK, Volkan: Medeni Usul Hukukunda Hakimin Verdiği Kesin Süre, TBB Dergisi, 2017, Sayı: 129, s.133-160

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKEŞ, Muammer: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme.

PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

TANGAL, Abdülaziz: Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme, Ekim 2016.

TANRIVER Süha: Medeni Usul Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.

TULUMLU, Mehmet Akif: Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara 2019.

TULUMLU, Mehmet Akif: Medeni Usul Hukukunda Islah, 5.B, Ankara 2021.

TULUMLU, Mehmet Akif: Delillerin Gösterilmesinde Islah, Terazi Hukuk Dergisi, S:105, Mayıs 2015, s.110-112

TULUMLU, Mehmet Akif: Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil Gösterme Hakkı Düşer mi? Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C:11, S:120, Ağustos 2016, s.134-138.

TÜRKEL-ÇİFTÇİ, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları, İzmir 2016.

ULUKAPI, Ömer/YARDIMCI, Taner Emre : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 483-507 (Basım Yılı: 2015).

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2B, Ankara 2014



ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT

Withdrawal From Ordinary Concordat Claim

Mehmet Ünsal CANDEMİR*

Özet

Adi konkordato süreci borçlunun ya da alacaklılardan birisinin başvurusu ile başlamaktadır. Tasarruf ilkesinin yansıması olarak sürecin borçlunun tek taraflı iradesi ile sona ermesi, başka bir deyişle borçlunun adi konkordato talebinden feragat etmesi mümkündür. Adi konkordato talebinden feragate İcra ve İflas Kanunu'nda sadece konkordato mühletinin kaldırılması ve borçlunun iflâsı sebeplerinden birisi olarak yer verilmiş, adi konkordato talebinden feragatin niteliği, şartları ve hükümleri açısından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunda düzenlemenin mevcut olmaması nedeniyle hem konkordato talebinden feragatin şartları hem de hükümleri muhtelif açılardan değerlendirilmeye açıktır. Adi konkordato talebinden feragatin hukuki niteliği, şartları ve sonuçları incelenirken adi konkordato ve feragat kurumlarının özellikleri dikkate alınmalıdır. Adi konkordato yargılamasının çekişmesiz yargı işi olması ve konkordato talebinde maddi hukuka dair bir hakkın korunması talep edilmediğinden ötürü davadan feragate ilişkin hükümlerin adi konkordato açısından tam olarak tatbiki de mümkün olmamaktadır. Gerçekten, feragatin hukuki niteliği, şartları, zamanlaması ve feragat beyanının sonuçları yönünden davadan feragat ile adi konkordato talebinden feragat arasında ciddi farklılıklar olduğu görülmektedir.

Anahtar Sözcükler: Adi konkordato, feragat, çekişmesiz yargı, iflâs, borçlu

Abstract

Ordinary concordat process is initiated by the debtor's or the creditor's claim. As the reflexion of the disposition maxim, the concordat process may be concluded by means of the unilateral intent, in other words by the withdrawal of the debtor. On the other hand, the withdrawal from ordinary concordat claim is just stated as a ground for the removal of the concordat term and for the declaration of bankruptcy. On the other hand, the law does not provide the characteristic, the conditions, and the provisions of the withdrawal from ordinary concordat claim. Since the law has no such regulation accordingly, the conditions and the provisions of the withdrawal from concordat claim are entitled to be assessed from different perspectives. In order to review the characteristic, the conditions and the results of the withdrawal from ordinary concordat claim, one shall consider the attributes of the institutions of ordinary concordat and withdrawal. Considering that the ordinary concordat is a non-contentious proceeding, and the concordat claim does not cover the protection of a right concerning substantial law, the complete application of the provisions related to the withdrawal in action is not possible. In fact, as one can see, the withdrawal in action and the withdrawal from

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Avukat, İstanbul Barosu; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, unsalcandemir@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0001-5798-2867>

ordinary concordat claim have significant dissimilarities in terms of legal characteristic, conditions, timing, and the results of the withdrawal claim.

Keywords: Ordinary concordat, withdrawal, non-contentious proceedings, bankruptcy, debtor

GİRİŞ

7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile beraber 15 yıllık bir aranın ardından ihya edilen adi konkordato kurumu alışılmış hukuki kavram ve tanımların içine tam olarak sığmayan, birçok farklı yüzü ve özelliği olan bir hukuk kurumudur. Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinin genelinde yer verilen bu kurum hukukumuzda İsviçre’den iktibas edilmiştir. Keza 7101 sayılı Kanun ile adi konkordatoda yapılan değişiklikler de birçok yönden, İsviçre’de mevcut bulunan Borç İçin Takip ve İflas Hakkında Federal Kanun’un (Loi Fédérale Sur La Poursuite Pour Dettes Et La Faillite – “İsvİİK”) konkordatoya ilişkin hükümlerinde esaslı bir biçimde gerçekleştirilen, 21 Haziran 2013 tarihli kanun değişikliğinden etkilenmiş bulunmaktadır.

Öte yandan 7101 sayılı Kanun ile yeniden şekillenen, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’ndaki (İİK) konkordatoya ilişkin hükümler bazı noktalardan İsviçre’deki düzenlemelerden ayrılmaktadır. Keza 7101 sayılı Kanun’un konkordatoya ilişkin hükümlerinin kabul edilmesinin arkasında yatan asıl düşüncenin, uzun süredir amacından sapmış şekilde, yozlaşmış bir kurum olarak uygulanan iflâs ertelemenin kaldırılmasının akabinde mali anlamda zorluk yaşayan borçlular için yeni bir hukuki imkân ihdas edilmesi olduğu gözetilmelidir. Bu yönden, İsviçre’deki düzenleme ile amaç yönünden farklılaşma olduğunu söyleyebiliriz.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden adi konkordato talebinden feragat, mehaz İsvİİK’nun aksine İİK m. 292’de mühletin sona erme sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. İİK m. 292/1-d hükmüne göre “*Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse.*” mahkeme kesin mühletin kaldırılmasına ve iflâsa tabi olan borçlunun iflâsına karar verecektir. Bu hüküm dışında konkordato talebinden feragate ilişkin sair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Terim açısından ilgili kanun hükmünde konkordatodan feragatin değil konkordato talebinden feragatin tercih edildiği görülmektedir. Konkordato teriminin salt konkordato sürecini değil, aynı zamanda süreç sonunda alacaklılar ile borçlu arasında akdedilen ve mahkemenin tasdiğiyle geçerli hale gelen, geniş anlamda anlaşma niteliğindeki konkordatoyu da ifade ettiği göz önüne alındığında feragatin konusunun konkordato talebi ile sınırlandırılması son derece doğrudur. Çalışmamız ise tüm konkordato türleri için değil, sadece adi konkordato talebinden feragat üzerine yoğunlaşmaktadır.

Adi konkordato talebinden feragati incelemeye değer kılan başlıca husus, konkordato ve feragat gibi hali hazırda niteliği tartışmalı olan ve birçok hukuki yönü bulunan iki kavramın kesiştiği noktada yer almasıdır. İkinci olarak ise adi konkordato talebinden feragate ilişkin kanuni düzenleme bağlamında feragatin gerçekleştirilmesi ve onun ötesinde feragatin sonuçları özellikle uygulamada arz ettikleri önem sebebiyle müstakil bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda öncelikle adi konkordato talebinden feragatin hukuki niteliğini, konkordato ve feragat kurumlarının birbirleriyle ilişkisi çerçevesinde ele aldıktan sonra konkordato talebinden feragatte izlenmesi gereken usulü ve nihayetinde konkordato talebinden feragatin sonuçlarını değerlendireceğiz.

I. ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGATİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. FERAGATİN, KONKORDATONUN HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Feragat, şekli hukuk açısından son derece farklı özellikler arz eden bir kurum niteliğindedir. Medeni usul hukuku çerçevesinde, feragat hem usul hukuku hem de maddi hukuk işlemi özelliği gösteren bir işlemdir. Bu nedenle aynı özellikteki sulh ve kabul ile beraber çifte karakterli işlem olarak nitelendirilmektedir¹. Buradaki çifte karakter feragatin, hem davayı sona erdirmesi sebebiyle usuli hem de davacının talep sonucundaki talebinden vazgeçmesi nedeniyle maddi hukuka doğrudan tesir etmesinden gelmektedir.² HMK m. 307’de verilen “*Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir.*” tanımı da kurumun taşıdığı çifte karaktere işaret etmektedir.

HMK m. 307 vd. hükümlerinde düzenlenen feragatin konkordato kurumu ile uyumu ise tartışılması gereken bir noktadır. Konkordatonun hukuki niteliği üzerine düşünmek ve bu düşünme faaliyeti sonucu yapılan saptamalar ile feragat kurumunun özelliklerini birlikte değerlendirmek doğru olacaktır. Konkordatonun hukuki niteliği noktasında, tek yönü bir niteleme yapmanın ötesinde konkordatonun farklı yüzleri üzerinde durmak daha doğru olacaktır³.

¹ Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, (Yetkin 2011), 193; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, (Kudret Basım San. Ve Tic. A.Ş. 2001), 163; Evren Koç, *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları*, (Sümer 2021), 89.

² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV*, (Demir Demir, 2001), s. 3544; Karşlı, *Usuli İşlemler*, 163.

³ Konkordatonun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2019) 19 vd.; Süha Tanrıver ve Adnan Deyneki, *Konkordatonun Tasdiki*, (Yetkin Yayınları, 1996) 32; Selçuk Öztekin, *Yeni Konkordato Hukuku (Öztekin – Konkordato Şerhi)*, (2. Baskı, Adalet 2019), N. 10; Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, (İstiklal Matbaası 1973) 207 – 227; Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998), 52 – 83.

Böyle bir tercihte bulunmamızın sebebi ise konkordato kurumu için yapılabilecek genel nitelikteki tüm tanımlamalara itiraz edilebilecek bir nokta bulunmasının mümkün olmasıdır.

Bu sebeple adi konkordato kurumunu, konumuz açısından üç bölüm halinde ele almayı tercih etmekteyiz.

1. Bir Çekişmesiz Yargı İşı Olarak Adi Konkordato

En geniş çerçevede, adi konkordato görevli ve yetkili merci (asliye ticaret mahkemesi) önünde başvuru bir hukuki imkan olarak değerlendirilebilir. Bu nitelemedeki odak noktasını adi konkordato için yapılan başvuru teşkil etmektedir. Gerçekten de konkordato, her şeyden önce borçlunun iflâstan, iflâsa tabi değilse ardı arkası kesilmeyen icra takiplerinden kurtulması ve borçlarının yeniden yapılandırılması için kabul edilmiş bir hukuki imkan niteliğindedir⁴. Her ne kadar adi konkordato genel olarak bir cebri icra usulü olarak adlandırılmışsa ve tasfiye yolu olarak tanımlanmışsa da iflâstan farklı olarak borçlunun gerçekleştirdiği bir tasfiyeden ve nihayetinde borçluyu himayeyi amaçlayan bir usulden söz edilmektedir⁵. İİK m. 285'te konkordatonun, borçlunun borçlarını ödeyebilmesi veya iflâstan kurtulabilmesi amacını taşıdığı ifade edilmesi de bunun göstergesidir. Nitekim adi konkordatonun Fransa'da ve İtalya'da "önleyici konkordato" (concordat preventif/ concordato preventivo) olarak nitelendirilmesi, konkordatonun esas amacının iflâsı önlemek olduğunu ortaya koymaktadır⁶.

Konkordatoyu, bir hukuki imkan olarak ele aldığımızda ne tür bir hukuki imkan olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Bu bakımdan öncelikle konkordato kapsamında mühlet verilmesi, komiser atanması ve konkordatonun tasdikinin kanunen çekişmesiz yargı işı olarak tanımlandığını söylemek gerekmektedir (HMK m. 382/2-f-6 ve 7). Bunun dışında ise konkordato başvurusunun, çekişmesiz yargı için HMK m. 382/1'de aranan kıstasların tamamını karşıladığı görülmektedir⁷. İhtilaf yokluğu kıstası yönünden, konkordatoya ilişkin

⁴ Saim Üstündağ, *İflas Hukuku*, (6. Bası, 2002) 197; Necmeddin M. Berkin, *İflas Hukuku*, (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1972) 523; Sabri Şakir Ansay, 'Konkordato', (1940) 31(3) Adliye Ceridesi, 158, 158; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato (Vedat Kitapçılık 2018), s. 4 -5; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes ve Meral Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (7. Bası, On İki Levha Yayınevi 2020), 477 - 478; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, (4. Bası, Yetkin Yayınları 2021), s. 618.

⁵ Ansay (n 4) 158; Tanrıver ve Deynekli (n 3) 30.

⁶ İlhan E. Postacıoğlu, *Konkordato*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965), 11; Pekcanitez, Atalay, Özkes ve Erdönmez (n 4) 481; İtalya'daki düzenleme için bkz. Legge Fallimentare Regio Decreto 16 Marzo 1942, n. 267, Art. 160 vd., (Altalex.it)

⁷ Bir hukuki çarenin çekişmesiz yargı işı olarak görülmesi için KURU'ya göre ihtilaf yokluğu, inşai tesir, subjektif hakkın yokluğu ve re'sen harekete geçme üzere dört kıstasa başvurulması gerekmektedir. Bu kıstaslardan birisi ya da birden fazlasına giren bir

öngörülen usule baktığımızda da her ne kadar bir tarafta borçlu, diğer tarafta alacaklılar mevcutsa da borçlu ve alacaklı arasında bir davacı – davalı ilişkisi bulunmamaktadır. Re’sen harekete geçme kıstasına baktığımızda, konkordato süreci borçlunun ya da alacaklılardan birisinin başvurusu ile başlasa da konkordato süreci içinde komiser ve mahkemenin birçok noktada borçludan ve alacaklılardan daha fazla doğrudan rolü bulunmaktadır. Örneğin, mahkeme gerek mühletin gerekse tasdikın şartlarını re’sen incelemektedir. Keza konkordatoda maddi hukuktan doğan bir hakka ilişkin bir talebin yokluğunu da dikkate almak gerekmektedir⁸. Son olarak kanunda sayılmayan ancak doktrinde kabul edilen, inşai tesir kıstası açısından bakarsak, konkordatonun tasdikine veyahut mühletin kaldırılması ya da tasdik talebinin reddi nedeniyle verilen karar yeni bir durum yaratmakla inşai tesiri haiz olmaktadır. Bu bakımdan konkordatonun ön plana çıkan ve feragat açısından değerlendirilmesi gereken birinci özelliği çekişmesiz yargı işi olmasıdır.

Diğer taraftan çekişmesiz yargının tanımını çok genel bir şekilde objektif hukukun mahkemelerce çekişmesiz yargı kapsamına giren işlere tatbiki olarak yaptığımız durumda⁹ konkordatonun bu tanımın kalıbına sığmadığını söyleyebiliriz. Konkordatonun borçlunun ve her ne kadar uygulamada rastlanmasa da alacaklının talebine bağlı olarak başlayan bir süreç olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. Nihayetinde konkordatoya başvuran borçlu, bunu kendi iradesi ile, herhangi bir kanuni zorunluluk olmaksızın gerçekleştirmektedir. Başka bir deyişle mahkemece re’sen başlatılan bir konkordato prosedürü mevcut değildir. Bu bakımdan konkordato başvurusunda HMK m. 24 bağlamında tasarruf ilkesi mevcuttur.¹⁰ Konkordato sürecinin devamı konusunda tasarruf ilkesinin mevcudiyeti ise konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir. İlk bakışta, adi konkordato talebinden

işin çekişmesiz yargı işi niteliğini haiz olacağını ifade etmektedir. Bununla beraber sadece inşai tesir kıstasının varlığı halinde doğrudan çekişmesiz yargı işinin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu halde diğer kıstasların mevcudiyetine de bakılmalıdır (Baki Kuru, *Nizasız Kaza (NK)*, (Ajans Türk Matbaası 1961) 39 – 40.

⁸ Ali Cem Budak, ‘Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı’, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV*, (TBB Yayınları 2005) 142; Altay ve Eskiocak (n 3) 350; komiser atama işleminin çekişmesiz yargı işi olduğu hakkında bkz. Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, (Yetkin Yayınları 1993), 102.

⁹ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I* (Demir Demir 2001), 32; Budak, s. 129.

¹⁰ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 4) 635; Çekişmeli yargıda tasarruf ilkesi yargılamının başlangıcından sonlandırılmasına kadar geçerli olan bir ilkedir. Çekişmesiz yargılamaya açısından ise tasarruf ilkesinin varlığından mutlak şekilde bahsetmek mümkün değildir. Bazı çekişmesiz yargı işlemlerinin başlangıcı ilgilinin talebiyle olmakla beraber bazıları re’sen mahkemece başlatılmaktadır. Tarafın talebi ile başlatılan çekişmesiz yargı işlerine de re’sen araştırma ilkesi hakim olduğundan bunların sonlandırılması kural olarak ilgilinin iradesine bağlı değildir (Aslı Aras, ‘Çekişmesiz Yargıda Tasarruf İlkesi’, (2014) 27(1) MİHDER, 53, 53-55).



feragatten bahsedildiğinde tasarruf ilkesinin sadece başvuru ile değil sürecin yürütülmesinde de geçerli olduğunu peşinen söylemekte beis olmadığı söylenebilir¹¹. Ancak kesin bir kanaate varmak adına, özellikle tasarruf ilkesinin konkordato bakımından ne denli geçerli olduğunu tespit etmek adına konkordatonun hukuki niteliğine diğer yönlerden de bakmak icap etmektedir.

2. Geçici Hukuki Koruma Niteliği Yönünden Konkordato

Adi konkordatonun ikinci yüzünü, Mahkeme tarafından verilen mühlet kararına bağlı sonuçlar oluşturmaktadır. Mahkemenin mühlet kararı verdiği durumda geçici ve akabinde kesin mühlete bağlı sonuçlar esas itibarıyla konkordatoya başvurulmasının sonuçları niteliğindedir. Bu bakımdan mühlet ile konkordato özdeşleşmektedir.

Bu özdeşlik üzerinden yorumlamaya çalışıldığında konkordatonun geçici hukuki koruma niteliğini haiz olduğu görülmektedir. İİK m. 294'te düzenlenen, kesin mühletin (adi) alacaklılar bakımından sonuçları değerlendirildiğinde bunların her biri, borçlunun alacaklılara karşı korunmasını sağlayan, konkordato süreci boyunca devam edecek olan yani geçici nitelikteki tedbirler mahiyetindedir. Benzer şekilde adi konkordato sadece borçlu değil, aynı zamanda alacaklı için de konkordato mühleti süresince geçici koruma sağlamaktadır¹². İİK m. 287 uyarınca Mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alma zorunluluğu taşımasının yanında komiser atanması ve özellikle m. 297'de yer verilen, borçlunun tasarruf ehliyetine ilişkin sınırlamalar alacaklı lehine tanzim edilen tedbirlerdir. Keza mühletin yürütülmesi dışındaki hususlarda da ihtiyati tedbir kararı verilebilmektedir. Örneğin, çekişmeli alacakların konkordato nisap hesabına katılması hususunda da mahkemenin vereceği karar (m. 302/7) geçici hukuki koruma niteliğinde kabul edilmektedir¹³.

Geçici hukuki korumalar açısından baktığımızda kural olarak tasarruf ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin ihtiyati tedbir açısından tasarruf ilkesi tıpkı dava hakkının kullanımında olduğu gibi geçerlidir. Bununla beraber, tasarruf ilkesi tüm geçici hukuki koruma türleri için mutlak şekilde uygulanmamaktadır. Özellikle icra ve iflâs hukukuna ilişkin bazı geçici hukuki

¹¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 4) 635.

¹² Doktrinde mühlet kararına karşı kanun yoluna başvurulamaması nedeniyle süper geçici hukuki koruma olarak nitelendirilmiştir (Serhat Sarısözen, 'Geçici ve Kesin Mühlet Kararı', 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı/ 5-6 Ekim 2018 (2019), 44 ; Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, 'İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri', (2015) 31(2), MİHDER, 21, 32.

¹³ Cengiz Serhat Konuralp, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha 2013) 128.

koruma türlerinde tasarruf ilkesi geçerli değildir. Şikâyet kapsamında icranın mahkemece re'sen durdurulabilmesi buna örnektir¹⁴.

Adi konkordato özelinde konuyu ele alırsak, mahkeme tarafından başta takip yasağı olmak üzere tedbirlere kanuni düzenleme nedeniyle karar verilmesi, kuruma aynı zamanda geçici hukuki koruma hüviyeti kazandırmaktadır. Diğer taraftan konkordato sürecinin tasdik ya da mühletin kaldırılması şeklinde sona ermesi durumunda borçlu, mahkemece tayin olunan geçici hukuki korumalardan da mahrum kalacaktır. Haliyle borçlunun konkordato sürecini sona erdirmeye yönelik iradesine sonuç bağlanması, borçlunun mühlet kararına bağlı geçici hukuki korumalar üzerinde tasarrufta bulunması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda adi konkordatonun geçici hukuki koruma yönünün adi konkordato talebinden feragat bağlamında belirleyici niteliği bulunduğunu söyleyebiliriz.

3. Cebri İcra Hukukuna İlişkin Anlaşma Niteliği Yönünden Konkordato

Nihayet adi konkordatonun üçüncü yüzü ise, tasdik ile hem borçlu hem de alacaklılar için bağlayıcı nitelik kazanan, cebri icra hukukuna ilişkin bir anlaşma mahiyetidir. Burada bahsi geçen anlaşma borçlar hukuku bağlamında bir anlaşma anlamına gelmemektedir. Daha ziyade, borçlunun ve alacaklının, borçların belirli bir şekilde tasfiyesine ilişkin ortak iradesini ifade etmektedir. Kurumun kelime anlamına ve Almanca'daki karşılığına (Nachlassvertrag) baktığımızda da sözleşme olarak tanımlanmasının tamamen ilgisiz olmadığı görülmektedir¹⁵.

Öğretide, konkordatonun niteliğine ilişkin yapılan tartışmalar genel itibarıyla konkordatonun bu anlaşma yönü yani tasdik edilmiş konkordato çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Nitekim adi konkordatonun niteliğine ilişkin ortaya atılan cebri sözleşme teorisi¹⁶, kanuni işlem teorisi, hüküm teorisi ve günümüzde hakim olan cebri icra usulü teorisine¹⁷ baktığımızda bunların tamamı, konkordato sürecinin başarılı şekilde tamamlandığı ve nihayet konkordatoya

¹⁴ Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013) 291.

¹⁵ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2020), 565; Serhat Sarısözen, *Konkordato* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 99.

¹⁶ Antoine Favre, *Droit Des Poursuites*, (3e édition, Fribourg 1974) 389; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (Yetkin Yayınları 2020), 502; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 15) 565; Enver Buruloğlu ve Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, (Yörük Matbaası, 1968), 3: Yazarlara göre konkordato alacaklıların oyları ve mahkemenin tasdiki ile gerçekleşen bir sulh akdidir.

¹⁷ Ansay (n 4) 160; Altay ve Eskioçak (n 3) 22; Tanrıver ve Deynekli (n 3) 34; Ulukapı (n 3) 81 vd.; İsviçre'de ülkemizde hakim olarak yapılan tanıma göre konkordato, belli bir alacaklı çoğunluğunun muvafakatine bağlı olarak borçlunun ekonomik faaliyetine imkan veren özel bir cebri icra alternatifidir [Lucien Gani, *Commentaire Romand Poursuite Et Faillite (CR LP)* (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2005) Introductions Aux Articles 293 – 304, N. 4; Öztekin, *Öztek - Konkordato Şerhi*, 140].



bağlandığı durumu esas almaktadır. Her ne kadar cebri sözleşme teorisi, konkordato sürecinin bütününe yeterli biçimde teşmil edemese de kanaatimizce konkordatonun sözleşme yönünü de göz ardı etmemek gerekmektedir¹⁸. Öyle ki konkordatoyu iflâsın ertelenmesinden ayıran uygulamaya ilişkin belki de en önemli özelliği, alacaklıların sürece müdahil olmasıdır¹⁹.

Adi konkordatonun sözleşme yönüne baktığımızda feragat açısından dikkatle değerlendirilmesi gereken bir durum karşımıza çıkmaktadır. Adi konkordato talebinden feragat, esas itibarıyla konkordatonun tasdik edilmesine kadar yürüyen süreç için söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla konkordato feragat borçlunun tasdik edilen konkordatodan, yani sözleşmeden tek taraflı çekilmesi anlamına gelmemektedir. Bunun esas itibarıyla iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi, tasdik ile beraber konkordato hem borçlu için hem de konkordatoya tabi tüm alacaklılar için bağlayıcı hale gelmektedir ve geçici mühlet kararı ile yeni bir durum yaratılmış olmaktadır. Bu bakımdan konkordatonun tasdiki kararının inşai niteliği olduğundan söz edebiliriz. İkinci olarak konkordato neticede bir sözleşmedir ve alacaklılar yönünden olmasa da borçlu yönünden bu sözleşmeye bağlılık konkordatonun cebri niteliğinin yanında ahde vefa ilkesinden de kaynaklanmaktadır. Nitekim konkordatoya riayet edilmemesi durumunda konkordatonun feshi ve buna bağlı olarak borçlunun (iflâsa tabi olması durumunda) iflâsı gündeme gelebilmektedir²⁰. Bu bakımdan, adi konkordato talebinden feragatin, tasdik edilmiş konkordato ile bağlantısı bulunmadığını söylemek gerekir.

4. Değerlendirme

Konkordatonun bu üç yönünü beraber değerlendirdiğimizde, adi konkordato talebinden feragat esas itibarıyla borçlunun konkordatonun tasdikine yönelik talebinden ve bunun yanında konkordatonun mühlet kararı vasıtasıyla sağladığı geçici hukuki korumadan vazgeçme anlamına gelmektedir.

Konkordatonun tasdikine yönelik talep her ne kadar çekişmesiz yargı işi olsa da aynı zamanda alacaklıları da etkilemektedir. Nitekim mühlet boyunca başta takip yasağı olmak üzere birçok yönden alacaklıları olumsuz yönde kısıtlamaktadır. Bu bakımdan salt çekişmesiz yargı işi perspektifinden yaklaşmak doğru değildir.

Öte yandan konkordato başvurusunda nitelik itibarıyla bir maddi hakka yönelik koruma talebi mevcut değildir²¹. Bu bakımdan adi konkordato

¹⁸ Alfredo Rocco, *Il Concordato Nel Fallimento E Prima Del Fallimento*, (1902) 149-150.

¹⁹ Selçuk Öztekin, *İflâsın Ertelenmesi*, (Arıkan Yayınları, 2007) 27

²⁰ Konkordatonun feshi ile beraber konkordatonun tasdiki ile elde edilmiş sonuçlar geçerliliğini yitirecek ve tasdik öncesi hale dönülecektir [Ulukapı (n 3) 261; Bilgehan Yeşilova, *Öztek – Konkordato Şerhi*, Madde 308/f, N.4].

²¹ Cemal Fazıl Karakaş, 'Konkordatodan Vazgeçme' (2020) 15 (195-196) BÜHFD, 1637, 1643; Cemil Simil, *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, (On İki Levha Yayınları 2020), 226-227.

talebinden feragatin, davadan feragatte olduğu gibi çifte karakter barındırdığını ileri sürmek güçtür.

Adi konkordato talebinden feragatin hukuki nitelendirilmesi ile ilgili olarak yukarıdaki sorunlara değinen *KARAKAŞ ve SİMİL*, konkordatonun çekişmesiz yargı işi yönüne ağırlık vererek feragat teriminin isabetli olmadığını ileri sürmekte ve bunun yerine “konkordatonun geri alınması” ya da “konkordatodan vazgeçme” terimini kullanılması gerektiğini belirtmektedir²². Yazarlar tarafından önerilen terimlerden geri almanın kurumu tam olarak karşılamadığı kanaatindeyiz. Her ne kadar konkordato çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilse de alacaklıların etkin olduğu bir süreçtir. Bu doğrultuda geri almadan bahsetmek için HMK m. 123’ün düzenlemesi ile doğru orantılı şekilde alacaklıların tümünün rızasının mevcut olması gerekmektedir²³. Bunun yanında konkordatoda feragat yerine vazgeçme teriminin kullanımı makul sayılabilecek niteliktedir. Nitekim doktrinde, çekişmesiz yargı işinde karşı tarafın bulunmaması sebebiyle feragat ya da geri alma yerine vazgeçme teriminin kullanılmasının uygun olduğu ifade edilmektedir²⁴. Bir başka görüş ise, re’sen inceleme ilkesinin hakim olduğu işlerde, eğer yargılama bir talep üzerine ilerliyorsa kabul ve sulhün aksine feragatten bahsedilebileceğini belirtmektedir²⁵.

Bu yorumun yanında kendi düşüncemizi belirtecek olursak, konkordatoda ne olursa olsun alacaklıların yani ilgililerin ciddi şekilde sürece müdahil olduklarını, süreçte alacaklılar kurulu vasıtasıyla doğrudan nezaret yetkisini kullandıklarını ve nihayetinde konkordatonun tasdiki için alacaklıların iradesinin lüzumunu dikkate almak gerekmektedir. Bu doğrultuda kanaatimizce konkordatoda feragatten ve alacaklıların tümünün rızası olduğu müddetçe geri almadan bahsetmek mümkündür. Buradaki esaslı özellik ise adi konkordato talebinden feragatin, alacaklıların rızası, komiserlerin görüşü/ izni ve mahkemenin kararı olmadan kendiliğinden konkordato süreci sona erdirmesidir, yani kural olarak borçlunun tek taraflı irade beyanıyla konkordato sürecini sona erdirme yetisini haiz olmasıdır.

²² Karakaş (n 21)1643 Simil (n 21) 227.

²³ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (El Kitabı)*, (2. Bası, Adalet Yayınevi 2013) 1507; Pekcanitez ve Erdönmez (n 4) 145; Sarısözen, *Konkordato*, 518; Simil, 232; aksi yönde bkz. Emsalgül Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, (Yetkin Yayınları 2021) 308 - 309; yazar, alacaklıların rızası aramadan da borçlunun konkordato talebini geri alabileceğini savunmaktadır.

²⁴ Kuru, *NK*, 171 – 172; Aslı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü* (Yetkin Yayınları 2017) 213; Karakaş (n 21) 1643; konkordato özelinde *KURU*, konkordato talebinden feragatin gerçek anlamda davadan feragat niteliğinde olduğunu ifade etmektedir (Kuru, *El Kitabı*, 1507)

²⁵ Michel Heinzmann ve Guillaume Braidı, *Petit Commentaire Code De Procédure Civile* (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020) Art. 241,N. 20.

Netice itibarıyla adi konkordato talebinden feragat, borçlunun tek taraflı irade beyanı ile konkordatonun tasdiki talebinden ve mahkemenin mühlet kararının kendisi için getirdiği korumadan vazgeçmesine yol açan bir işlem niteliğindedir.

B. ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGATİN ÖZELLİKLERİ

Konkordato başvurusunun çekişmesiz yargı işi niteliği ön plana çıksa da feragat açısından birçok noktada davadan feragat kurumuna referansta bulunulacağı bir gerçektir. Davada ve konkordato başvurusunda tasarruf ilkesinin ön plana çıkması feragat noktasında da bu ikisini birbirine yaklaştırmaktadır.

Adi konkordato talebinden feragat, İİK m. 292/1-d’de konkordato talebinin reddi sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Başka bir deyişle adi konkordato talebinden feragat konkordato yargılamasını sona erdiren hallerden birisini teşkil etmektedir ve bu yönüyle davadan feragat ile benzerlik göstermektedir.

Davadan feragatten ayrıştığı diğer bir nokta olarak konkordato talebinden feragat, yukarıda ifade ettiğimiz veçhile davadan feragatin aksine çifte karakterli bir işlem değildir; maddi hukuki işlemi yönü noktasındadır. Bunun doğal sonucu olarak irade bozukluğu hallerinde adi konkordato talebinden feragatin iptalinin istenmesi (HMK m. 311) mümkün değildir.

Davadan feragatten ayrıldığı diğer bir nokta ise, aşağıda izah edeceğimiz üzere adi konkordato talebinden feragatin kendiliğinden, yani mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın konkordato sürecini feragat nedeniyle sona erdirmeyi sağlamamasıdır. Adi konkordato talebinden feragat halinde konkordato süreci sona erecektir, ancak sürecin feragat nedeniyle mi yoksa İİK m. 292’de sayılan diğer bir sebepten ötürü mü sona erdiği hususu mahkemece takdir edilecektir.

Adi konkordato talebinden feragat, muhtelif sebeplerle gerçekleştirilebilir. En temel sebep, borçlunun mühlet içinde iyileşme göstermiş olmasıdır. Bunun dışında borçlu, durumu iyileşmese hatta borca batık halde olsa bile konkordato talebinden feragatte bulunabilir.

II. ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT USULÜ

İcra ve İflas Kanunu’nun adi konkordatoya ilişkin hükümlerinde, konkordato talebinden feragate ilişkin bir usul düzenlenmediğini görmekteyiz. Bu noktada HMK’nun feragatin şekline ilişkin usullerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı, konkordato sürecine dair adımlarla birlikte irdelenmesi doğru olacaktır. Keza hangi şartlar altında ve ne zaman konkordato sürecinden feragatte bulunulabileceğini HMK’nun ilgili düzenlemeleri ile karşılaştırmalı biçimde ele almak doğru olacaktır.

A. KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT EDEBİLECEK KİŞİLER

Konkordato süreci genel olarak borçlunun talebi ile başladığından adi konkordato talebinden feragatin de doğal olarak borçlu tarafından gerçekleştirileceği öngörülmektedir. İİK m. 292/1-d hükmü de feragati gerçekleştirecek kişi olarak borçluya atıfta bulunmaktadır. Bu bakımdan adi konkordato talep edebilecek kişi olarak borçlu tarafı düşünülmektedir²⁶.

Öte yandan feragat ve hatta tüm konkordato süreci yönünden dikkate alınması gereken bir husus vardır; konkordato talebi sadece borçlu değil aynı zamanda iflâs talebinde bulunabilecek her alacaklı tarafından da gerçekleştirilebilir (İİK m. 285/2). Alacaklının adi konkordatoya başvurduğu ihtimal özelinde konkordato talebinden feragat konusunun üzerine ayrıca düşünmek gerekmektedir. İlgili İİK m. 292/1-d hükmü, adi konkordato talebinden feragati borçlunun iflâsı sebebi olarak düzenlerken konkordato talebinde bulunan kişi özelinde bir ayırım öngörmemiştir.

Öncelikle alacaklının adi konkordatoya başvurduğu halde, alacaklının süreç üzerinde tasarruf yetkisi olup olmadığı, yani konkordato talebinden vazgeçmesinin mümkün olup olmadığını tartışmak gerekmektedir. Kanaatimizce alacaklının konkordato başvurusu için borçlunun başvurusunda olduğu gibi tasarruf ilkesinden bahsetmek doğru olmayacaktır. Bu düşüncemizin sebebi, alacaklı tarafından yapılan konkordato başvurusunun da aynı şekilde borçlu yönünden sonuçlar doğurması ve bu ihtimalde de borçlu lehine geçici hukuki koruma niteliğinde mühlet kararı verilecek olmasıdır. Konkordatoya başvuran alacaklı bu hukuki çareye kendisi için değil, borçlu için başvurmaktadır. Alacaklının bu başvurudan menfaati ise ancak dolaylı niteliktedir; borçlunun iflâsı yerine konkordatoya başvurmasında mali menfaati bulunmaktadır. Başka bir deyişle konkordatoya başvuran alacaklının diğer alacaklılar nazarında herhangi bir ayrıcalığı bulunmamaktadır. Konkordatoya başvuran alacaklı da süreç üzerindeki etkisini sadece alacaklılar toplantısı (İİK m. 302) ve alacaklılar kurulu (İİK m. 290) vasıtasıyla gösterebilecektir. Dolayısıyla kanaatimizce alacaklının adi konkordato talebinden feragat etmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki alacaklının konkordato başvurusunun borçlunun aksi yöndeki iradesine rağmen süreci ilerletmesi mümkün değildir. İİK m. 287/2 hükmü bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Anılan madde uyarınca alacaklının konkordatoya başvurduğu halde borçlunun gerekli belge

²⁶ İİK m. 292/1-d’de kullanılan “*Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse*” ifadesinden yalnızca sermaye şirketleri ve kooperatiflerin feragatte bulunabileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Anılan maddede esas olarak borçlu hakkında doğrudan iflâs kararının verilebileceği haller düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu hüküm feragatte bulunabilecek borçluları sınırlandırmamakta, hangi borçlu grubunun feragatine (borca batıklık halinde) iflâs sonucunun bağlanacağını düzenlemektedir (Simil (n 21) 227 – 228).

ve kayıtları sunmaması halinde başvuru reddedilecektir²⁷. Bu doğrultuda, alacaklının adi konkordatoya başvurduğu halde dahi borçlunun konkordato talebinden feragati ve şartları varsa sürecin feragate bağlı şekilde sonuçlanması mümkündür diyebiliriz.

B. FERAGATİN ŞARTLARI

Kanun koyucu adi konkordato talebinden feragat için herhangi bir şart öngörmemiştir. Öte yandan feragatin İİK'da yer alan hüküm sebebiyle adi konkordato talebinden feragatin yalnızca borca batıklık haline hasredilip edilmeyeceği, başka bir deyişle borca batıklığın konkordato talebinden feragat için şart olup olmadığı hususuna değinmek gerekmektedir.

Doktrinde kabul edilen görüşe göre konkordato talebinden feragat hem borçlunun mali olarak iyileştiği durumda hem de borçlunun henüz borca batıklıktan kurtulmadığı halde söz konusu olabilir. Bu noktada borçluya irade serbestisi tanınmıştır²⁸. Her ne kadar mali olarak iyileşme halinde borçlunun feragat edebileceğine ilişkin açık bir düzenleme olmasa ve ilgili İİK m. 291 hükmünde iyileşme halinde feragat hususuna yer verilmese de iyileşme halinde feragatte bulunulması tasarruf ilkesi (HMK m. 24) gözetilerek kabul edilmelidir.

Keza İİK m. 292/1'deki düzenlemeye bakarak adi konkordato talebinden feragatin sadece sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından gerçekleştirilebileceğini söylemek mümkün değildir. Gerçekte, adi konkordato talebinden feragat, konkordatoya başvurmuş herhangi bir borçlu tarafından gerçekleştirilebilir. Nitekim İİK m. 292/1 de esas olarak konkordato talebinin reddine bağlı olan doğrudan iflâs hallerini düzenlemektedir. Bu hüküm, konkordatoya feragate başvuracak kişilere ilişkin tahdidi bir düzenleme olarak düşünülmemelidir²⁹.

İİK m. 292/1 hükmü, konkordato talebinden feragat hali de dahil olmak üzere, mühletin kaldırılması sebepleri ile ilgili olarak yapılacak değerlendirme için iki şart öngörmektedir. Birincisi, komiser tarafından mahkemeye mühletin kaldırılması şartlarının değerlendirilmesi yönünden yazılı bir rapor verilmesidir. İkinci şart ise bu madde uyarınca karar vermeden önce borçlu, varsa konkordato talep eden alacaklı ve alacaklılar kurulunun katılımıyla mühletin kaldırılması hakkında verilecek karar öncesi duruşma yapılmasıdır. Bunlar ise esas olarak

²⁷ Muhammet Özkes, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha 2018) 54.

²⁸ Ertan Yardım, 'İİK m. 292 Çerçevesinde Konkordato Mühletinin Kaldırılması Prosedürü' (2020) 16(1) MİHDER, 71, 104.

²⁹ Leyla Akyol Aslan, '7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller' (2019) 15(1) MİHDER 41, 83.

konkordato talebinden feragatin şartları değildir. Daha ziyade, feragatin değerlendirilmesine ilişkin uyulması gereken usule ilişkin şartlardır.

Adi Konkordato talebinden feragat için konkordatonun iyileşmeyi sağlamayacağına anlaşılmasına gerek bulunmamaktadır. Bilakis iyileşme durumunda da konkordato talebinden feragat söz konusu olabilmektedir³⁰. Esasen borçlunun konkordato talebinden feragatinin mali durumundaki olumlu ya da olumsuz gidişat ile doğrudan bir bağlantısı yoktur, bunlar ancak feragatin saikini teşkil edebilmektedir. Her ne kadar iyileşme İİK m. 291’de müstakil bir konkordato mühletinin kaldırılması ve konkordatonun reddi hali olarak düzenlenmiş olsa da mahkemenin bu doğrultuda karar vermesi için komiserin iyileşmeye ilişkin bir rapor hazırlaması ve borçlu ile alacaklılar kurulunun davet edilmesiyle duruşma yapılması gerekmektedir (İİK m 292/2). İyileşme nedeniyle konkordato talebinden feragat durumunda da İİK m. 291’e göre sona erip ermeyeceğini tayin etmek için borçlunun durumu incelenmeli ve her halde duruşma yapılmalıdır (İİK m. 291/2)³¹. Borca batıklığın tespiti için gerekiyorsa komiser raporu ile iktifa edilmeden birikişiden ayrı bir rapor alınması doğru olacaktır³².

Feragate ilişkin şekil şartı açısından kanaatimizce HMK m. 309 hükmü uygulanacaktır. Bu bağlamda feragat dilekçeyle ya da yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilecektir (HMK m. 309/1). Konkordato talebinden feragatin şarta bağlı olarak yapılması mümkün değildir (HMK m. 309/4). Davadan feragatten farklı olarak konkordato talebinden feragatin değerlendirilmesi hususunda komiserin rolü bulunmaktadır. İİK m. 292/2 hükmü komiserin vereceği rapor üzerine mahkemenin kesin mühletli kaldırarak konkordato talebini reddedeceği düzenlenmiştir. Buradaki komiser raporu feragat dışındaki diğer üç durumun varlığı halinin tespiti ile feragat açısından borca batıklığın tespiti için, yani iflâs kararı verilmesi adına önem arz etmektedir.

³⁰ Karakaş (n 21) 1647.

³¹ “Yukarıda açıklanan İİK m.291/f.2 ve İİK m.292/f.2 hükmünün emredici nitelikte olduğu, nitekim kanun koyucunun somut olayda olduğu üzere konkordato talebinden sadece mali durumun düzelmesi nedeni ile veya sebebi ne olursa olsun konkordato talebinden feragat edilmesi durumunda mahkemenin duruşma günü açması gerektiğini açıkça düzenlediği sabittir. Bu noktada mahkemeye herhangi bir nedenle takdir alanı ise kesin olarak bırakılmamıştır.” İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi 18.9.2020 T. 2018/946 E. 2020/346 K. (Lexpera).

³² “Açıklanan nedenlerle, 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 292.maddesi gereğince; konkordato talebinden feragat edilmesi üzerine, sermaye şirketinin borca batık olmadığının tereddüte yer bırakılmayacak şekilde tespit edilmesi gerekir. Bu doğrultuda, mahkemece gerek görülmesi halinde teknik bilirkişilerden rapor alındıktan sonra İcra İflas Kanununun 292. maddesi gereğince komiserin yazılı raporu üzerine aynı maddenin emredici olan son fıkrası gereğince tarafların duruşmaya davet ile duruşma açılarak karar verilmesi gerekir.” İstanbul BAM 17. HD 9.7.2020 T. 2019/2792 E. 2020/1501 K. (Lexpera).



Adi konkordato talebinden feragatin, tıpkı davadan feragatte olduğu şekilde şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta yapılması gerektiği söylenebilir. Öte yandan, borçlunun konkordato talebi ile çelişki teşkil edecek hukuki yollara başvurmasının konkordato talebi üzerindeki etkisinin üzerinde durmak ve bunların konkordatodan zımnî feragat olarak görülüp görülemeyeceğini değerlendirmek gerekir.

Bu noktada Belçika Temyiz Mahkemesinin 15 Aralık 2005 tarihli bir kararına konu olan Sobelair firmasının iflâsına ilişkin karar son derece ilginç bir örnek sergilemektedir³³. Karara konu dosyada, Sobelair isimli havayolu firması önce konkordato talebinde bulunmuştur. Ardından ise anılan firma tasfiye başvurusunda bulunmuştur. Brüksel Ticaret Mahkemesinin konkordato talebinin reddine ve şirketin aciz hali sebebiyle iflâsına karar vermesi üzerine yapılan istinaf başvurusu üzerine istinaf mahkemesi, borçlunun tasfiye başvurusunu zımnî bir konkordato talebinden feragat olarak nitelemiştir³⁴. Üstelik, yerel mahkemenin sadece feragati dikkate alması gerektiğini ve konkordato talebinin esaslan reddine ilişkin değerlendirme yapamayacağını belirtmiştir³⁵.

Türk hukuku açısından bakarsak, borçlunun konkordato talebi ile çelişkili nitelikteki davranışları, örneğin borçlu şirketin TTK m. 421 ve m. 529 uyarınca genel kurul kararı ile tasfiyeye gitmesi durumunda İİK m. 292/1-b uyarınca konkordatonun başarıya ulaşamayacağından bahisle mühletin kaldırılmasına ve ilaveten borçlunun iflâsına karar verilmelidir. Böylelikle borçlunun konkordato talebini çelişkili davranışlarla kötüye kullanmasının önüne geçilebilecektir.

C. FERAGATİN ZAMANI

Adi konkordato talebinden feragat açısından esas önemli husus feragatin zamanlamasıdır. Konkordato sürecinin niteliği itibarıyla HMK m. 310 hükmünün tam olarak uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Feragat, yukarıda ifade ettiğimiz gibi borçlunun hem konkordatonun tasdiki talebinden hem de geçici hukuki koruma kabul edilen mühletten vazgeçme iradesini ortaya koymaktadır. Bu itibarla her ne kadar İİK m. 292/1-

³³ Belçika Temyiz Mahkemesi, 15.12.2005, N. N° C.04.0531.N (https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/cass_F-20051215-3, çevrimiçi: 22.07.2021); temyize konu istinaf mahkemesi kararı hakkındaki inceleme için bkz. Jeanine Windey, Dominique Torbeyns ve Thomas Hürner, ‘L’arrêt Sobelair: Un Arrêt Kaléidoscope’ (2004) 9, *Revue de Droit Commercial Belge*, 915 – 933.

³⁴ Brüksel İstinaf Mahkemesinin 30.06.2004 tarihli kararı; Widney, Torbeyns ve Hürner, 925 - 928: yazarlar konkordato talebinden feragatin konkordatonun anlaşma yönünü ön plana alan doktrinindeki eski görüşe bağlamaktadır. Yazarların aktardığına göre Belçika doktrininde yakın zamanda hâkim olan görüşe göre konkordato yargılamasında kamu düzeni niteliği ön plandadır. Bu sebeple davadan feragatin konkordatoya uyarlanması doğru değildir.

³⁵ Widney, Torbeyns ve Hürner (n 33) 917.

d hükmü kesin mühletin kaldırılmasından bahsetse de burada HMK m. 310 hükmü dikkate alınmalı ve konkordato talebinden feragat adi konkordato başvurusundan itibaren gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir³⁶. Bu durum tasarruf ilkesinin gereğidir³⁷.

Diğer taraftan konkordato talebinden feragatin henüz ilk derecedeki konkordato yargılaması içinde belirli bir aşamaya kadar gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu aşama ise tasdik kararıdır³⁸. Borçlunun feragat iradesini tasdike ilişkin mahkemenin vereceği karara kadar ortaya koyması gerekmektedir. Bunun başlıca sebebi, tasdik kararı ile konkordatonun bağlayıcı hale gelmesidir (İİK m. 308/c). Bu bağ ise ancak konkordatonun feshi ile kopabilmektedir³⁹. Haliyle borçlunun artık tek taraflı irade beyanı ile konkordatodan vazgeçmesi mümkün değildir.

Konkordatonun bağlayıcılığının tasdik kararının kesinleşmesine (İİK m. 308/c/1, c.2) bağlandığı durum açısından KARAKAŞ, bu ihtimalde dahi tasdik kararından sonra verilen feragatin sonuç doğurmayacağını ifade etmektedir. Buna sebep olarak yazar, konkordatonun bağlayıcılığının tasdik kararının kesinleşmesine bağlandığı durumda da hali hazırda geçerli bir mahkeme kararı bulunmuş olmasını ve tasdik kararı sonucunda borçlunun feragat iradesini yönelteceği bir makam kalmamış olmasını göstermektedir⁴⁰. Kanaatimizce yazarın vardığı sonuç doğru olsa da göstermiş olduğu gerekçeler yerinde değildir. Şöyle ki yazarın bahsettiği sebepler hali hazırda davadan feragatte de mevcuttur. Buna karşın davadan feragatin ilk derece mahkemesinin kararından sonra, kanun yolu aşamasında gerçekleştirilmesi mümkündür.

Burada esas itibarıyla tasdik edilmiş konkordatonun sözleşme niteliğini göz önünde bulundurmak doğru olacaktır. Konkordatonun bağlayıcılığının tasdik kararının kesinleşmesine bağlanması, bir bakıma konkordatonun icrasının TBK m. 170 çerçevesinde geciktirici koşula bağlanması olarak yorumlanması gerekmektedir⁴¹. Böyle bir durumda borçlu, koşulun gerçekleşmesini engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmak durumundadır

³⁶ Karakaş (n 21) 1644: her ne kadar mühletin reddi yönünde İİK m. 292/1’de ilk üç bentteki sebeplere dayanılarak talebin reddine karar verilmesi söz konusu olmasa da (Ali Cem Budak ve Müjgan Tunç Yücel, *Öztek- Konkordato Şerhi*, Madde 292, N. 3) konkordato talebinden feragat, mahkemece re’sen araştırılması gereken diğer üç halden ayrılmaktadır.

³⁷ Akyol Aslan, *Değişiklikler*, 82.

³⁸ Aşağıda (Bölüm III.B.) açıklayacağımız üzere konkordatonun tasdik edilmemesi durumunda, mahkemenin verdiği karara karşı kanun yoluna başvurulmuşsa borçlu kanun yolu yargılaması sırasında kural olarak adi konkordato talebinden feragat edebilir. Bu nedenle tasdik yargılamasına kadar değil, tasdik kararının verilmesine kadar feragatin gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul etmekteyiz.

³⁹ Yeşilova, *Öztek – Konkordato Şerhi*, Madde 308/c, N. 40.

⁴⁰ Karakaş (n 21)1645.

⁴¹ Söz konusu açıklamamız, şarta bağlı tasdik kararı verilmesi olarak yorumlanmamalıdır.



(TBK m. 171/1), buna konkordato talebinden feragat de dahildir. Dolayısıyla, bu halde de borçlunun tasdik edilmiş bir konkordato talebinden feragat yoluyla çekilmesi de dürüstlük kuralına aykırı kabul edilip reddedilmelidir. Gerçekten, konkordatonun bağlayıcılığının kararın kesinleşmesine kadar tehir edilmiş olması durumunda borçlunun talepten önceki duruma döndürülmesi söz konusu değildir⁴². Nitekim mezkûr maddenin devamında, kesinleşmeye kadar mühlet etkisinin devam edeceği ifade edilmektedir. Aksi bir yorum ise borçlunun mühletin getirilerinden tasdikten sonra yararlanmasına imkan tanıdığı bir ortamda borçlunun tek taraflı olarak süreçten çekilmesine zemin hazırlayacaktır⁴³.

Konkordatonun tasdiki talebinin reddedildiği ihtimalde ise eğer karara karşı kanun yoluna gidilmişse bu halde borçlunun kanun yolu aşamasında ve hatta kanun yolu incelemesinden sonra ilk derecede dosyanın tekrar ele alındığı durumda konkordato talebinde feragat etmesi mümkündür. Mahkemenin mühletin kaldırılmasının yanında iflâsa da karar vermesi, borçlunun kanun yolunda feragat etmesine engel teşkil etmemelidir.

Keza tasdik kararının kanun yolu incelemesinde kaldırıldığı ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderildiği (HMK m. 353/1-a) durumda da ortada bir tasdik kararı olmadığından borçlunun yeniden başlayan yargılama sürecinde adi konkordato talebinden feragat edilebileceği kabul edilmelidir⁴⁴.

III. ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGATİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Adi konkordato talebinden feragatin İİK m. 292’de öngörüldüğü üzere öncelikli sonucu konkordato talebinin reddine karar verilmesidir. Bununla beraber adi konkordato talebinden feragatin davadan feragat ile özdeşleştirilmesi ve konkordato talebinden feragatin konkordato sürecine (mühlete) son veren bir taraf işlemi olarak kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Tartışılması gereken mesele, borçlunun konkordato talebinden feragat beyanının konkordato sürecini ne şekilde ve hangi suretle etkileyeceğinin belirlenmesidir.

Burada, feragat beyanının konkordato sürecini kendiliğinden mi yoksa feragat durumunda sürecin mahkemenin kararıyla mı sona erdiği hususunu değerlendirmek doğru olacaktır. Davadan feragat ile ilgili olarak, doktrindeki

⁴² Yeşilova, *Öztek – Konkordato Şerhi*, Madde 308/c, N. 45.

⁴³ Doktrinde YARDIM, borçluya kesin mühlet içinde feragat imkanı sağlanmasının alacaklı aleyhine adaletsizliğe neden olduğunu, alacaklının yok yere alacağını takip imkanından mahrum bırakılmasına sebep olduğunu dile getirerek, olması gereken hukuk bakımından feragatin geçici mühlet ile sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır [Yardım (n 28) 108].

⁴⁴ Karakaş (n 21) 1646.

ağırlıklı görüş davanın feragat beyanı ile sona erdiği, bu yönde ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç olmadığı şeklindedir⁴⁵. Konkordato açısından ise kanaatimizce bu kadar kesin bir kanaatte bulunmak mümkün değildir⁴⁶.

Bir defa, madde hükmüne baktığımızda feragat halinde mahkemenin de bir karar vermesi gerektiği açıkça öngörülmüştür. Oysaki davadan feragatte bu yönde bir düzenleme mevcut değildir; HMK m. 312 davadan feragatin kesin hüküm gibi sonuç doğuracağını öngörmüştür. Keza yine İİK m. 292'ye göre feragat ile beraber mahkemenin doğrudan dosyadan el çekmeyeceği, bilakis bu durumda borçlunun borca batıklık durumunu incelemesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir⁴⁷. Hal böyleyken, pozitif hukuk açısından feragat ile mahkemenin dosyadaki görevi sonlanmamaktadır.

Pozitif hukukun dışında ise feragatin sonuçlarını, konkordato sürecinin sona ermesine ilişkin diğer hükümlerle birlikte değerlendirmek gerekmektedir. İİK m. 292/1'de a, b ve c bendinde sayılan hallerde, iflâsa tabi borçlu hakkında borca batıklık söz konusu olmasa dahi konkordato talebinin reddi ile beraber borçlunun iflâsına karar verilmesi zorunludur. Bu nedenle iflâstan kaçınmak isteyen borçlu, iflâsı engellemek açısından feragatte bulunmuş olabilir. Bu durumda ise komiserin İİK m. 292/1'e göre yazacağı raporda ilk üç bentteki hallere göre değerlendirmede bulunulması gerekmektedir.

Eğer diğer üç bentteki, doğrudan iflâsa sebep olan hallerden birisi mevcutsa bu durumda borçlunun borca batıklığı değerlendirilmeden, feragat dışındaki konkordato talebinin reddi sebebine göre iflâsa karar verilmelidir⁴⁸. Nitekim

⁴⁵ Karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk Hukukundaki görüşler hakkında bkz. Akyol Aslan, *Feragat*, 375 – 395; Yargıtay da feragat ile davanın kendiliğinden son bulacağı görüşündedir: “*Feragat ve kabul tek taraflı tasarruflardan olup, hiçbir zaman karşı tarafın da kabulüne bağlı olmayıp belgelendirildiği anda dava kendiliğinden son bulur.*” Yargıtay 8. HD, 15.04.2013 T. 2013/3751 E. 2013/5689 K.; Yargıtay 2. HD., E. 2018/2886 K. 2018/14067 T. 5.12.2018 (Lexpera).

⁴⁶ Doktrinde bir görüş tasdik şartlarını incelenmeksizin feragat nedeniyle doğrudan talebin reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir [Kuru, *El Kitabı*, 867; Cenk Akil, *Sorularla Adi Konkordato*, (Adalet Yayınevi 2019) 261].

⁴⁷ “*Bu durumda ise mahkemece öncelikle davacı şirketin aktifinde gözüken ve komiser heyetince tahsil kabiliyeti bulunmayan alacakların tahsilinin mümkün olup olmadığının açıkça ortaya konulması suretiyle şirketin güncel rayiç değerlere göre borca batık olup olmadığının tespiti ile davadan feragat edilen şirket yönünden komiser heyetinden yazılı rapor alınması ve aynı yasanın son fıkrası gereğince talep eden borçlu şirket ve varsa konkordato talep eden alacaklılar ve alacaklılar grubuna davetiye çıkarılarak duruşma açılması ve uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, feragat dilekçesi üzerine usulünce borca batıklık raporu ve konu ile ilgili komiserlerden rapor alınmaksızın ve ilgililere duruşma davetiyesi gönderilerek duruşma yapılmaksızın yasanın emredici hükümlerine riayet edilmeksizin verilen kararda isabet görülmemiştir. Bu sebeple ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.*” İstanbul BAM 17. HD 17.12.2020 T. 2020/1896 E. 2020/2169 K. (Lexpera)..

⁴⁸ Yardım (n 28) 107.



7101 sayılı Kanun öncesinde de adi konkordato talebinden feragat halinde dahi borçlunun doğrudan iflâsı sebebi mevcutsa bu halde mahkemenin iflâs kararı vermesi gerektiği kabul edilmekteydi⁴⁹. Ancak bu durum, feragat halinde konkordato sürecinin sona ermesinin mahkemenin kararına bağlı olduğu, başka bir deyişe adi konkordato talebinden feragat eden borçlunun bu rızası hilafına konkordato sürecine devam edileceği anlamına gelmemektedir⁵⁰. Borçlunun feragati halinde konkordato süreci sona erecektir, ancak sona ermenin feragat ya da İİK m. 292'deki diğer hallerden birine göre olup olmadığı hususunda mahkeme karar verecektir.

İlaveten, borçlunun konkordato talebinden feragate dürüstlük kuralına aykırı şekilde başvurmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Örneğin, borçlunun tasdik yargılamasında verilecek olumsuz bir kararı engellemek yahut İİK m. 292/1-d'deki ilk üç bentte sayılan mühletin kaldırılması sebeplerinden birine bağlı olarak iflâsına hükmedilmesini engellemek adına konkordato talebinden feragat etmesi halinde feragate bağlı sonuçların doğrudan doğmasına izin vermek hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecektir. Kanaatimizce böyle bir durum karşısında İİK m. 292/1 hükmü, feragat hakkının dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılmasını engellemektedir. Böyle bir durumda mahkeme, İİK m. 292/1'e göre yapacağı incelemede, “*konkordatonun başarıya ulaşamayacağı*” (m. 292/1-b) kanaatiyle, mühleti kaldırıp iflâsa tabi borçlunun iflâsına karar verebilmelidir.

B. ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT VE BORÇLUNUN İFLASI

Adi konkordato talebinden feragatin, konkordato sürecinin dışında doğrudan borçlunun hukuki durumuna tesir edebilecek bir diğer sonucu vardır: borçlunun iflâsı. İflas sonucunun meydana gelmesi için ise İİK m. 292/1-d, iki özel şart öngörmüştür. Bunlardan birincisi, konkordatoya başvuran borçlunun sermaye şirketi ya da kooperatif olmasıdır. Diğeri ise borçlunun borca batık olduğunu anlaşılmasıdır.

Söz konusu düzenleme, esas itibarıyla İİK m. 179'un uygulanmasını öngörmektedir. İİK m. 179'a göre “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre*

⁴⁹ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt: 4, 3.Baskı, ALFA 1997, 3783; Akyol Aslan, *Feragat*, 320.

⁵⁰ Aksi yönde bkz. Karakaş (n 21) 1647: Yazara katılmak mümkün değildir. Mahkemenin, borçlunun rızası hilafına konkordato sürecini devam ettirmesi tasarruf ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bunun aksine bir hüküm ise ancak yine kanunla getirilebilir. Nitekim iflâsta dahi feragat, mahkemenin ayrı bir kararına ihtiyaç duyulmadan geçerlidir, bkz. Yargıtay 12. HD 1978/8414 K. 1978/8508 T. 24.10.1978 (Lexpera). Bunun istisnası da yine kanun tarafından gösterilmiştir (İİK m. 166/2).

borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflâsına karar verilir.” Konkordato sürecinde borçlu sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık olup olmadığı hususu İİK m. 292/1 uyarınca komiser tarafından hazırlanacak raporda tespit edilmiş olacaktır⁵¹. Bundan sonra ise mahkeme re’sen borca batıklığa karar verebilecek durumda olacaktır. Böyle bir durumda konkordato talebinden feragat iflâs talebi olarak kabul edilmelidir⁵².

Anılan hüküm bağlamında, ilk bakışta davadan feragat neticesinde iflâs kararı verilmesinin sadece sermaye şirketleri ile kooperatifler açısından söz konusu olabileceği; iflâsa tabi olan diğer kişilerin ise iflâsına karar verilemeyeceği şeklinde bir yorum yapmak doğru olmayacaktır. Böyle bir durumda İİK m. 177 ve m. 308 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını düşünmekteyiz. İİK m. 308 uyarınca konkordato tasdik edilmezse mahkeme konkordato talebinin reddine karar verir ve borçlunun iflâsa tabi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme, borçlunun iflâsına hükmedecektir. Borçlunun feragati durumunda da esas olarak konkordato tasdik edilmemiş olacaktır ve İİK m. 308 uygulama alanı bulacaktır. Diğer taraftan İİK m. 177/1’nin üçüncü bendine göre konkordatonun tasdik edilmemesi kendi başına bir doğrudan iflâs halidir. Hal böyleyken kanaatimizce İİK m. 292/1,b.4’te sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batıklığının iflâs sebebi olarak zikredilmesini, feragatin diğer iflâsa tabi kişiler için iflâs sonucu doğurmayacağı şeklinde yorumlamamak gerekir. Doğrudan doğruya iflâs halleri mevcutsa bu kişilerin de iflâsına hükmedilebilmelidir⁵³. Keza böyle bir durumda da borçlunun feragatinin İİK m. 178 uyarınca iflâs talebi olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁵¹ Yargıtay 23. HD., E. 2020/905 K. 2020/3064 T. 15.10.2020 (Lexpera).

⁵² Budak ve Tunç Yücel, *Özetek – Konkordato Şerhi*, Madde 292, N. 8.; Akyol Aslan, 82; Akil, 132.

⁵³ Doktrinde bir görüş, İİK m. 308 hükmünde tasdik edilmemenin yanında diğer doğrudan doğruya iflâs hallerinin de aranması gerektiğini savunmaktadır (Sarisözen, *Konkordato*, 521; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 4) 686; Akil (n 46) s. 214). Bu görüş ise *PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ*, tarafından eleştirilmektedir. Yazarlara göre İİK m. 177’nin üçüncü bendine göre tasdik talebinin reddi halinde başka bir iflâs sebebi aranmadan borçlunun iflâsına karar verilebilmelidir (Pekcanitez ve Erdönmez (n 4) 145, ayrıca Pekcanitez, Atalay, Özeken ve Sungurtekin Özkan (n 4) 518). Yargıtay’ın 7101 sayılı Kanun öncesi benzer görüşte kararları mevcuttur: “*konkordatonun esastan reddi hali ile feragat nedeniyle reddinin ayrı hukuki sonuçlar doğurduğunu kabul etmenin iyi niyetle borçlu için tanınan konkordato hükümlerinin amaç dışı ve alacaklılar aleyhine kullanılmasına neden olacağından bahisle, konkordato isteminden feragat halinde de borçlunun haczi caiz mallarının ihtiyaten hazine karar verilmesi gerektiği.*” Yargıtay 19 HD, 3.7.1992 T. 5838/3202 (Tanrıver ve Deynekli (n 3) 147, dn. 25).

Mahkemenin feragat sebebiyle mühleti kaldırmaya karar verdiği ancak borca batıklık ya da sair bir iflâs sebebinin mevcut olmadığı halde borçlunun iflâsına hükmedilmeyecek, ancak mühlete bağlı olarak verilen tüm tedbirler (İİK m. 294 ve 295) de kaldırılacaktır.

C. KANUN YOLLARINDA ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT

Yukarıda kabul ettiğimiz üzere kanun yolu aşamasında adi konkordato talebinden feragat mümkündür. Böyle bir durumda ise kanun yolu mahkemesinin izleyeceği yol üzerinde durmak gerekir.

HMK m. 310/2 hükmü istinaf aşamasında davadan feragatte bulunulması ile ilgili olarak “*Feragat veya kabul, hükmün verilmesinden sonra yapılmışsa, taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi, dosya kanun yolu incelemesine gönderilmez ve ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince feragat veya kabul doğrultusunda ek karar verilir.*” demektedir. HMK m. 310/3 ise temyiz aşamasında davadan feragat ilişkili olarak “*Feragat veya kabul, dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra yapılmışsa, Yargıtay temyiz incelemesi yapmaksızın dosyayı feragat veya kabul hususunda ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye gönderir.*” demektedir.

Öncelikle, yukarıda da kabul ettiğimiz üzere⁵⁴ konkordatonun tasdikine karar verilmesi ve tasdik kararına karşı kanun yoluna başvurulması durumunda konkordato talebinden feragat söz konusu olamayacaktır.

Borçlunun, mühletin kaldırılması ve iflâs kararına karşı istinafa başvurduğu durumda, istinaf aşamasında adi konkordato talebinden feragat etmesi halinde kanaatimizce HMK m. 310/2 ve 310/3 hükümlerini doğrudan uygulamanın imkânı bulunmamaktadır. Bunun başlıca sebebi yukarıda da açıkladığımız üzere adi konkordato talebinden feragat halinde feragatin, kendiliğinden konkordato sürecini sona erdiren bir işlem niteliğinde bulunmaması ve feragatin yanında sürecin sona ermesi için mahkemenin de karar vermesinin gerekli görülmesidir.

Bu sonucu kanun yolları açısından ele alırsak, istinaf ve temyiz yönünden farklı açıklamalarda bulunmak doğru olacaktır. Borçlunun, dosya istinaftayken konkordato talebinden feragat etmesi durumunda bölge adliye mahkemesi, doğrudan feragat yönünden karar vermek yerine öncelikle ilk derece mahkemesinin kaldırma kararının hukuka uygunluğunu incelemelidir. Eğer ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunmuyorsa bu durumda feragat yine bölge adliye mahkemesince değerlendirilmeli; bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kesin mühleti kaldırma kararını kaldırıp bu kez konkordato talebinden feragat dayanarak mühletin kaldırılmasına karar

⁵⁴ Bkz. Bölüm II.C.

vermelidir (HMK m. 353/3). Bu durumda istinaf mercii aynı zamanda borçlunun borca batıklığına ilişkin inceleme istinaf mercii tarafından yerine getirilmelidir. Borçlu hakkında ilk derece mahkemesince iflâs kararı verilmemişse, bölge adliye mahkemesinin feragate dayalı vereceği mühletin kaldırılması kararı kesin nitelikte olacaktır (İİK m. 293/2,c.2).

Kesin mühletin kaldırılması kararının temyiz yargılamasına konu olması, ancak borçlu hakkında iflâsa hükmedilmesi durumunda gündeme gelmektedir (İİK m. 293/2,c.2). Böyle bir ihtimalde, temyiz aşamasında borçlunun konkordato talebinden feragati durumunda, bölge adliye mahkemesinin yaptığı incelemenin bir benzeri Yargıtay tarafından gerçekleştirilmelidir. Ancak Yargıtay, kesin mühletin kaldırılması kararını hukuka aykırı bulursa, bu durumda feragate bağlı olarak iflâsa ilişkin incelemenin (borca batıklık incelemesinin) yapılması için dosyayı hükmü veren mahkemeye göndermelidir. Bu konuda yapılacak inceleme HMK m. 371’de sayılan temyiz sebeplerinin ötesine geçmektedir.

D. FERAGATİN SONRAKİ KONKORDATO BAŞVURULARINA ETKİSİ

Konkordato talebinden feragat nedeniyle konkordato talebinin reddedildiği halde, yeniden konkordato talep edilip edilemeyeceği hususu üzerinde durulması önemlidir. Bunun için öncelikle, tekrardan feragat işleminin niteliği üzerine düşünmek gerekecektir.

Esasen daha önce borçlu tarafından konkordatoya başvurulmuş olması, yeni bir konkordato başvurusu için olumsuz dava şartı noksanlığı teşkil etmemektedir. İİK m. 285’te daha önce konkordatoya başvurulmamış olması bir başvuru şartı olarak gösterilmemiştir. Keza önceki konkordato talebinden feragat halinde de bu kural geçerlidir.

Davadan feragat, kesin hüküm gibi sonuç doğurduğundan feragate konu davanın tekrardan açılması neticesinde kesin hükmün varlığı olumsuz dava şartı yokluğu teşkil edecektir (HMK m. 114/1-i). Konkordato talebi ise niteliği itibarıyla çekişmesiz yargı işidir ve çekişmesiz yargı kararları şekli anlamda kesin hüküm teşkil etse dahi maddi anlamda kesin hüküm etkisini haiz değildir⁵⁵. Ayrıca konkordatonun niteliği göz önünde bulundurulduğunda, daha önce konkordatoya başvurmuş, ancak iyileşme ya da sair bir sebeple konkordatosu

⁵⁵ Kuru, NK, 180; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, (Yetkin Yayınları 2016) 83; “Hemen belirtilmelidir ki, tapuda isim tashihi davaları niteliği gereği çekişmesiz yargı işi olup verilen karar maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olmayıp, ilgililerce yanlış hükmün düzeltilerek iptali her zaman istenebilir.” Yargıtay 1. HD E. 2014/4574 K. 2014/9866 T. 17.06.2014 (Lexpera).; bununla birlikte konkordato talebinin reddi, reddedilen ilk talepte esaslı hiçbir değişiklik mevcut değilse yeni talep için kesin hüküm etkisi gösterir (Pekcanitez, Atalay, Özekes ve Sungurtekin Özkan (n 4) 518; Akil (n 46) 214).



tasdik edilmemiş bir borçlu, bir süre sonra tekrar aciz haline düşebilir. Böyle bir borçlunun ise peşinen konkordatoya başvuru hakkından mahrum bırakılması herhangi bir amaca hizmet etmez. Bu bakımdan konkordato talebinden feragat durumunda kural olarak aynı borçlu için yeniden konkordatoya başvurma önünde engel bulunmamaktadır. Doktrinde KURU, eğer konkordato borçlunun dürüst olmamasından dolayı tasdik edilmemişse bu halde yeniden konkordatoya başvurulamayacağını, diğer hallerde ise tekrardan konkordatoya başvuru imkanının bulunduğunu; ancak bu hallerde dahi mahkemenin, daha önce konkordato talebinin reddedildiğini göz önünde tutarak mühlet kararı verirken daha titiz olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁶.

Diğer taraftan, borçlunun tekrardan konkordatoya başvurma hakkının, daha önce konkordato talebinden feragat edildiği ihtimalde sınırsız bir şekilde kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Evveleminde, hali hazırda tasdikle sonuçlanmamış konkordato sebebiyle alacaklıların belirli bir süre alacaklarını tahsil etme imkanından mahrum bırakıldıkları göz ardı edilmemelidir. Böyle bir durumda alacaklıların yeniden konkordato mühletinin kendileri için getirdiği rejime tabi kılınması için çok daha titiz olunması gereklidir. Böyle bir durumda ise başvurulacak aygıt dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2 ve HMK m. 29). Dürüstlük kuralı, dava hakkının kullanımında olduğu gibi konkordato başvurusunda da mevcudiyeti aranan bir ilkedir⁵⁷.

Bu noktada konkordatodan iyileşme sebebiyle feragat edildikten sonra yapılacak konkordato başvurularının üzerinde durmak gerekir. Böyle bir durumda, feragat ile yeni konkordato başvurusu arasındaki süre göz önüne alınarak, yeni konkordato başvurusunun salt mühletten yararlanma amacı taşıyıp taşımadığı dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle borçlunun, konkordato talebinden feragatin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesinden kötüniyetle istifade etmesinin önüne geçilmelidir⁵⁸. Her ne kadar borçlunun daha önceki konkordato başvurusu hakkındaki dosyayı konkordato başvurusuna eklenecek evrak arasında gösterilmese de kanaatimizce İİK m. 286/2 uyarınca borçlu, komiserin veya mahkemenin bu yöndeki talebi doğrultusunda bu dosyayı sunmalıdır.

⁵⁶ Kuru, *El Kitabı*, 1508; Pekcanitez, Atalay, Özkes ve Sungurtekin Özkan (n 4) 518; Simil (n 21) 229.

⁵⁷ Postacioğlu (n 6) 21 – 22; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, (S Yayınları 1989) 141; Kuru ve Aydın (n 16) 501 – 502; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, (TBB Yayınları 2019) 6; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 4) 633 – 634.

⁵⁸ Bu yönde verilen bir ilk derece mahkemesi kararı için bkz. Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi 03.10.2020 T. 2019/545 E. 2019/834 K.. Bu karar ise Ankara BAM 23. HD'nin 16.10.2019 T. 2019/2267 E. 2019/1660 K. sayılı kararı ile kaldırılmıştır. Her iki kararın tam metni için bkz. Karakaş (n 21) 1648 – 1650.

SONUÇ

Adi konkordato talebinden feragat, ilk bakışta konkordato talebinin çekişmesiz yargı işi niteliği ile uyumsuz nitelikte gözüксе de kanun koyucu tarafından kabul edilmiş bir kavram olmanın yanında konkordatonun hukuki niteliği ve özellikleri dikkate alındığında tamamen hatalı bir ifade olarak dışlanması da doğru değildir. Konkordato talebinden feragatin hukuki niteliğinin tayininde ise konkordatonun çekişmesiz yargı işi niteliği ile konkordatonun geçici hukuki koruma niteliğinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Adi Konkordato talebinden feragat ilişkin kurallar kanunda düzenlenmediğinden birçok noktada davadan feragat ilişkin hükümlere başvurmak icap etmektedir. Bunun yanında özellikle çifte karakter taşımaması ve davadan feragatte olduğu veçhile doğrudan yargılamaya son veren bir işlem olma özelliği barındırmadığından davadan feragatten ayrılmaktadır.

Adi konkordato talebinden feragat işlemi sadece borçlu tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu bakımdan konkordato talebinin borçlu ya da alacaklı tarafından gerçekleştirilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Konkordatodan sadece kooperatif ya da sermaye şirketi hüviyetindeki borçlular değil, konkordatoya başvurmuş tüm borçlular feragat edebilir. Adi konkordato talebinden feragat, kural olarak tasdik kararından ya da borçlunun iflâsı kararından sonra gerçekleştirilemez. Bununla beraber borçlunun iflâsına hükmedilmeksizin tasdik talebinin reddedildiği, veyahut istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiği hallerde borçlunun konkordato talebinden feragati mümkündür.

Adi konkordato talebinden feragatin doğal sonucu konkordato mühletinin kaldırılmasıdır. Davadan feragatten farklı olarak ise feragat beyanı kendiliğinden konkordato yargılamasını sona erdirmemektedir. Borçlunun feragati durumunda mahkeme İİK m. 292/1’de yer verilen diğer mühletin kaldırılması sebeplerinin varlığını araştırmalıdır. Eğer bu sebeplerden birisi mevcutsa feragat nedeniyle değil, tespit edilen sebebe bağlı olarak mühleti kaldırmalı ve borçlunun iflâsa tabi bir kişi olması halinde iflâs kararı vermelidir. Ancak mahkemenin, bu şartların varlığını tespit edememesi halinde feragati reddedip konkordato mühletini sürdürmesi mümkün değildir.

Adi konkordato talebinden feragatin tali sonucu ise borçlunun borca batık durumda bir kooperatif ya da sermaye şirketi olması halinde iflâsa karar verilmesidir.

Kural olarak konkordato başvurusu maddi hukuka taalluk eden bir hakka dayalı talep olmadığından konkordato talebinden feragat, davadan feragatin aksine çifte karakter göstermez. Böylelikle feragat maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Öte yandan konkordato talebinden feragat eden borçlunun yeniden konkordato başvurusunda bulunması dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmıştır.

Böyle bir başvuru salt mühletin olumlu sonuçlarından yararlanmayı amaçlıyorsa konkordato talebinin mahkemece reddi gerekmektedir.

Tüm bunların yanında adi konkordato talebinden feragatin hem feragat işleminin muhatabı olan mahkeme, hem de sonraki konkordato başvurusunu inceleyecek mahkeme tarafından İİK'nın adi konkordato hükümleri bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi durumda konkordato talebinden feragat özellikle alacaklılar açısından olumsuz sonuçlara hatta iflâs erteleme kurumunun maruz kaldığı kötünietli işlemlere sebep olabilecektir.

KAYNAKÇA

Altay S ve Eskiocak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2019)

Akil C, *Sorularla Adi Konkordato*, (Adalet Yayınevi 2019)

Akyol Aslan L, '7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller' (2019) 15(1) *MİHDER* 41 - 109

Akyol Aslan L, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat* (Yetkin Yayınları 2011)

Ansary SS, 'Konkordato', (1940) 31(3) *Adliye Ceridesi* 158 – 177

Aras A, "'Çekişmesiz Yargıda Tasarruf İlkesi', (2014) 27(1) *MİHDER* 53 – 63

Aras A, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü* (Yetkin Yayınları 2017)

Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları 1989)

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, (6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020)

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, (4. Bası, Yetkin Yayınları, 2021)

Berkin NM, *İflas Hukuku* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1972)

Budak AC, 'Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı', *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV*, (TBB Yayınları 2005) 128 – 188

Budak AC ve Tunç Yücel M, 'İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri', (2015) 31(2), *MİHDER* 21 – 38

Buruloğlu E, Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük Matbaası 1968)

Doğan E, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması* (Yetkin Yayınları 2021)

Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013)

Favre A, *Droit Des Poursuites*, (3e édition, Fribourg 1974)

Ganı L, *Commentaire Romand Poursuite Et Faillite* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2005)

Heinzmann, M ve Braidı G, *Petit Commentaire Code De Procédure Civile* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2020)

İyilikli AC, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2016)

Karakaş CF, 'Konkordatodan Vazgeçme' (2020) 15 (195-196) BÜHFD 1637 – 1660

Karslı A, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler* (Kudret Basım San. Ve Tic. A.Ş. 2001)

Koç E, *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları* (Sümer Kitabevi 2021)

Konuralp CS, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha 2013)

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I* (6. Baskı, Demir Demir 2001)

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV* (6. Baskı, Demir Demir 2001)

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 4* (3. Baskı, ALFA Yayıncılık 1997)

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, (2. Bası, Adalet Yayınevi 2013)

Kuru B, *Nizasız Kaza (NK)* (Ajans Türk Matbaası 1961)

Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (Yetkin Yayınları 2020)

Özekes M, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha 2018)

Öztek S, *İflasın Ertelemesi* (Arıkan Yayınları 2007)

Öztek S, *Yeni Konkordato Hukuku (Öztek – Konkordato Şerhi)* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Pekcanitez H, Atalay O, Özekes M ve Sungurtekin Özkan M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (7. Bası, On İki Levha Yayınevi 2020)

Pekcanitez H ve Erdönmez, G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat Kitapçılık 2018)



Postacıoğlu İE, *Konkordato*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965)

Rocco A, *Il Concordato Nel Fallimento E Prima Del Fallimento* (Torino 1902)

Sarısözen S, 'Geçici ve Kesin Mühlet Kararı', *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, *MİHBİR 16. Antalya Toplantısı/ 5-6 Ekim 2018* (2019), 41-74

Sarısözen S, *Konkordato* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2021)

Simil C, *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, (On İki Levha Yayınları 2020)

Tanrıver S, *Konkordato Komiseri* (Yetkin Yayınları 1993)

Tanrıver S ve Deynekli A, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin Yayınları 1996)

Ulukapı Ö, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998)

Umar B, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İstiklal Matbaası 1973)

Uyar T, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2019)

Üstündağ S, *İflas Hukuku* (6. Bası 2002)

Windey J, Torbeyns D ve Hürner T, 'L'arrêt Sobelair: Un Arrêt Kaléidoscope' (2004) 9, *Revue de Droit Commercial Belge*, 915 - 933

Yardım E, 'İİK m. 292 Çerçevesinde Konkordato Mühletinin Kaldırılması Prosedürü' (2020) 16(1) *MİHDER* s. 71- 132

Lexpera İçtihat Bankası

https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/cass_F-20051215-3, çevrimiçi: 22.07.2021

ULUSLARARASI HUKUK, AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA İLTİCA TALEPLERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI

*Registration of Asylum Applications
in International Law, European Union Law and Turkish Law*

Meltem İNELİ CİĞER* - Mehmet Ali KÜÇÜKÇAVUŞ**

Öz

Uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması, sığınmacıların iltica prosedürlerine etkin şekilde erişebilmesi, eğitim ve sağlık gibi temel hak ve hizmetlerden yararlanabilmeleri ve geri göndermeme ilkesine aykırı şekilde sınır dışı edilmemeleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu makalenin amacı uluslararası hukuk, Avrupa Birliği hukuku ve Türk hukukunda iltica başvurularının kayıt altına alınması sürecinde gözetilmesi gereken ilkeleri ve temel hakları ortaya koymaktır. Bu amaçla çalışmada iltica başvurularının kayıt sürecine uygulanabilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere insan hakları sözleşmeleri, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve Avrupa İltica Destek Ofisi tarafından yayınlanmış rehber ilkeler ve raporlar incelenecektir. Söz konusu inceleme ışığında makalede ayrıca Türkiye’de uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmasına ilişkin süreç ortaya konulacak ve bu sürece ilişkin bazı tespit ve önerilere yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: uluslararası koruma başvurusu, kayıt, AİHS, geri göndermeme ilkesi, usuli güvenceler

Abstract

Registration of international protection applications is an important administrative procedure which enables asylum seekers to access to the asylum procedure, fundamental rights such as right to education and healthcare and to be protected from *refoulement*. The aim of this article to identify norms of international law, EU law and Turkish law which apply to registration of asylum applications and outline fundamental rights and procedural guarantees which should be observed during registration of asylum applications. In doing so, the article will also outline how the registration of international protection applications works in Turkey and identify some of the problems observed in practice. In light of the analysis made on the basis of international, European and Turkish legal framework concerning registration and the jurisprudence of the European Court of Human Rights, a number of suggestions to improve the current *status quo* in Turkey will be made in the conclusion.

Key words: international protection application, registration, ECHR, the principle of non-refoulement, procedural guarantees

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, meltemciger@sdu.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0003-4440-4042>

** Uzman, Kamu Denetçiliği Kurumu, kucukcavus@gmail.com, <http://orcid.org/0000-0003-0044-8246>

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) uluslararası koruma başvurularının kaydını; uluslararası koruma arayan kişilerin korunması, belgelendirilmesi ve desteklenmesi amacıyla sistematik olarak tespit edilmesi, kayıt altına alınması, bilgilerinin doğrulanması, yenilenmesi ve kişisel verilerinin yönetilmesi olarak tanımlamaktadır.¹ Uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması, sığınmacıların iltica prosedürlerine etkin şekilde erişebilmesi, barınma, eğitim ve sağlık gibi temel hak ve hizmetlerden yararlanmaları ve geri göndermeme ilkesine aykırı şekilde sınır dışı edilmemeleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Kayıt konusunun temel haklarla ilişkisinden kaynaklanan bu önemine ek olarak, Türkiye’de yapılan uluslararası koruma başvurusu sayıları dikkate alındığına iltica taleplerinin kaydının ülkemizde ayrı bir öneme sahip olduğu açıktır.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan verilere göre Türkiye’de 2018 yılında 114,537 yabancı, 2019 yılında 56,417 yabancı ve 2020 yılında 31,334 yabancı uluslararası koruma başvurusunda bulunmuştur.² Her ne kadar Türk hukuk literatüründe uluslararası koruma başvurularının kayıt sürecini inceleyen³ ve bu sürece değinen⁴ akademik çalışmalar mevcut olsa da uluslararası hukuk, Avrupa Birliği (AB) hukuku, Türk hukuku ve uygulamasında uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmasını kapsamlı olarak inceleyen güncel bir çalışma bulunmamaktadır. Literatüre katkıda bulunması amacıyla bu çalışmada uluslararası hukuk, AB hukuku ve Türk hukukunda uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmasına

¹ UNCHR, Handbook on Procedures and Criteria For Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection, Reissued, February 2019, < <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfdcd47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, 210,

² Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, İstatistikler- Uluslararası Koruma, 2021 <<https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.

³ Türk hukukunda uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması ve bu süreçte gözetilmesi gereken temel hak ve güvencelere ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. N. Ö. Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık, 2015) 428- 459; G. Arıkan, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma* (Oniki Levha 2020) 77-87.

⁴ N. Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4. Baskı, Beta 2016) s.196, 197; I. Özkan, Göç, *İltica ve Sığınma Hukuku* (2. Baskı, Beta 2017) 142; B. Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2016) 321, 322; N. Baran Çelik, ‘Türk hukukunda uluslararası koruma başvurusunda bulunan veya uluslararası korumadan yararlanan yabancıların hak ve yükümlülükleri’ (2015) 6(3) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 96; T. Menekşe, ‘Türk Uluslararası Koruma Sisteminde Karar Merkezleri’ (2018) 4(2) Göç Araştırmaları Dergisi 201; ayrıca çocukların uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmasına ilişkin bkz. N. Küçükyazıcı, *Mülteci Hukukunda Çocukların Statüsü* (Adalet Yayınevi 2020) 140 vd.

uygulanacak normlar ve bu süreçte gözetilmesi gereken temel haklar ve usuli güvenceler üzerinde durulacaktır.

Çalışma dört ana kısımdan oluşmaktadır. Makalenin ilk kısmında ve 1.1. başlığı altında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁵ (AİHS), Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme⁶ (1951 Sözleşmesi) ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁷ başta olmak üzere uluslararası insan hakları sözleşmeleri uyarınca sığınma taleplerinin bir diğer deyişle uluslararası koruma başvurularının kaydına ilişkin dikkat edilmesi gereken kurallar ve gözetilmesi gereken temel haklar ortaya koyulacaktır. Bunun yanı sıra, 1.2 başlığı altında ise uluslararası koruma taleplerinin kayıt altına alınması sürecinde dikkat edilmesi gereken ilke ve gözetilmesi gereken haklar BMMYK⁸ tarafından yayınlanan ve kabul edilen rehber ve kılavuzlar⁹ kapsamında ortaya koyulacaktır. Makalenin ikinci kısmında ise 2013/32/EU sayılı Uluslararası Koruma Statüsü Verilmesi ve İptaline İlişkin Ortak Prosedür Direktifi (AB İltica Prosedürleri Direktifi)¹⁰ ve Avrupa İltica Destek Ofisi (European Asylum Support Office-EASO) tarafından yayınlanan çeşitli rapor ve kılavuzlar¹¹ ışığında AB hukukunda uluslararası koruma

⁵ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- AİHS) 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşmenin Resmî Gazete’de yayım tarihi, 19.03.1954’tür.

⁶ Convention relating to the Status of Refugees (signed 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamış ve 29 Ağustos 1961 tarihinde ihtirazi kayıtlı onaylamıştır. 359 Sayılı Onay Kanunu 5 Eylül 1961 günü ve 10898 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

⁷ Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi 2 Eylül 1990 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış, Sözleşme Bakanlar Kurulu’nun 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı kararıyla onaylanmış ve 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸ Bkz. T. Odman, *Mülteci Hukuku* (AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1995) 30-34, 43-45.

⁹ BMMYK tarafından yayınlanan kılavuz ve rehber ilkeler bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri bir diğer deyişle esnek hukuk (soft law) olarak kabul edilebilir. Y. Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6. Baskı, Seçkin 2021) 103-106; bu kavram uluslararası örgütlerin kararları olarak da bazı kaynaklarca incelenmektedir. Bkz. Y. Acer, İ. Kaya, *Uluslararası Hukuk* (12. Baskı, Seçkin 2021) 65.

¹⁰ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast) Official Journal L 180, 29/06/2013, 60–95.

¹¹ EASO, ‘Guidance on asylum procedure: operational standards and indicators’ (2019) <https://easo.europa.eu/sites/default/files/Guidance_on_asylum_procedure_operational_standards_and_indicators_EN.pdf> erişim tarihi: erişim tarihi 1 Temmuz 2021; EASO, ‘Practical recommendations on conducting remote/online registration (lodging)’ (2020) <<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-recommendations-conducting-remote-online-registration-lodging-EN.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.



başvurularının kaydına ilişkin düzenlemeler incelenecektir. Makalenin üçüncü kısmında ise 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹² (YUKK) ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹³ (YUKK Uygulama Yönetmeliği) başta olmak üzere mevzuatımızda yer alan uluslararası koruma başvurularının kaydına ilişkin düzenlemeler incelenmek suretiyle kayıt süresince gözetilmesi gereken hukuki prensipler ortaya konulacak ve uygulamada karşılaşılan sorunlara kısaca yer verilecektir. Makalenin sonuç kısmında ise makalede incelenen kaynaklar ve varılan sonuçlar ışığında Türkiye'de uluslararası koruma taleplerinin kaydına ilişkin uygulamanın hem uluslararası hukuk hem de mevzuatımıza tam olarak uyumlu hale getirilmesi için bazı önerilere yer verilecektir.

1. ULUSLARARASI HUKUKTA İLTİCA TALEPLERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI

1.1. Uluslararası Hukukta İltica Taleplerinin Kayıt Altına Alınması ve Kayıt Sürecinde Gözetilmesi Gereken İlkeler

İltica prosedürlerine erişimin ilk basamağı uluslararası koruma başvurusunun kayıt altına alınmasıdır. Geri Gönderme Merkezleri gibi yabancıların gözetim altında tutulduğu alanlar da dahil olmak üzere ülke içinde ve transit bölgeler de dahil olmak üzere sınır kapılarında sığınma talebinde bulunmak isteyen yabancıların uluslararası koruma taleplerinin alınması, kaydedilmesi ve değerlendirilmesi, geri göndermeme prensibi başta olmak üzere devletlerin Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi taraf oldukları uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmemeleri için büyük önem arz etmektedir.¹⁴

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü md 38 uyarınca uluslararası hukukun asıl kaynakları milletlerarası anlaşmalar, uluslararası örf ve âdet ve uluslararası hukukun genel ilkelerinden oluşmaktadır.¹⁵ Uluslararası hukukta iltica başvurularının kayıt altına alınmasına ilişkin herhangi bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunmamakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi insan hakları sözleşmelerinin bazı hükümleri uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması sürecine uygulanabilmektedir. Hukukun genel ilkesi olarak

¹² Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

¹³ Yönetmelik Numarası: 458, Kabul Tarihi: 17.03.2016, RG 17.03.2016/29656.

¹⁴ UNHCR Executive Committee Conclusion No. 91, 'Conclusion on Registration of Refugees and Asylum-Seekers' (2001); J. Hathaway, *The Rights of Refugees* (2. Baskı, Cambridge University Press 2021) 326, 775.

¹⁵ H. Thirlway, 'The Sources of International Law' in: M. D. Evans (ed) *International Law* (4. Baskı, Oxford University Press 2014) 94; M. Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (14. Baskı, Beta Yayınevi, 2020) 19, 20; H. Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (14. Baskı, Turhan 2015) 36; Aksar (n 9) 67 vd.

kabul edilen iyi niyet ilkesi¹⁶ ise sığınma taleplerinin kayıt altına alınması sürecinde söz konusu devletin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerini iyi niyetle uygulamasını öngörmektedir. Bu kısımdaki değerlendirme kayıt sürecine uygulanabilen ve konu ile en alakalı olduğu tespit edilen üç uluslararası sözleşme esas alınarak yapılacaktır. Söz konusu sözleşmeler 1951 Sözleşmesi, AİHS ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir.

Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü¹⁷ ile zaman ve coğrafi sınırı kaldırılmış olan mülteci tanımı, 1951 Sözleşmesi md 1(A)(2)'de yer almaktadır. 1951 Sözleşmesi uyarınca bir kişi md 1(A)(2)'de yer alan şartları taşıdığı andan itibaren mülteci sayılmakta ve Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanmaya hak kazanmaktadır.¹⁸ Bu nedenle taraf devletlerin mülteci statüsünü tanıması kişiyi mülteci kılmaz fakat devlet tarafından kişinin bu statüsünün resmî olarak ilan edildiği anlamına gelir. İltica başvurusunun ne şekilde kayıt altına alınması gerektiği ve statü belirleme işlemlerinin ne şekilde yapılması gerektiği 1951 Sözleşmesi'nde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, iltica başvurusunun kayıt altına alınarak mülteci statüsü değerlendirmesinin ivedilikle ve doğru şekilde yapılması, devletlerin 1951 Sözleşmesi'nden doğan sorumluluklarını yerine getirmesi bakımından önem arz etmektedir.¹⁹

1951 Sözleşmesi md 33 mültecilerin hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacağı ülkelere geri gönderilmesini yasaklayan²⁰ ve bugün, geri gönderme yasağı veya geri göndermeme prensibi olarak adlandırılan bu ilkenin kapsamı, işkence, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muameleyi yasaklayan AİHS md 3, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi²¹ md 7, İşkenceye

¹⁶ Thirlway (n 15) 105; Sur (n 15) 91; Aksar (n 9) 91.

¹⁷ 25 Eylül 1968 tarih ve 6/10733 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, Protokol'ün Türkiye bakımından 31 Temmuz 1968 tarihinden itibaren geçerli olmasına karar verilmiştir.

¹⁸ J. C. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status* (2. Baskı, Cambridge University Press 2014) 1, 2.

¹⁹ Bkz. J. Hathaway, *The Rights of Refugees* (2. Baskı, Cambridge University Press 2021) 773-777.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. E. Lauterpacht and D. Bethlehem, 'The scope and content of the principle of Non-refoulement (Article 33 of the 1951 Convention)' in: E. Feller, V. Türk and F. Nicholson eds. *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) 89- 171.

²¹ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003 /5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmî Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren



ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi²² md 3 gibi insan hakları sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin İnsan Hakları Komitesi ve BM İşkenceye Karşı Komite gibi yaptırım/denetim organlarının kararları ile genişletilmiştir.²³

AİHS sığınma hakkını içermemekle birlikte Sözleşme'nin 2.maddesi yaşam hakkını güvence altına alırken 3.maddesi ise işkence yasağını düzenlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ilk defa 1989 tarihli *Soering/Birleşik Krallık*²⁴ kararında bir yabancının gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalma riski olduğu hallerde gönderen devletin buna ilişkin bir sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir.²⁵ AİHM içtihatlarıyla zenginleşen insan hakları hukuku bir devletin yetki alanına giren yabancıların işkence, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muamele görme riski olan bir ülkeye gönderilmesini/sınır dışı edilmesini yasaklamıştır.²⁶

AİHM içtihadına göre yabancıların hem sınır kapılarında hem de ülke içerisinde sığınma talepleri alınmalı ve değerlendirilmelidir. Yabancıya sınır dışı edilmeden önce iltica prosedürlerine erişim imkânı verilmemesi ve özellikle yabancının sınır dışı edileceği devlette karşılaşacağı risklerin o ülkenin genel durumu ile yabancının içinde bulunduğu özel durum dikkate alınmadan incelenmemesi, AİHS md 2 ve md 3 ve bu maddelerde bağlantılı olarak etkili başvuru hakkını güvence altına alan AİHS md 13'ün ihlalini doğurabilecek niteliktedir.²⁷ Örnek olarak, AİHM *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya*²⁸ kararında açık denizde İtalyan sahil güvenlik güçleri tarafından durdurulan ve içinde 200'ü aşkın Somali ve Eritre vatandaşının bulunduğu bir botun, bu kişilere

hüküm doğurmaya başlamıştır.

²² İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasının uygun olduğuna dair 21 Nisan 1988 tarih ve 3441 sayılı Kanun, 29 Nisan 1988 tarih ve 19799 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin onayına ilişkin 16 Haziran 1988 tarih ve 88/13023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve resmi Türkçe çeviri, 10 Ağustos 1988 tarih ve 19895 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 2 Ağustos 1988 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 1 Eylül 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²³ Bkz. ayrıca M. İneli Ciger, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi', 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2020) 699-725, 703, 704.

²⁴ *Soering/Birleşik Krallık*, No. 14038/88, 7 Temmuz 1989.

²⁵ ibid, para 128.

²⁶ C. Costello, *The Human Rights of Migrants in European Law* (OUP 2016) 180-194.

²⁷ Bkz. F.G./İsveç [BD], no. 43611/11, 23 Mart 2016, para 110, 111.

²⁸ *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya* [BD], no. 27765/09, 23 Şubat 2012.

sığınma talebinde bulunma imkânı verilmeden Libya'ya geri itilmesinin Sözleşme'nin 3.ve 13.maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.Benzer şekilde, AİHM 2014 tarihli *Sharifi ve diğerleri/İtalya ve Yunanistan*²⁹ kararında İtalya'ya Yunanistan üzerinden deniz yoluyla gelip Ancona limanına varan bir grup Afgan vatandaşının sınır polisi tarafından gemilere bindirilerek zorla Yunanistan'a geri gönderilmesinin AİHS md 3 ve md 3 ile bağlantılı olarak md 13'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁰ Mahkeme bu kararda başvuruçuların sığınma taleplerinin İtalyan yetkililer tarafından alınmaması, kişilere avukata veya tercümana erişim sağlanmaması ve sahip oldukları haklara ilişkin olarak hiçbir açıklama yapılmamasının ihlal doğurduğuna karar vermiştir.³¹

AİHM 2018 yılında verdiği *A.E.A/Yunanistan* kararında, Yunanistan'da bulunan bir Sudan vatandaşının sığınma başvurusunun yetkililer tarafında üç yıla yakın bir süre boyunca ısrarla kayda alınmayıp değerlendirilmemesinin ve bu süreçte kişinin temel ihtiyaçlarını karşılayamayıp sefalet içerisinde yaşamasının AİHS md 3 ve md 3 ile bağlantılı olarak md 13'ü ihlal ettiğini tespit etmiştir.³² AİHM 2018 yılında verdiği *MA.ve Diğerleri/Litvanya* kararında, Litvanya sınırına birçok kez gelerek sözlü olarak sığınma talebinde bulunan ve Rusça 'iltica' yazan bir kağıdı sınır polisine gösteren Çeçen kökenli başvuruçuların uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmayıp değerlendirilmemek suretiyle Rusya'ya dolaylı geri gönderilme risklerinin bulunduğu Belarus'a geri gönderilmelerinin AİHS md 3'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.³³ AİHM 2020 yılında verdiği *MK./Polonya* kararında ise Polonya sınır kapısında uluslararası koruma başvurusunda bulunmak istediklerini birçok kez sözlü bir kere de yazılı beyan eden Rus vatandaşı başvuruçuların sığınma taleplerinin kayıt altına alınmayarak ve değerlendirilmeyerek Belarus'a geri gönderilmelerinin AİHS md 3 ve md 3 ile bağlantılı olarak md 13'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁴

Sığınma taleplerinin hem sınır kapılarında hem de ülke içinde kayıt altına alınması ve değerlendirilmesi gereğinin yanı sıra AİHM ayrıca yabancıların iltica prosedürleri ile ilgili ve bu süreçte sahip oldukları haklar ile ilgili yeterli şekilde ve anlayabilecekleri bir dilde bilgilendirilmeleri gerektiğini kaydetmiştir.³⁵ Kayıt aşamasının da dâhil olduğu iltica prosedürlerine ilişkin

²⁹ Sharifi ve Diğerleri/İtalya ve Yunanistan, no. 16643/09, 21 Ekim 2014.

³⁰ ibid, para 243.

³¹ ibid, para 241, 242.

³² A.E.A/ Yunanistan, no. 39034/12, 15 Mart 2018, para 84-86.

³³ M.A ve Diğerleri/ Litvanya, no. 59793/17, 11 Aralık 2018, para 105- 115; Bkz. ayrıca E. Bozovalı, *Sığınma Hukuku ve Geri Gönderilmeme İlkesi* (Onikilevha 2020) 99-102.

³⁴ M.K. ve Diğerleri/Polonya, no. 40503/17, 42902/17 ve 43643/17, 23 Temmuz 2020, para 53.

³⁵ Bkz. M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan [BD], no. 30696/09, 21 Ocak 2011, para 300-302, 304, 306-310; Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya [BD], no. 27765/0923, 23 Şubat 2012, para 204.

olarak Mahkeme; AİHS hükümlerinin ve özellikle AİHS md 3'ün ihlal edilip edilmediğini incelerken iltica prosedürleri süresince uluslararası koruma başvuruçularına tercüman sağlanıp sağlanmadığını, iltica prosedürüne ilişkin mülakatın eğitimli personel tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, başvuruçulara adli yardım veya hukuki destek sağlanıp sağlanmadığını ve iltica kararının gerekçeli bir şekilde verilip verilmediğini değerlendirmektedir.³⁶

AİHS de dahil olmak üzere insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan ve kayıt işlemleri de dahil olmak üzere iltica prosedürleri sırasında uyulması gereken genel ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür. Öncelikle, incelenen AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, yabancıların hem sınır kapılarında hem de ülke içerisinde uluslararası koruma talebinde bulunmak istediklerini sözlü veya yazılı beyan etmeleri üzerine iltica başvuruları ivedilikle kayıt edilmeli ve değerlendirilmelidir. İkinci olarak bu süreçte kayıt esnasında insan haysiyeti ve onuruna saygı gösterilmeli³⁷ ve ayrımcılık yasağı gözetilmelidir.³⁸ Üçüncü olarak kayıt sürecince çocuk, engelli, hasta, yaşlı ve hamile gibi hassas durumdaki yabancıların tespiti yapılmalı ve özel ihtiyaç sahiplerinin uluslararası koruma başvurularını yapabilmeleri için gerekli ek bazı kolaylıklar gösterilmelidir.³⁹ Ayrıca yabancılar uluslararası koruma prosedürleri, bu süreçte sahip oldukları haklar ile ilgili anlayacakları dilde bilgilendirilmeli ve imkânlar dahilinde kayıt ve diğer iltica prosedürleri süresince ücretsiz tercüman hizmetinden yararlanabilmelidir.⁴⁰

Çocukların uluslararası koruma başvurularının kaydına ilişkin olarak, yukarıdaki sözleşmelerin yanı sıra Çocuk Haklarına Dair Sözleşme de incelenmelidir. 1951 Sözleşmesi çocukların veya refakatsiz çocukların iltica taleplerinin kaydı veya değerlendirilmesine ilişkin bir hüküm içermemektedir.⁴¹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md 1 uyarınca 18 yaşının altındaki tüm bireyler çocuk olarak kabul edilmektedir. Sözleşme md 3 (1) "*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde,*

³⁶ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan [BD], no. 30696/09, 21 Ocak 2011, para 300-302, 304, 306-310; Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya [BD], no. 27765/09, 23 Şubat 2012, para 204.

³⁷ AİHS m. 3.

³⁸ Yabancıların uluslararası koruma başvuruları ırk, din, dil, uyruk, etnik köken, cinsiyet, yaş gibi hiçbir ayırım gözetmeden kayıt altına alınmalıdır. Bkz. ayrıca AİHS m.14; Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme m. 3.

³⁹ Council of Europe CDDH, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, CDDH (2017) R88add2 26/01/2018.

⁴⁰ Bkz. M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan [BD], no. 30696/09, 21 Ocak 2011, para 300-302, 304, 306-310; Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, no. 30471/08, 22 Eylül 2009; Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya [BD], no. 27765/09, 23 Şubat 2012, para 204.

⁴¹ M. S. Öktem, *Uluslararası Göç Hukukunda Çocuklar ve Hukuki Statüleri* (Oniki Levha Yayıncılık 2018) 141.

çocuğun yararı temel düşüncedir.” düzenlemesini içermektedir. Sözleşme md 3(2) uyarınca ayrıca Taraf Devletler çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri almayı yükümlenmiştir. Yine, aynı Sözleşme’nin 22. maddesi taraf devletlerce refakatsiz ve aile yanındaki çocukların hem insan haklarının korunmasını hem de uluslararası korumaya erişimlerinin sağlanmasını öngörmektedir.⁴² Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri uyarınca uluslararası koruma kaydı da dahil olmak üzere tüm iltica işlemlerde çocuğun yüksek yararı ilkesinin benimsenmesi zorunlu kılınmıştır.

Taraf Devletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’den doğan sorumluluklarını ihlal etmemesi için refakatsiz ve aile yanındaki çocukların uluslararası koruma başvurusunda bulunabilmeleri ve iltica sistemine etkin şekilde erişebilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.⁴³ Hem çocukların uluslararası koruma taleplerinin kaydı hem de incelenmesi sırasında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md 12 uyarınca görüşlerini ifade yeteneğine sahip çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına saygı gösterilmeli ve çocuğun ifadesi hem kayıt hem de iltica taleplerinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.⁴⁴ Özellikle refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmaması ve değerlendirilmemesi söz konusu çocukların insan ticareti ve çocuk işçiliğine maruz kalmasına, eğitim, sağlık, sosyal hizmet gibi temel haklardan faydalanamamasına neden olabilmektedir.⁴⁵ Kısaca, devletlerin başta Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’den kaynaklananlar dahil olmak üzere uluslararası sorumluluklarına aykırı hareket etmemesi için çocuğun yüksek yararı ilkesinin her daim gözetilmesi ve refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurularını kendilerinin veya atanmış vasileri yoluyla yapabilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılması büyük önem arz etmektedir.

1.2 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Belgelerinde Kayıt ile İlgili İlkeler

BMMYK kendi yürüttüğü kayıt işlemlerine dair dikkat edilmesi gereken ilkeleri 2003 yılında kapsamlı bir El kitabında⁴⁶ toplamıştır, bu kaynaktaki bazı ilkeler genel olarak uluslararası koruma başvurularının kaydı bakımından

⁴² N. Ekşi, ‘Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Koruması’ (2016) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 559-574, 565.

⁴³ ibid, 559-574.

⁴⁴ Öktem (n 41) 142.

⁴⁵ Ayrıca bkz. B. Düzal, S. Alış, ‘Türkiye’de Uluslararası Düzensiz Göç Gerçeğinde Refakatsiz Göçmen Çocukların Durumu ve Başlıca Risklerin Değerlendirilmesi’ (2018) 6 Asia Minor Studies 258-274

⁴⁶ UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Handbook for Registration, September 2003, <<https://www.refworld.org/docid/3f967dc14.html>> erişim tarihi 1 Temmuz 2021.



da önem arz etmektedir. Söz konusu el kitabının yanı sıra, BMMYK Yürütme Komitesi (ExCom) 91 No'lu Sonuç Kararında⁴⁷ iltica başvurularının kaydına ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken ilkeler şu şekilde özetlemiştir: Öncelikle, kayıtlarda gizlilik esas olmalı, kişisel veriler korunmalı ve kayıt kolay erişilebilir ve güvenli bir yerde yapılmalıdır. Kayıt kişi güvenliği ve haysiyetine saygı gösterilmek suretiyle kişileri korkutmadan, sindirmeden ve tarafsız olarak yapılmalıdır. Bununla bağlantılı olarak, kayıt işlemini gerçekleştiren personelin (kayıtla sorumlu kişi ve tercümanlar da dahil) yeterli eğitim almış olması, kayıt birimlerinde yeterli sayıda kadın personel bulunması ve kayıt esnasında izlenilmesi gereken usul ile ilgili ve kaydın gizliliği ile ilgili doğru şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir.⁴⁸

Kural olarak kayıt işlemi teker teker yapılmalı ve kişilerin kimlik bilgileri, ad soyadı, cinsiyeti, fotoğrafı, doğum tarihi, medeni durumu, hassas durumda olup olmadığı ve desteğe ihtiyaç duyup duymadığı, eğitim durumu, ailevi durumu (ailesindeki kişi sayısı ve kimlerden oluştuğu), ülkeye giriş tarihi, adresi, menşe ülke bilgisi kayıt altına alınmalıdır.⁴⁹ Ayrıca, çocukların ve özellikle refakatsiz çocukların kaydı ivedilikle yapılmalı, kayıt esnasında hassas durumdaki kişiler tespit edilmelidir.⁵⁰ Son olarak, kadın ve kız çocukların aile bireylerinden ayrı olarak kaydedilmesi gerekmektedir çünkü kadın ve kız çocukların ailenin erkek bireylerinden ayrı olarak cinsiyete dayalı olarak zulüm korkuları, şiddet geçmişleri ve onları kırılğan kılan farklı durumları söz konusu olabilmektedir.⁵¹

2. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA İLTİCA TALEPLERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı⁵² md 18 sığınma hakkını, md 19. ise geri gönderilmeme ilkesini güvence altına almaktadır. AB hukuku uyarınca uluslararası koruma başvuruları transit bölgeler de dahil olmak üzere sınır kapılarında veya üye devlet sınırları içerisinde yapılabilmektedir.⁵³ AB hukukunda uluslararası koruma başvurularının kaydına ilişkin kurallar temel olarak 2013/32/EU sayılı İltica Prosedürleri Direktifinde⁵⁴ yer almaktadır. 2013/32/EU sayılı İltica Prosedürleri Direktifi md 6 sığınmacılara uluslararası koruma başvurularını etkin ve ivedi şekilde yapabilmeleri için tüm

⁴⁷ ExCom, Conclusion on Registration of Refugees and Asylum-seekers No. 91 (LII) – 2001.

⁴⁸ UNHCR Handbook for Registration (n 46) 13-14.

⁴⁹ ExCom, Conclusion on Registration of Refugees and Asylum-seekers No. 91 (LII) – 2001.

⁵⁰ UNHCR Handbook for Registration (n 46) 9-11.

⁵¹ ibid, 13-14.

⁵² Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesinin C serisinin 364. sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 364, 18.12.2000).

⁵³ AB Hukukunda kayıt sürecine ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. Arıkan (n 3) 78-85.

⁵⁴ Bkz n (10).

imkânların sağlanması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵ İlgili Direktif uluslararası koruma başvurusunun iltica başvurularını kayıt altına almaya yetkili kuruma yapılması durumunda kayıt işleminin uluslararası koruma başvurusunun yapılmasından itibaren en geç üç iş günü içerisinde yapılması gerektiğini düzenlemektedir.⁵⁶ Uluslararası koruma başvurusunun polis, sınır kolluk güçleri veya idari gözetim merkezi gibi resmen iltica başvurularını kayıt altına almaya yetkili olmayan fakat bu başvuruların yapılabileceği kurumlara/kişilere yapılması durumunda ise kayıt işleminin uluslararası koruma başvurusunun yapılmasından itibaren en geç altı iş günü içerisinde yapılması gerektiğini düzenlemektedir.⁵⁷ Uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişi sayısının oldukça fazla olduğu ve bu nedenle Direktifte öngörülen üç günlük süre şartına uymanın mümkün olmadığı durumlarda üye devletlerin kayıt işlemi için öngörülen süreyi en çok on iş günü uzatabileceği düzenlenmektedir.⁵⁸

AB üyesi devletler, uluslararası koruma başvurusunun yapılabileceği kurum çalışanlarına uluslararası koruma başvurularının nereye ve nasıl yapılması gerektiği hususunda eğitim vermelidir.⁵⁹ Direktif, uluslararası koruma başvurusunda bulunmak isteyenlere ivedilikle başvurularını yapabilmeleri için gerekli imkânların sağlanması gerektiğini, fakat bununla birlikte üye devletlerin kayıt için şahsen başvuru yapılmasını şart koşabileceklerini veya başvuru için belirli bir yer tayin edebileceklerini düzenlemiştir.⁶⁰ 2013/32/EU sayılı İltica Prosedürleri Direktifi'ne göre bir uluslararası koruma başvurusu, sığınmacı tarafından başvuru formunun ilgili makama verildiği veya ulusal hukukta öngörülmüş ise yetkili kuruma resmî evrakın ulaştığı an yapılmış sayılır.⁶¹ Ayrıca çocuklar, refakatsiz çocuklar, engelli bireyler, yaşlı bireyler, hamileler, yalnız anne ve babalar, insan ticareti mağdurları, ciddi fiziksel hastalığı veya psikolojik rahatsızlığı bulunan bireyler, işkence, tecavüz veya diğer ciddi fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddet mağdurları gibi hassas durumdaki kişilerin özel durumlarının ve ihtiyaçlarının kayıt da dahil iltica prosedürlerinde dikkate alınması zorunludur.⁶²

2013/32/EU sayılı İltica Prosedürleri Direktifi md 8 ayrıca transit bölgeler de dahil olmak üzere sınır kapılarında bulunan veya idari gözetim altına alınan yabancılar arasında iltica başvurusunda bulunma niyeti olduğuna dair

⁵⁵ J. Vedsted-Hansen, 'Asylum Procedures Directive 2013/32/EU' in K. Hailbronner and D. Thym (eds.): *EU Immigration and Asylum Law. Commentary* (2. Baskı, CH Beck/Hart/Nomos 2016) 1285.

⁵⁶ Directive 2013/32/EU, m. 6(1)

⁵⁷ ibid, m. 6(1)

⁵⁸ ibid, m. 6(5).

⁵⁹ ibid, m. 6(1)

⁶⁰ ibid, m. 6(2) ve (3).

⁶¹ ibid, m. 6(4).

⁶² Söz konusu hüküm AB Kabul Koşulları Direktifinin 21. maddesinde yer almaktadır.



emare olan kişilere uluslararası koruma başvurusunun yapılabileceği hususu ve iltica usulü hakkında bilgi verilmesini ve imkânlar dahilinde tercüman hizmeti verilmesini öngörmektedir.İlgili madde ayrıca, kişilere uluslararası koruma başvurularına ilişkin tavsiye ve hukuki danışmanlık veren sivil toplum kuruluşu, avukat gibi kurum ve bireylerin başvuruculara ulaşması ve iletişime geçmesine izin verilmesi gerektiğini düzenlemektedir.⁶³

Uluslararası koruma talebinin kaydını izleyen süreçte AB üyelerinin sorumluluklarından bahsetmek gerekir ise, 2013/33/EU sayılı Uluslararası Koruma Başvurucularının Kabul Koşullarına İlişkin AB Direktifi (AB Kabul Koşulları Direktifi)⁶⁴ uluslararası koruma başvurusunun kayda alındığı tarihi izleyen makul ve her hâlükârda 15 günü geçmeyen bir süre içerisinde iltica başvurusunda bulunan bireylere sahip olduğu hak ve yükümlülükler ve üye devlette uymaları gereken kurallar hakkında bilgi verilmesini öngörmektedir.⁶⁵ Bu bilginin başvuruçunun anlayabileceği bir dilde verilmesi gerekmektedir.⁶⁶ Ayrıca uluslararası koruma başvuruçularına kendilerine hukuki yardım sağlayan ve barınma ve sağlık hizmetleri gibi imkânlarla erişim konusunda yardımcı olabilecek kurum ve kuruluşlar hakkında bilgi verilmesi öngörülmüştür.2013/33/EU sayılı AB Kabul Koşulları Direktifi uluslararası koruma başvurusu kaydı alınan kişilere kaydın alınmasından itibaren en geç üç gün içerisinde kişinin isminin, uluslararası koruma başvuruçusu statüsünün ve başvurusu sonuçlanana kadar üye devlette yasal olarak kalma hakkı bulunduğunun yazılı olduğu bir belge verilmesi gerektiğini düzenlemektedir.

AB müktesebatı ve Avrupa İltica Destek Ofisi (EASO)⁶⁷ tarafından ifade edilen ve kayıt işlemleri sırasında uyulması gereken ilkeler ve kayda ilişkin dikkat edilmesi gereken hususlar/öneriler şu şekilde belirtilmiştir: Öncelikle, sınır kolluk güçleri, polis merkezleri, yabancıların gözetim altında tutulduğu kurumlar gibi resmen iltica başvurularını kayıt altına almaya yetkili olmayan fakat bu başvuruların yapılabileceği kurumlarda çalışan personel uluslararası koruma başvurularının nereye ve hangi şekilde yapılabileceği ve bu süreçteki sorumlulukları hakkında bilgilendirilmeli ve eğitilmelidir.İkinci olarak, resmen iltica başvurularını kayıt altına almaya yetkili olan kurumlara başvuru durumunda başvurudan sonra kayıt işleminin ivedilikle tamamlanması gerekmektedir ve öngörülen süre kural olarak üç gündür. Üçüncü olarak, kayıt sonunda uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişiye hukuki statüsünü

⁶³ ibid, m. 8(2).

⁶⁴ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection OJ L 180, 29.6.2013, 96–116

⁶⁵ ibid, m. 5.

⁶⁶ ibid, m. 5.

⁶⁷ EASO Guidance on asylum procedure (n 11) 11-18.

de belirten kimlik kartı verilmesi gerekmektedir.Dördüncü olarak, kayıt öncesinde ve esnasında özel ihtiyaç sahibi ve hassas durumdaki kişilerin tespit edilip, bu kişilerin ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik eyleme geçilmesi gerekmektedir.Son olarak, kayıt sonrasında sığınma başvurusu sahipleri iltica prosedürleri hakkında destek, hukuki destek ve diğer ihtiyaçlarına (barınma, sağlık hizmetleri vs.) yönelik destek alabilecekleri kurum ve kuruluşlara yönlendirilmelidir.

3. TÜRK HUKUKU VE UYGULAMASINDA İLTİCA TALEPLERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI

3.1.Türk hukukunda uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmasına ilişkin hükümler

Mevzuatımızda uluslararası koruma başvurularının idare tarafından alınması ve kayıt edilmesi YUKK md 65 vd.düzenlenmiştir.Uluslararası koruma başvurusu kural olarak şahsen yapılmalıdır.⁶⁸ Bununla birlikte başvuruları aynı gerekçeye dayanan ve kendisiyle birlikte gelen aile üyeleri adına yabancı başvuru yapabilmektedir.⁶⁹ YUKK’da kayıt yapmakla sorumlu kurum Valilikler olarak belirlenmiştir.YUKK Uygulama Yönetmeliği md 66(1) başvuru sırasında, uluslararası koruma başvurusuna ilişkin bilgilerin Göç İdaresi İl Müdürlüğü tarafından alınacağını ifade etmektedir.YUKK Uygulama Yönetmeliği md 67 uluslararası koruma başvuruları sınır kapısı ya da ülke içinde kolluk birimleri ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yapılmak istendiğinde bu birimlerin derhal Göç İdaresi İl Müdürlüğüne bildirimde bulunmasını öngörmektedir.YUKK md 67 kayıt da dahil olmak üzere iltica işlemlerinde özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması gerektiğini düzenlenmiştir.YUKK Uygulama Yönetmeliği md 65(3) başvuru için başvuru sahibinin kendisini ifade edebileceği bir dilde uluslararası koruma başvurusuna ilişkin beyanının alınmasını yeterli görmektedir.Kısaca mevzuatımızdaki düzenlemeye göre uluslararası koruma talebi hem sözlü hem de yazılı şekilde yapılabilecektir.

Uluslararası koruma başvurusuna ilişkin kayıt esnasında öncelikle başvuru sahibinin kimlik bilgileri tespit edilmektedir. Kimlik tespitinin ispat edici bir belgeden yapılamaması ve yetkilinin araştırmaları sonucunda da kimliğine dair bilgi elde edilememesi hâlinde, başvuranın beyanı esas alınır.⁷⁰ Kayıt esnasında başvuru sahibinden menşe veya ikamet ülkesini terk etme sebepleri, ülkesini terk ettikten sonra başından geçen ve başvuru yapmasına neden olan olaylar, Türkiye’ye giriş şekli, kullandığı yol güzergâhları ve vasıta bilgileri, daha önceden başka bir ülkede uluslararası korumaya başvurmuş veya korumadan yararlanmışsa, bu başvuru veya korumaya ilişkin bilgi ve

⁶⁸ YUKK m. 65 (1).

⁶⁹ YUKK m. 65(3).

⁷⁰ YUKK m. 69(3).



belgelerinin alınması öngörülmektedir.⁷¹ Bu bilgi ve bilgilerin alınmasını müteakiben başvurucaya ayrıca mülakat zamanı ve yerinin bildirilmesi öngörülmüştür.⁷² YUKK md 70 uluslararası koruma başvurusunun kayıt esnasında başvurusuyla ilgili takip edilecek usuller, başvurusunun değerlendirilmesi sürecindeki hak ve yükümlülükleri, yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği ve bu yükümlülüklere uymaması ya da yetkililerle iş birliğinde bulunmaması hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, itiraz usulleri ve süreleri konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. YUKK md 70(2) ise başvuru sahibinin talep etmesi hâlinde kayıt aşamasında tercüman hizmetinden yararlanmasını öngörmektedir.

Refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurularına ilişkin olarak YUKK md 66 ve YUKK Uygulama Yönetmeliği md 123'te düzenlenmiştir. Yönetmelik md 113(1)(2), uluslararası koruma başvuru sahiplerinin; refakatsiz çocuk olduğu durumlarda uluslararası koruma prosedürlerinde öncelik tanınacağı, gerekli her türlü kolaylık gösterileceği ve durumlarının kayıt altına alınmasını öngörmektedir.

YUKK hükümlerinin yanı sıra hukuk devleti olmanın gereklilerinden olarak kabul edilen ve idare hukukundan kaynaklanan kayda ilişkin dikkat edilmesi gereken ilkeler şu şekilde sıralanabilir:⁷³: dinlenilme hakkı, bilgi ve belgelere erişim hakkı, kişisel verilerin korunması ve tercüman hizmetlerine erişim. Dinlenilme hakkı, idari işlemin tesis edilmesinden önce, karar için belirleyici olan önemli vakıalar ile ilgili olarak, idari makamın, idari işlemde etkilenecek ilgililere görüşünü açıklama fırsatı vermesi yükümlülüğü olarak tanımlanabilmektedir.⁷⁴ Söz konusu ilke idari işlemin ilgisine kendi vakıa ve delillerini ileri sürme fırsatı tanıyarak idarenin tek yanlı karar alma sürecinde daha doğru ve kapsamlı bilgi sahibi olmasına ve idarenin hukuka uygun işlem tesis etmesine hizmet eder.⁷⁵ Dinlenilme hakkının iltica prosedürlerine yansımaları uluslararası koruma başvurusuna ilişkin karar verilirken başvurusunun uluslararası koruma talebine ilişkin sunduğu bilgi ve belgelerin eksiksiz olarak dikkate alınması ve kayda geçirilmesidir.

YUKK md 94 uluslararası koruma başvuru sahibinin tüm bilgi ve belgelerinde gizliliğin esas olması gerektiğini ve ancak, başvuru sahibi ile yasal temsilcisi veya avukatının başvuru sahibinin kişisel dosyasında yer alan

⁷¹ YUKK m. 69(4).

⁷² YUKK m. 69(5).

⁷³ Bkz Öztürk (n 3) 449 vd.; Arıkan (n 3) 77 vd.

⁷⁴ İbid s. 450, 451; B. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin 2000) 143; M. Ö. Çebi Buğdaycı, 'İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı' (2016) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 25-46, 27.

⁷⁵ Çebi Buğdaycı (n 74) 27.

belgeleri inceleyebileceğini ve birer örneğini alabileceğini düzenlemektedir.⁷⁶ Bu kuralın istisnası millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesine ilişkin belgelerdir. Kayıta gizliliğin esas alınması ve kişisel verilerin korunması da büyük önem arz etmektedir.⁷⁷ Uluslararası koruma başvurusunun kimlik bilgileri, parmak izi gibi biyometrik verileri, idareye sundukları bilgi ve belgeler ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizli tutulması ve kişinin rızası olmadan söz konusu bilgi ve belgelerin özellikle menşe ülke makamları dahil olmak üzere üçüncü kişiler ile hiçbir surette paylaşılmaması gerekmektedir.⁷⁸ Söz konusu ilkeye uyulması AIHS md 8 ile güvence altına alınan özel yaşamın gizliliği ve aile hayatının korunması hakkı için de önemlidir.

Tercümana erişim özellikle Türkçe bilmeyen veya kendini Türkçe ifade edemeyen yabancıların başvurularına ilişkin değerlendirmenin tam olarak ve adil şekilde yapılması için büyük önem arz etmektedir. Yabancıların usule ilişkin güvencelerden etkin şekilde yararlanabilmesi için yetkin bir tercüme hizmetine erişimi şarttır.⁷⁹

3.2 Uygulamada uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması

Uygulamada uluslararası koruma başvuruları ilgili Göç İdaresi İl Müdürlüğüne kayıt altına alınmaktadır, bu aşamada yabancıyla kayıt mülakatı denilen bir görüşme yapılmakta ve kendilerine uluslararası korumaya ilişkin taleplerinin incelenmesi için bir mülakat tarihi verilmektedir. Gerek duyulması halinde başvuru sahipleriyle birden fazla mülakat yapılması da mümkündür. Türkiye’de Suriyeli olmayan uluslararası koruma başvurusu kayıtları 2018 yılı Eylül ayına kadar Göç İdaresi İl Müdürlükleri, BMMYK ve onun uygulama ortağı olan Sığınmacılarla ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği arasındaki ortak bir süreç içerisinde yürütülmekteyken, bahse konu ayda BMMYK Türkiye’de kayıt faaliyetlerini sonlandırdığını duyurmuştur.⁸⁰ BMMYK, hâlihazırda Türk uluslararası koruma sistemi içerisinde destek faaliyetlerini sürdürmeye⁸¹ devam etse de, Türkiye’de uluslararası koruma başvurusu alma ve kayıt işlemleri Göç İdaresi İl Müdürlükleri tarafından yürütülmektedir. Kayda ilişkin veriler GÖÇNET sistemine girilmekte ve bu sistemde saklanmaktadır.

⁷⁶ Öztürk (n 3) 451

⁷⁷ ibid, 452; YUKK m. 99.

⁷⁸ Öztürk (n 3) 451, 452.

⁷⁹ ibid, 457.

⁸⁰ UNHCR, ‘UNHCR tarafından kayıt ve MSB’ (2018) <<https://help.unhcr.org/turkey/tr/information-for-non-syrians/registration-rsd-with-unhcr/>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.

⁸¹ Bkz ayrıca N. Ekşi, ‘Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin Türkiye’deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü’ (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 343-370.



Başvuru sahibi, kayıt aşamasında kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve seyahat dokümanlarını yetkili makamlara teslim etmekle yükümlüdür. Kimlik tespitinin ardından kişiyle kayıt mülakatı gerçekleştirilmektedir.⁸² Bu mülakatta kayıt esnasında; başvuru sahibinin menşe veya ikamet ülkesini terk etme sebepleri, ülkesini terk ettikten sonra başından geçen ve başvuru yapmasına neden olan olaylar, Türkiye'ye giriş şekli, kullandığı yol güzergâhları ve vasıta bilgileri, daha önceden başka bir ülkede uluslararası korumaya başvurmuş veya korumadan yararlanmışsa, bu başvuru veya korumaya ilişkin bilgi ve belgeleri alınmaktadır.⁸³ YUKK md 70 uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibinin, başvurusuyla ilgili takip edilecek usuller, başvurusunun değerlendirilmesi sürecindeki hak ve yükümlülükleri, yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği ve bu yükümlülüklere uymaması ya da yetkililerle iş birliğinde bulunmaması hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, itiraz usulleri ve süreleri konusunda kayıt esnasında bilgilendirilmesi esastır.

Literatürde özellikle sivil toplum kuruluşları ve barolar tarafından yayınlanan raporlarda kayıt sürecine ilişkin yaşanan bazı sorunlara değinilmektedir. Söz konusu raporlarda ifade edilen sorunları şu şekilde sıralamak mümkündür: Afgan genç bekâr erkekler gibi bazı yabancı grupların uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmaması veya gecikmeli olarak alınması⁸⁴, yabancıların kayıt için başvurdukları Göç İdaresi İl Müdürlükleri'nce kayıtlarının alınmaması ve kaydın hangi Göç İdaresi İl Müdürlüğü tarafından yapılacağına dair herhangi bir bilgilendirme veya yönlendirme yapılmaması⁸⁵ veya kaydın alınması için başka bir İl Müdürlüğü'ne yönlendirilmeleri durumunda ise bu illere seyahat edebilmeleri için yabancılara resmî bir evrak veya seyahat belgesi verilmemesi nedeniyle yabancıların seyahat etmede yaşadıkları zorluklar⁸⁶. Söz konusu sorunların yanı sıra çeşitli raporlarda ayrıca kayıt sürecine ilişkin şu sorunların gözlemlendiği ifade edilmiştir:

⁸² Menekşe (n 4) 201.

⁸³ YUKK m. 69/4.

⁸⁴ AIDA, Turkey Country Report, 2019, <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/turkey/registration-asylum-application>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, s. 28; Göç Araştırmaları Derneği, Ghosts of Istanbul: Afghans at the Margins of Precarity, <https://www.gocarastirmalari.dernegi.org/attachments/article/193/GHOSTS%20OF%20ISTANBUL.pdf>, erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, 41.

⁸⁵ S. Karadağ, A. Üstübcü, 'Protection during pre-pandemic and COVID-19 periods in Turkey' (2021) Advancing Alternative Migration Governance Project Deliverable No 4.2 <http://admigov.eu/upload/Deliverable_42_Protection_COVID19_Turkey_Karadag_Ustubici.pdf> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, 34, 35.

⁸⁶ Bkz. AIDA Turkey Country Report 2019 (n 84); Karadağ ve Üstübcü (n 85) s. 34-36; Van Barosu Göç ve İltica Komisyonu, 'Van Gölü'nde 27 Haziran 2020 Tarihinde Meydana Gelen Göçmen/Sığınmacı Katliamına İlişkin İnceleme Raporu' (2020) <<http://www.vanbarosu.org.tr/uploads/2694.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, 17.

uluslararası koruma başvurusu yapma niyetini belirten refakatsiz çocukların yaş tespiti ve çocuğa vasi atanması sürecinde yaşanan sorunlar⁸⁷, Göç İdaresi İl Müdürlüklerinde yeterli nitelik ve nicelikte tercüman/mütercim istihdam edilmemesi ve yeterli sayıda personel bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar⁸⁸ ve Geri Gönderme Merkezlerinde ve havalimanlarının transit bölgelerinde uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınmasına ilişkin yaşanan zorluklar.⁸⁹

Hem söz konusu raporlarda ifade edilen sorunların çözümü hem de Türkiye’de uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması sürecinin makalenin ilk kısmında incelenen uluslararası hukuk kurallarına ve AIHM içtihadına uygun şekilde yapılması için çeşitli öneriler getirmek ve iyi uygulamalardan bahsetmek mümkündür. Söz konusu iyi uygulamalar ve tavsiyelere sonuç kısmında yer verilmiştir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yabancıların hem sınır kapılarında hem de ülke içerisinde uluslararası koruma talebinde bulunmalarına rağmen bu taleplerin kayıt altına alınıp değerlendirilmeden sınır dışı edilmesi AIHS md 2, md 3 ve bu maddeler ile bağlantılı olarak md 13’ü ihlal edebilir niteliktedir. Bu tür ihlallerin önünce geçilmesi ve Türkiye’nin yürürlükte olan uluslararası sözleşmelerden doğan sorumluluklarının gözetilmesi için sınır kapılarında, transit bölgeler de dahil olmak üzere havalimanlarında, Geri Gönderme Merkezleri de dahil olmak üzere yabancıların gözetim altında tutulduğu kapalı alanlarda ve ülke içerisinde sözlü veya yazılı şekilde uluslararası koruma aradığını veya iltica talebi olduğunu beyan eden yabancıların bu beyanları ivedilikle kayıt altına alınmalı ve talepleri değerlendirilmelidir.

⁸⁷ Kamu vesayetine ve uluslararası koruma sistemindeki refakatsiz çocukların durumuna ilişkin detaylı bir tartışma için bkz. K. Karataş, H. Rittersberger-Tılıç, R. Atasü-Topcuoğlu, O.Ö. Demir, Türkiye’de Refakatsiz Çocuklara Erişim ve Çocuğun Yüksek Yararına Yönelik Hizmet Sunumunun Teşvik Edilmesi Projesi Değerlendirme Raporu (2014) < <https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/refakatsiz-cocuklara-yonelik-calismalar/proje-degerlendirme-raporu-tukce.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, 28- 31.

⁸⁸ Ülkemizde uluslararası koruma alanında çalışan kamu görevlisi başına düşen yabancı sayısının fazlalığı ve özellikle bazı Göç İdaresi İl Müdürlüklerinde yeterli personelinin bulunmaması ile ilgili bkz. Menekşe (n 4) 209; AIDA Turkey Country Report 2019 (n 84) 34.

⁸⁹ AIDA Turkey Country Report 2019 (n 84); İzmir Barosu, ‘İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Yaşanan Sorunlar’ (2018) < <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/izmir-geri-gonderme-merkezlerinde-adalete-erisim-hakki-cercevesinde-yasanan-sorunlar2017713112147450.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Esenboğa Havalimanı Transit Alan Ziyaret Raporu (2019) <https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2020/06/1592476766.pdf> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.



Sığınma talebi olan yabancıların bu taleplerinin hiçbir ayırım gözetmeksizin ve ivedilikle kayıt altına alınması ve değerlendirilmesi gereği AİHM içtihatlarında da yer bulmuştur. Makalenin birinci kısmında da belirtildiği üzere, AİHM bir yabancı için uluslararası koruma talep etmesine rağmen bu talebin üç yıla yakın bir süre idare tarafından kayıt altına alınmayarak değerlendirilememesinin ve bununla bağlantılı olarak yabancı için temel haklardan mahrum kalarak kötü koşullarda yaşamak zorunda kalmasının AİHS md 3 ve md 3 ile bağlantılı olarak md 13'ü ihlal ettiği belirtmiştir. Söz konusu karardan da anlaşılabilirliği üzere uluslararası koruma talebinin idareye iletilmesi ile bu talebin kayıt altına alınması arasında geçen süre makul olmalıdır. Türkiye'de özellikle bazı illerde bu sürenin oldukça uzun olduğu üçüncü kısımda incelenen raporlarda ifade edilmiştir. Bir yabancı için uluslararası koruma talebini idareye iletilmesi ile kayıt işleminin yapılması arasında geçen azami sürenin yapılacak bir yasal düzenleme ile belirlenmesi tespit edilen bu soruna çözüm olabilir ve uzun vadede il bazında kayıt işlemlerinin yeknesaklaştırılmasına hizmet edebilir. Makalenin ikinci kısmında incelenen 2013/33/EU sayılı AB Kabul Koşulları Direktifinde söz konusu süreyi üç gün istisnai durumlarda on gün olarak düzenlemiştir. Yine kayıt süresi ile ilgili yaşanan sorunların önüne geçilmesi amacıyla tüm kayıt randevularının merkezi online bir kayıt randevu sistemine bağlanması göz önünde bulundurulabilecek bir öneridir.⁹⁰

Makalenin birinci kısmında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de taraf devletlerin çocukların yüksek yararını gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Buna paralel olarak YUKK da uluslararası korumaya ilişkin işlemlerde söz konusu ilkenin gözetilmesini öngörmektedir. Çocuk koruma sisteminde yer alan bazı mevzuat ve kurumsal kapasite eksikliklerinin giderilmesi ve özellikle refakatsiz çocukların uluslararası koruma sistemine tam olarak erişmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılması ve bu düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı ilkesinin gözetilmesi de uygulamanın mevzuat ile uyumlaştırılması bakımından ayrıca önem arz etmektedir.

Makalenin üçüncü kısmında uluslararası koruma başvurularının kaydının ivedi şekilde yapılmasına engel olan etkenlerden birinin bazı İl Müdürlüklerinde yeterli sayıda personel ve tercüman bulunmaması olduğu ifade edilmiştir. Bu tespit ışığında kayıt alanında çalışan personel sayısının artırılması ve imkanlar dahilinde tercüme hizmetlerinin hem sınır kapıları ve idari gözetim merkezlerinde hem de başvurunun yapılabileceği İl Müdürlüklerinde kolaylıkla ve ivedilikle erişilebilir hale getirilmesi ayrıca önem arz etmektedir. Özellikle az konuşulan dillere ilişkin olarak tercümana ihtiyaç duyulduğunda tercümanların video konferans yöntemiyle veya telefon

⁹⁰ EASO Guidance on asylum procedure (n 11) 12.

ile tercüme hizmeti vermesi de dikkate alınabilecek bir alternatiftir. Bunun yanı sıra, İl Müdürlüklerinde kayıtlı sorumlu personelinin arasında başvuruda bulunacak kadın ve kız çocuklarının kendilerini güvende hissetmeleri için en az bir kadın personel bulunması BMMYK belgelerinde yer alan önemli bir husustur.⁹¹

Kayıt işlemleri esnasında yapay zekâ uygulamalarının ve gelişmekte olan teknolojilerin kullanılması ve pandemi esnasında yararlı olabileceği değerlendirilen ve başvurucunun biyometrik verilerinin alınması gibi fiziki olarak hazır bulunulmasını gerektirmeyen işlemler için ilgilinin bilgilerini uzaktan gönderebilmesine imkân veren sistemler kaydı kolaylaştıran uygulamalar arasında yer almaktadır.⁹² Makalenin üçüncü kısmında belirtildiği üzere YUKK md 70 uluslararası koruma başvurucusunun kayıt esnasında başvurusuyla ilgili takip edilecek usuller, başvurusunun değerlendirilmesi sürecindeki hak ve yükümlülükleri, yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği ve bu yükümlülüklere uymaması ya da yetkililerle iş birliğinde bulunmaması hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, itiraz usulleri ve süreleri konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu bilgilendirmenin yazılı olarak yapılmasının yanı sıra online olarak yabancıların erişebileceği bir web sitesi, online platform veya bilgisayar veya cep telefonu uygulaması aracılığı ile kişinin anlayacağı bir dilde yapılması bu bilgiye erişimi arttıracak niteliktedir.

Makalenin ikinci kısmında ifade edildiği üzere AB hukuku uyarınca sınırda görev yapan kolluk personeli ve idari gözetim yerlerindeki personel uluslararası koruma başvuru süreci ve bu süreçle ilgili sorumlulukları, iltica başvurusunda bulunmayı isteyen kişileri yönlendirmeleri gereken kurum/kuruluşlar ve iltica başvurusunda bulunma niyeti olan kişilere sağlamaları gereken temel bilgiler hakkında bilgilendirilmeli ve eğitilmelidir.⁹³ Avrupa İltica Destek Ofisi tarafından tavsiye edildiği üzere sınır kapıları ve idari gözetim merkezlerinde ve İl Müdürlüklerinde uluslararası koruma başvurusunun ivedilikle yapılabilmesi

⁹¹ UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Handbook for Registration, September 2003, <<https://www.refworld.org/docid/3f967dc14.html>> erişim tarihi 1 Temmuz 2021, 9.

⁹² Örneğin, bu konu ile ilişkili olarak 2016 tarihli 'EASO Uygulayıcılara yönelik İltica Prosedürlerine Erişim El Kitabı' Türkçeye çevrilip Türk hukuk ve uygulaması göz önünde bulundurularak adapte edilebilmesi düşünülebilir. Detayları için bakınız: EASO, Practical recommendations on conducting remote/online registration (lodging), June 2020, <<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-recommendations-conducting-remote-online-registration-lodging-EN.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021, 14-16.

⁹³ Söz konusu eğitim amacıyla el kitapları ve kılavuz ilkelerin Türkiye'de de hazırlanması da düşünülebilir. Örnek belge için bkz. <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Practical-Guide1_0.pdf> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.



için gerekli tüm bilginin yazılı, başvuruçuların anlayabileceği dillerle, farklı yaş grubu ve eğitim seviyesinde kişilerin anlayabilmesi için çeşitlendirilmiş olarak afiş, poster, broşür ve bilgi notu olarak bulundurulması iyi bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁴ Bunların yanı sıra söz konusu bilgileri içeren bir mobil uygulama geliştirilip, bu uygulamanın yüklenilmesine ilişkin bilginin kişilere bilgi sağlanması da yapılabilecek iyi uygulamalar arasında yer almaktadır.⁹⁵

Sonuç olarak, Türkiye’de uluslararası koruma başvurularının kayıt altına alınması sürecinin bir bütün olarak hem uluslararası hukuka hem de mevzuatımıza uygun hale getirilmesi için öncelikle hem sınırlarımızda hem de ülke içerisinde uluslararası koruma talebinde bulunmak isteyen yabancıların bu taleplerinin hiçbir ayırım gözetmeden ve ivedilikle kayıt altına alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, makalede belirtilen teknolojik yöntemlerin kullanılması ve iyi uygulamaların dikkate alınması da kayıt sürecini daha etkin hale getirilebilir niteliktedir.

Kısaltmalar

AB	Avrupa Birliği
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BMMYK	Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
EASO	European Asylum Support Office (Avrupa İltica Destek Ofisi)
ExCom	BMMYK Yürütme Kurulu
md	madde
STK	Sivil toplum kuruluşu
YUKK	Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

KAYNAKÇA

Acer Y, Kaya İ., *Uluslararası Hukuk* (12.Baskı, Seçkin, 2021)

AIDA, Country Report: Turkey (2019) <<https://www.asylumineurope.org/reports/country/turkey>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021

Aksar Y., *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6.Baskı, Seçkin, 2021)

⁹⁴ EASO tarafından hazırlanan bilgilendirme afiş, broşür ve diğer yazılı belge örnekleri için bkz. <<https://easo.europa.eu/accesstoprocedure>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.

⁹⁵ EASO Guidance on asylum procedure (n 11) s. 9, 10.

Arıkan G., Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma (1.Baskı, Oniki Levha 2020) 77-87

Avrupa Konseyi (2016), Avrupa Konseyi Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi, Türkiye İnceleme Ziyareti Raporu, < https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680699e93#_ftn34> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021.

Costello C. *The Human Rights of Migrants in European Law* (Oxford University Press 2016)

Çebi Buğdaycı, M Ö., ‘İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı’ (2016) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 25-46

Çiçekli B., *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6.Baskı, Seçkin 2016)

Düzel, B., Alış S., ‘Türkiye’de Uluslararası Düzensiz Göç Gerçeğinde Refakatsiz Göçmen Çocukların Durumu ve Başlıca Risklerin Değerlendirilmesi’ (2018) 6 Asia Minor Studies 258-274

EASO Guidance on asylum procedure: operational standards and indicators, EASO Practical Guides Series (2019) <https://easo.europa.eu/sites/default/files/Guidance_on_asylum_procedure_operational_standards_and_indicators_EN.pdf> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021

EASO, Practical recommendations on conducting remote/online registration (lodging) (2020) <<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-recommendations-conducting-remote-online-registration-lodging-EN.pdf>> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021

Ekşi N., *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4.Baskı, Beta 2016)

Ekşi, N. ‘Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Koruması’ (2016) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 559-574

Ekşi, N., ‘Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin Türkiye’deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü’ (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 343-380

Evans MD D., (ed) *International Law* (4.Baskı, Oxford University Press 2014)

Hathaway J.C., Foster MD *The Law of Refugee Status* (2.Baskı, Cambridge University Press 2014)

Hathaway J., *The Rights of Refugees* (2.Baskı, Cambridge University Press 2021)

İzmir Barosu, ‘İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Yaşanan Sorunlar’ (2018) <<https://www.izmirbarosu.org>.



tr/pdfdosya/izmir-geri-gonderme-merkezlerinde-adalete-erisim-hakki-
cercevesinde-yasanan-sorunlar2017713112147450.pdf>

Karataş, K., Rittersberger-Tılıç, H., Atasü-Topcuoğlu, R., Dermir, O.Ö.,
(2014), Türkiye’de Refekatsiz Çocuklara Erişim ve Çocuğun Yüksek
Yararına Yönelik Hizmet Sunumunun Teşvik Edilmesi Projesi Değerlendirme
Raporu <[https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/refakatsiz-
cocuklara-yonelik-calismalar/proje-degerlendirme-raporu-tukce.pdf](https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/refakatsiz-cocuklara-yonelik-calismalar/proje-degerlendirme-raporu-tukce.pdf)> erişim
tarihi: 1 Temmuz 2021

Küçükyaşıcı N., *Mülteci Hukukunda Çocukların Statüsü* (Adalet Yayınevi
2020)

Menekşe, T., ‘Türk Uluslararası Koruma Sisteminde Karar Merkezleri’ (2018)
4(2) Göç Araştırmaları Dergisi 190-231

Odman T., *Mülteci Hukuku* (1.Baskı, AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları
1995)

Özkan I., *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (Seçkin 2017)

Öztürk, N.Ö., *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015)

Pazarcı H., *Uluslararası Hukuk* (14.Baskı, Turhan 2015)

Sur M., *Uluslararası Hukukun Esasları* (14.Baskı, Beta Yayınları 2020)

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Esenboğa Havalimanı Transit
Alan Ziyaret Raporu, (2019) <[https://www.tihk.gov.tr/upload/file_](https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2020/06/1592476766.pdf)
[editor/2020/06/1592476766.pdf](https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2020/06/1592476766.pdf)> erişim tarihi: 1 Temmuz 2021

UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Handbook for Registration,
September 2003, <<https://www.refworld.org/docid/3f967dc14.html>>

Van Barosu Göç ve İltica Komisyonu, ‘Van Gölü’nde 27 Haziran 2020
Tarihinde Meydana Gelen Göçmen/Sığınmacı Katliamına İlişkin İnceleme
Raporu’ (2020) <<http://www.vanbarosu.org.tr/uploads/2694.pdf>> erişim tarihi:
1 Temmuz 2021

Vedsted-Hansen J., ‘Asylum procedures directive 2013/32/EU’ in:
K.Hailbronner and D.Thym (eds.): *EU Immigration and Asylum Law.
Commentary* (2.Baskı, CH Beck/Hart/Nomos 2016) 1285-1381

EVLİLİK ARABULUCULUĞU

Marital Mediation

Erhan FIRAT *

Özet

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuğun günümüzde gittikçe artan kullanımını kendisini aile uyuşmazlıklarının çözümünde de göstermektedir. Mukayeseli hukukta genellikle aile arabuluculuğu olarak ifade edilen arabuluculuğun bu şekli, artık uyuşmazlıkların türleri açısından da sınıflandırılmaya başlanmıştır. Bu anlamda, mukayeseli hukukta evlilik arabuluculuğu (marital mediation) olarak ifade edilen bir aile arabuluculuğu türü oluşmuştur. Her ne kadar Türkiye’de aile arabuluculuğu adı altında bir arabuluculuk mevzuatı veya kurumu henüz oluşturulmamış olsa da yürürlükteki 6325 sayılı HUAK’ın aile uyuşmazlıklarının çözümünde kullanımında hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Diğer taraftan, aile arabuluculuğuna dair hüküm veya düzenlemelerin de yakın gelecekte hukukumuzda yer alacağı bilinmektedir. Zira bu anlamda Adalet Bakanlığı nezdinde bir takım bilimsel çalışmaların ve çalıştayların yapıldığı, konunun detaylı bir şekilde uzunca süredir ele alındığı; gerek görsel gerek yazılı basın yayın ortamlarında aile arabuluculuğunun Türk hukukunda yer alacağına dair kamuoyunun bilgilendirmesi amacıyla çeşitli haberler yapıldığı görülmektedir. Bu anlamda çalışmamızda da öncelikle aile arabuluculuğu kavramından bahsedilerek aile arabuluculuğunun bu türü üzerinde durulacak, konunun Türk Hukuku açısından örnek kabul edilebilecek hukuki düzenlemelerine de yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Aile hukuku, aile arabuluculuğu, evlilik arabuluculuğu.

Abstract

The increasing use of mediation, one of the alternative dispute resolution methods, also shows itself in the resolution of family disputes. This form of mediation, which is generally expressed as family mediation in comparative law, has now begun to be classified in terms of types of disputes. In this sense, a type of family mediation, which is expressed as marital mediation in comparative law, has emerged. Although a mediation legislation or institution under the name of family mediation has not yet been established in Turkey, there is no legal obstacle to the use of HUAK numbered 6325 in the resolution of family disputes. On the other hand, it is known that provisions or regulations regarding family mediation will be included in our law in the near future. Because in this sense, a number of scientific studies and workshops have been carried out before the Ministry of Justice, and the issue has been discussed in detail for

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Öğr. Gör. Dr., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, erhan_firat@hotmail.com, <http://orcid.org/0000-0001-6910-7453>

a long time; It is seen that various news have been made in both visual and print media in order to inform the public that family mediation will take place in Turkish law. In this sense, in our study, first of all, the concept of family mediation will be mentioned and this type of family mediation will be emphasized, and the legal regulations of the subject, which can be considered as an example in terms of Turkish Law, will also be included.

Keywords: Family law, family mediation, marital mediation.

GİRİŞ

Aile uyuşmazlıklarının alternatif yöntemlerle çözümünde birçok ülke tarafından kullanılan aile arabuluculuğunun günümüzde birçok türüyle karşılaşılması mümkündür. Örneğin, mukayeseli hukukta boşanmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için genellikle boşanma arabuluculuğu (divorce mediation), velayetten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için velayet arabuluculuğu (custody mediation), yaşlı ebeveynlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yaşlı arabuluculuğu (elder mediation) terimleriyle karşılaşılmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan evlilik arabuluculuğu da aile arabuluculuğunun bu türlerinden biridir.¹ Her ne kadar Türk Hukukunda aile arabuluculuğu müstakil bir düzenleme ile ele alınmamış ise de, yürürlükteki HUKUK²'in aile uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmasında herhangi bir hukuki sakınca bulunmamaktadır. Ayrıca çalışmanın konusu olan evlilik arabuluculuğu açısından özellikle TMK³, AMK⁴ ve Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği⁵ hükümlerinin de ele alınması gerekmektedir.

I. AİLE ARABULUCULUĞUNUN BİR TÜRÜ OLAN EVLİLİK ARABULUCULUĞU VE EVLİLİK ARABULUCULUĞUNUN DİĞER YÖNTEMLERDEN FARKLILIKLARI

A. GENEL OLARAK

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ana model olan arabuluculuk, bu yöntemler içinde en çok tercih edilen ve bu yöntemlerin bütün özelliklerini bünyesinde barındıran bir usuldür. Bu kapsamda arabuluculukla gerçekleştirilmek istenen, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların mahkemeye

¹ Bkz. <<https://mcfm.org/mediation/choose-mediation>>, erişim tarihi 08.08.2021.

² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, R.G: 22.06.2012/28331.

³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, R.G: 08.12.2001/24607.

⁴ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 09.01.2003, R.G: 18.01.2003/24997.

⁵ Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği, R.G: 25.02.2009/27152.

gitmeden sonuçlandırılması ve bu sayede toplumsal barışın sağlanmasına hizmet edebilmektir. Diğer taraftan bu yöntem, tarafların birbirleriyle olan iletişimini en çok güçlendiren alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Bu amacın, arabuluculuğun aile uyuşmazlıklarının çözümünde karşılaşılan, aile arabuluculuğu için de söylenebileceği kanaatindeyiz. Ancak aile arabuluculuğu denildiğinde bu yöntemin genellikle boşanma veya ayrılığın gerçekleşmesi üzerine meydana gelen problemlerin çözümünde kullanılan bir yöntem olduğu düşünülmektedir. Bu durum öğretilerde yapılan tanımlara bakıldığında da görülmektedir. Örneğin, bir görüşe göre⁷ aile arabuluculuğu, boşanma sürecinde uygulanabilecek özel bir müdahale şeklidir ve genelde, boşanan eşlere hem evliliğin psikolojik olarak sona erdirilmesi hem de ebeveynlerin sorumlulukları ve ekonomik yönleri üzerinde anlaşma yaparak anlaşmazlıklarını yargı sistemi dışında çözmelerine yardım etmeyi amaçlamaktadır. Yine ikinci bir görüşe göre⁸ aile arabuluculuğu, eşlerin, boşanma veya ayrılığın gündelik yaşam içerisinde yarattığı sorunlar ile duygusal sorunlarını düşmanca ve rekabetçi bir tavrın aksine karşılıklı ve işbirliğine dayalı bir tutumla çözdüğü iletişim sürecidir. Bu konudaki üçüncü bir görüşe göre⁹ ise aile arabuluculuğu boşanmayı veya ayrılmayı düşünen eşlere yardımcı olacak birlikte problem çözme sürecidir.

Yukarıda yer verilen tanımlar dışında, yani aile arabuluculuğunun sadece boşanma veya ayrılığın gerçekleşmesi üzerine meydana gelen problemlerin çözümünde kullanılan bir yöntem olmadığına dair, tanımlara da rastlanılmaktadır. Örneğin bir görüşe göre¹⁰ aile arabuluculuğu hasmane olmayan ve gönüllü bir uyuşmazlık çözüm sürecidir. Yine İngiltere’de faaliyet gösteren ve önemli bir kuruluş olan Aile Arabuluculuğu Konseyinin (Family Mediation Council) Aile Arabulucularına Yönelik Uygulama (Etik) Kuralları başlıklı düzenlemesinde ise aile arabuluculuğu çift veya diğer aile üyelerinden olsun olmasın, aile ilişkisinin sona ermesi, değişimi, geçişi veya uyuşmazlıklarıyla ilgisi olan kişilerin, atanmış tarafsız üçüncü kişinin, yani bir arabulucunun, birbirleriyle daha iyi iletişim kurmalarına ve müzakere yoluyla ayrılma, boşanma, çocuk, finans veya mallarıyla ilgili hususların bir kısmı

⁶ Melis Taşpolat-Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde* (Yetkin Yayınları 2012), s.21.

⁷ Sara Molgora, Sonia Ranieri and Giancarlo Tamanza, “Divorce and Coparenting: A Qualitative Study on Family Mediation in Italy” (2014) *Journal of Divorce & Remarriage*, (55:4), s.302.

⁸ Stephen K. Erickson and Marily S. McKnight Erickson, *Family Mediation Casebook Theory and Process* (Brunner/Mazel 1988), s.2.

⁹ Dolores Blonde, “Family/Divorce Mediation- A Responsive Process” (1984) *Canadian Community Law Journal*, Vol. 7, 65, s.66.

¹⁰ W. Patrick Phear, “Family Mediation: A Choice of Options” (March 1984) *The Arbitration Journal*, Vol. 39, No. 1, s.29.

veya tamamı ile ilgili olarak üzerinde mutabık kalınmış ve bilgilendirilmiş kararlara ulaşmalarına yardımcı olduğu bir süreç olarak tanımlanmıştır.¹¹

Kanaatimizce Aile Arabuluculuğu Konseyinin yukarıda belirtilen düzenlemesinde yapılan tanımlama aile arabuluculuğu kurumunun taşıdığı öneme daha uygundur. Zira tanım, aile ilişkisinin sona ermesi, değişimi, geçişi ifadeleri ile aile arabuluculuğunun boşanmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü dışında da kullanılabilir bir yöntem olduğunu vurgulamaktadır. Yani bu yöntemin aile uyuşmazlıkları açısından oldukça geniş bir alanı kapsadığını göstermektedir. Diğer taraftan tanıtımda, bu yöntemin sadece eşler arasında değil çift ya da diğer aile üyelerinden olsun olmasın demek suretiyle eşler dışındaki aile üyeleri arasındaki kişilerce de tercih edilebileceği işaret edilmektedir. Örneğin, Türk hukuku açısından nişanlılık döneminde, nişanlılığın sona ermesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bu kapsamda değerlendirilebilir.

B. EVLİLİK ARABULUCULUĞU

1. Genel Olarak Evlilik Arabuluculuğu

Aile arabuluculuğunun bir başka türü olan evlilik arabuluculuğu ise evliliğinde sorunlar veya zorluklar yaşayan, ancak birlikte yaşamayı tercih eden, sorunlarını yapıcı bir şekilde ele alan, anlaşmazlıkları çözebilmeyi öğrenmek isteyen ve nihayetinde boşanmak istemeyen çiftlere yönelik bir arabuluculuk sürecidir. Bu yöntem sayesinde çiftler, anlaşmazlıklarına yönelik olarak kendi çözümlerini belirleyip, müzakere ederek sorunlarını çözebilirler.¹²

Evlilik arabuluculuğu çiftlerin evli kalmasına yardımcı olmak için tasarlanmış, bir aile arabuluculuğu türüdür. Evlilik arabuluculuğunda süreç çiftlerin birlikteliklerine olan ortak bağlılıklarını belirlemelerine yardımcı olarak başlar ve daha sonra onların sorunlarına ve arabulucunun yaklaşımına ve eğitimine bağlı olarak onlara esnek bir şekilde yanıt verir. Bu yöntemin amacı, içgörüyeye dayalı içsel değişimden ziyade davranış değişikliği sağlamaktır.¹³ Öte yandan, bu yöntemin amaçlarından biri de ilişkileri daha kabul edilebilir kılmak için onların yeniden nasıl inşa edileceğine dair bir dizi tanımlanabilir değişiklik ve anlaşma geliştirmektir.¹⁴

¹¹ Code of Practice for Family Mediators, (m. 1. 3), <<https://www.familymediationcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/FMC-Code-of-Practice-v1.3-November-2018.pdf>>, erişim tarihi 08.08.2021.

¹² Angela Ioana Green, “What is Marital Mediation or Mediation To Stay Married?” (August 2009), <<https://www.mediate.com/articles/greenI1.cfm>>, erişim tarihi, 08.08.2021.

¹³ Susan K. Boardman, John Fiske, Laurie Israel and Ken Neumann, “Marital Mediation: An Emerging Area Of Practice” (May 2009), <<https://www.mediate.com/articles/maritalmediation1.cfm>>, erişim tarihi, 08.08.2021.

¹⁴ Alison Taylor, *The Handbook of Family Dispute Resolution, Mediation Theory and Practice* (Jossey-Bass 2002), s.294.

Evlilik arabuluculuğunda çiftlerin uyuşmazlık yaşadığı konular ve bunların çözümü ile ilgili olarak şu hususu belirtmekte de fayda vardır: Evlilik arabuluculuğunda çiftlerin geçmişi veya kişilerarası sorunlar derinlemesine ele alınmamaktadır. Benzer şekilde, çiftlerin psikolojik sorunları da derinlemesine incelenmeye çalışılmaz. Bu yöntemde çiftin, evliliklerinde yaşadıkları anlaşmazlıklarını ve sorunlarını çözmeye yardımcı olabilecek somut planlar veya hareket biçimleri geliştirebilmesi mümkündür.¹⁵ Diğer taraftan, bu yöntemde iletişim kanallarını açmak ve geliştirmek için arabuluculuk teknikleri kullanır, çiftlerin ilişkilerindeki anlaşmazlık yaşadığı konuları belirlemelerine ve ele almalarına yardımcı olunur. Ayrıca çiftlerin gelecekteki çatışmaları azaltmak için her kişinin yapacağı davranış değişikliklerine odaklanan “temel ilkeler” geliştirilir.¹⁶ Dolayısıyla çiftler aralarında anlaşmazlık oluşturacak davranışların nasıl değiştirilebileceğine dair somut örneklerle sahip olurlar. Bu sayede oluşacak muhtemel çatışmanın önüne geçmede önemli bir adım atılmış olur.

Evlilik arabuluculuğu evlilik içerisinde meydana gelen sorunların çözümünde kullanıldığı gibi, evlilik öncesi yapılan sözleşmelerde de kendini göstermektedir. Örneğin, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerinde de evlilik arabuluculuğunun tercih edildiği görülmektedir. Bu kapsamda mukayeseli hukukta bunun örneklerine rastlanılmaktadır. Ancak burada evlilik öncesi yapılan mal rejimi sözleşmelerinin arabuluculuk yoluyla yapılmasının sebebinin de açıklanması gerekmektedir. Bu konuda bizim de iştirak ettiğimiz bir görüş bu sebebi şöyle izah etmektedir: Genellikle bir avukat tarafından önerilen mal rejimi sözleşmesi, mali durumu daha iyi olan eş istemediği sürece hiçbir para veya mal varlığının diğer eşle paylaşılmaması gerektiğini içerir. Bu türden bir evlilik öncesi mal rejimi sözleşmesinin daha sonra gerçekleşecek evliliğe vereceği zarar çok açıktır. Evlilik öncesi yapılan mal rejimi sözleşmesinin bu yöntemle ele alınmasında evlilik arabuluculuğunun fedakarlığı, doğruluğu ve açık iletişimi teşvik etmesi yatmaktadır. Sonuç olarak, taraflar neredeyse her zaman adil davranıldığını hissederler ve dolayısıyla ortaya çıkan mal rejimi sözleşmesi aşırıya kaçmaz veya fazla kısıtlayıcı değildir.¹⁷

2. Evlilik Arabuluculuğunda Arabulucunun Rolü ve Eğitimi

Evlilik arabuluculuğunda aile arabuluculuğunun diğer türlerinde olduğu gibi arabuluculara önemli roller düşmektedir. Öncelikle evlilik arabulucusu, hangi

¹⁵ Angela Ioana Green, (August 2009), erişim tarihi, 09.08.2021; Laurie Israel, “FAQs About Mediation To Stay Married” (October 2007), <https://www.mediate.com/articles/israelL5.cfm>, erişim tarihi, 16.08.2021.

¹⁶ Susan K. Boardman, John Fiske, Laurie Israel and Ken Neumann, (May 2009), erişim tarihi, 09.08.2021.

¹⁷ Israel Laurie, “Is Mediating Prenups a Form of Marital Mediation?”(Fall 2014) *Mcmf Family Mediation Quarterly*, Vol. 13, No. 4, s.21-22. Evlilik öncesi sözleşmelerin evlilik arabuluculuğundaki yeri ile ilgili ayrıca bkz. Alison Taylor, (2002), s.304-305.



konuların arabuluculuk yöntemi için uygun olmadığını tespit edebilmelidir. Örneğin, devam eden sadakatsiz davranışlar ve cinsel bağımlılık, çocukluk çağında yaşanan cinsel istismar gibi konularda evlilik arabuluculuğu sonuç vermeyebilir. Yine evlilik arabuluculuğu teklif etmeyi düşünen arabulucuların, bir anlaşmazlığın daha derin, daha ciddi bir endişe dizisinin parçası olduğu (örneğin koca, karısının kendisine itaat etmesi için arabulucuya bu anlamda bir soru yönelmişse) ortaya çıkarsa bu durumlarda arabuluculuk yapmak uygun olmaz. Benzer şekilde aile içi şiddet veya tedavi gerektiren madde kullanımı varsa tarafları daha uygun kaynaklara yönlendirmek gerekir.¹⁸

Evlilik arabuluculuğunda arabulucunun bir diğer rolü tarafsız bir üçüncü kişi olarak tarafların rollerini, kendi rolünün ise çifti dinlemek olduğunu, birbirleriyle konuşmalarına ve ihtilaf halindeki sorunlarını çözmek için (yazılı veya sözlü) bir anlaşma yapmalarına yardımcı olmak olduğunu açıklamalıdır. Bu kapsamda çiftleri dinleyen evlilik arabulucusu her bir tarafın neyi tartışmak istediğini söylemelerini sağladığı gibi, onların etkileşimlerine ve iletişim zorluklarına önem göstermelidir. Yine bu dinleme sırasında arabulucu, arabuluculuğa konu olabilecek sorunları bazen tarafların yardımıyla bazen de kendiliğinden tespit etmeye çalışır.¹⁹

Evlilik arabuluculuğunda arabulucunun rollerinden biri de çiftlerin endişelerini ve şikâyetlerini sıralamalarına yardımcı olmaktır. Bu kapsamda evlilik arabulucusu çıkarların karşılıklılığına, ancak bunları gerçekleştirmenin farklı yollarına; çiftlerden her birinin aile hayatının karmaşık görevlerini (örneğin ekonomi, ebeveynlik) yerine getirme yeteneğine; çiftlerden her birinin sorumlulukları, görevleri ve beklentileri yerine getirmesi ve bunun için diğerine güvenebileceğine ne kadar inandığına dair çiftlere yardımcı olması gerektiği belirtilmektedir.²⁰

Çiftlere daha iyi iletişim kurabilmeleri ve korkularının üstesinden gelmelerine yardımcı olacak araçları vermek, aralarındaki çatışmanın azaltılmasına yardımcı olur. Dolayısıyla bir evlilik arabulucusu çiftlere iletişim becerilerini öğretmelidir. Çünkü çiftin stresli olması ve evliliklerinde yaşadıkları uyumsuzluk hali çiftler arasında iletişim becerileri zayıfsa durumu daha da kötü bir hale getirebilir. Yani mevcut stres halini ya da uyumsuzluğu şiddetlendirebilir. İşte bu olasılık sebebiyle evlilik arabulucusu çiftlere iletişim becerilerini öğretmelidir.²¹

¹⁸ Alison Taylor, (2002), s.299.

¹⁹ Susan K. Boardman, John Fiske, Laurie Israel and Ken Neumann, (May 2009), erişim tarihi, 09.08.2021.

²⁰ Alison Taylor, (2002), s.296.

²¹ Susan K. Boardman, John Fiske, Laurie Israel and Ken Neumann, (May 2009), erişim tarihi, 09.08.2021. Arabulucu, taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırır, bu nedenle taraflar, birbirilerine taahhütte bulunabilmek için bağımsız olarak amaç ve hedefleri birlikte

Evlilik arabulucusunun rollerinden bir başkası ise, katılımcıların sadece hayal kırıklığını değil, yakınlık, tutku ve bağlılık düzeyleri de dâhil olmak üzere ilişkilerinin tüm yönlerini belirlemelerine yardımcı olmaktır. Burada yardımcı olmaktan kastedilen değişimin mümkün olup olmadığına ve ilişkiyi sürdürmenin ya da ayrılmanın onların çıkarına olup olmadığına karar vermelerine katkıda bulunmaktadır.²²

Yukarıda evlilik arabulucusunun izah edilen rolleri dikkate alındığında klasik arabuluculuk eğitiminin yeterli olmayacağı açıktır. Kaldı ki bir aile arabulucusunun, evlilik arabuluculuğu eğitiminden önce arabuluculuk eğitimi dışında, ek eğitimler alması gerekmektedir. Bu konuda Türkiye’de henüz aile arabuluculuğuna özgü bir eğitim olmasa da bu hususta mukayeseli hukuktaki örneklerinden faydalanmak gerekmektedir.²³ Mukayeseli hukukta evlilik arabuluculuğu ile ilgili bir örnek eğitim programı incelendiğinde şu noktalar üzerinde durulduğu görülmektedir:²⁴

- Arabuluculuk tam olarak nedir? Evlilik Arabuluculuğu nedir?
- Bir arabulucunun evliliklere arabuluculuk yapmasına izin veren nedenler nelerdir?
- Tartışmayı yönetme veya arabuluculuk yapmada tarafsız olmanın önemi.
- Evlilik arabuluculuğu için dönüştürücü, değerlendirici ve kolaylaştırıcı arabuluculuk modellerinden hangisi uygundur?
- Evlilik arabuluculuğunda hukuk kurallarının yeri, özellikle boşanmaya dair hükümler nelerdir?
- Evlilik arabuluculuğunda tarafların boşandıklarında ne olacağı konusunda bilgilendirilmesi.
- Arabulucunun rolü. Arabulucunun hukuki bilgi verebilmesi mümkün iken, hukuki tavsiyede bulunamamasına dair bir karşılaştırma yapılması.
- Evlilik arabuluculuğunda ilk oturum nasıl başlatılır? İlk oturum için teknikler ve yavaş başlamanın önemi.

belirleyebilirler (Angela Ioana Green, (August 2009), erişim tarihi, 09.08.2021).

²² Alison Taylor, (2002), s.296-297.

²³ Örneğin Fransa’da, toplam 595 saatlik teorik ve pratik eğitimde ayrı ayrı 63 saatlik hukuk ve psikoloji eğitimi, 35 saatlik sosyoloji eğitimi ve 14 saatlik bitirme projesi eğitiminin yanı sıra 105 saatlik pratik eğitimi yer almakta; arta kalan zamanda ise arabuluculuk teknikleri konusunda adaylara bilgilendirme yapılmaktadır (Cem Özcan, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu” (Haziran 2017) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, S. 9, s.387-388). Mukayeseli hukukta aile arabulucusunun eğitimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Fırat, Aile Arabuluculuğu (Erzincan 2021) *EBYÜSBE*, (Dan.: Prof. Dr. İbrahim Özbay), Yayınlanmamış DT, s.149-160.

²⁴ Laurie Israel, “Marital Mediation: How to Use Mediation to Help Couples Stay Married A Two-Day Interactive Mediation Training”, <<http://www.mediationtostaymarried.com/trainings/>>, erişim tarihi, 10.08.2021.



- İletişimde açıklığın nasıl sağlanacağı, müzakerelerde üçüncü bir kişinin olması ve etkisi.
- Evlilik sonrası anlaşmalar. Evlilik öncesi anlaşmalardan farkı, yararları ve sakıncaları. Bu anlaşmaların arabuluculuk süreci dışındaki bir avukat tarafından gözden geçirilmesi, hukuki tehlikeler.
- Zor konular (örneğin sadakat) ne zaman ve nasıl gündeme getirilmelidir?
- Evlilik danışmanlığı/terapisi ve evlilik arabuluculuğu örnekleri. Psikoterapistlerden ve diğerlerinden gelen sorulara nasıl cevap verileceği. Evlilik arabuluculuğu ile evlilik danışmanlığı arasındaki farklar.
- Boşanma arabuluculuğundan evlilik arabuluculuğuna ya da evlilik arabuluculuğundan boşanma arabuluculuğuna geçiş yapmanın mümkün olup olmadığı.
- Bazı konularda (örneğin taşınmaza ilişkin konular) tarafsız bir uzmana ne zaman başvurulacağı ve tarafsız uzmanın kim olacağı.
- Eğitime katılan adaylarla yapılan rol oyunları.

C. EVLİLİK ARABULUCULUĞUNUN DİĞER YÖNTEMLERDEN FARKLILIKLARI

1. Evlilik Arabuluculuğu ile Evlilik Danışmanlığı Arasındaki Farklar

Aile arabuluculuğunun bir türü olan evlilik arabuluculuğu çiftlerin birbirleriyle yaşadıkları birtakım sorunların çözümünde uygulanan diğer bazı yöntemlerle farklılaşmaktadır. Bu aile arabuluculuğu türünün farklılaştığı yöntemlerden ilki evlilik danışmanlığıdır. Evlilik danışmanlığı evlilik öncesi, evliliğin devamı süresince ya da evlilik sonrası aile, boşanma ve ilişki sorunları ile ilgili bireysel, ortak veya grup deneyimlerini içeren kısa süreli bir psikoterapi yöntemi olarak kabul edilen bağımsız bir meslek olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Bilindiği üzere evlilik danışmanlığı bir ruh sağlığı uzmanı tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca bu faaliyet terapötik analizleri ve sezgileri içermektedir. Diğer taraftan, çiftlerin evlilik danışmanlığını tercih etmeleri bir başkası tarafından yapılan yönlendirmeler ile sağlanmaktadır.²⁶

Evlilik arabuluculuğu ise yetkili bir ruh sağlığı uzmanı tarafından gerçekleştirilen danışmanlık faaliyeti değildir. Zira bu yöntem uyumsuzluk çözüme tekniklerine dayalı, daha pratik bir yöntemdir. Ayrıca evlilik arabuluculuğunda süreç eğitilmiş bir arabulucu tarafından yürütülse de çiftler tarafından oluşturulur.²⁷ Diğer taraftan, evlilik arabuluculuğu daha çok

²⁵ Steve Linder, "Marriage Counseling: Definition of an Autonomous Profession" (1973) *ERIC*, s.10-11.

²⁶ Angela Ioana Green, (August 2009), erişim tarihi, 10.08.2021.

²⁷ Angela Ioana Green, (August 2009), erişim tarihi, 10.08.2021.

anlaşmaya yönelik olup, katılımcıların sorunları tanımlamasına, uygulanabilir seçenekler aramasına ve nihayetinde anlaşma belgeleri düzenlemelerine yardımcı olmaya çalışır. Ancak şu hususu da belirtmekte fayda bulunmaktadır. Evlilik arabuluculuğu, boşanmayı istemeyen çiftler için klasik çift veya aile danışmanlığı yapan terapist arabulucular tarafından da yerine getirilebilir.²⁸ Evlilik arabuluculuğunun bir diğer farklı yönü arabuluculuk görüşmelerinin evlilik danışmanlığına göre hem daha kısa süreli hem de daha az masraflı olmasıdır. Zira evlilik danışmanlığı görüşmeleri ve süreci genellikle birkaç ay sürebilir. Oysa evlilik arabuluculuğu genellikle tek ve birlikte arabuluculuk oturumu veya iki ilâ altı oturumluk çok kısa bir dizi şeklinde yerine getirilir.²⁹

2. Evlilik Arabuluculuğu ile Boşanma Arabuluculuğu Arasındaki Farklar

Yukarıda da belirtildiği üzere aile arabuluculuğunun birçok türü bulunmaktadır. Bu türlerden biri de boşanma arabuluculuğudur. Hatta ABD’de bu alanda en çok kullanılan terim boşanma arabuluculuğudur (divorce mediation). Ancak Avrupa ülkelerinde tercih edilen aile arabuluculuğu (family mediation) terimidir.³⁰ Aile arabuluculuğunun tercih edilmesi kanaatimizce daha doğru yaklaşımdır. Zira boşanma arabuluculuğu terimi bu kurumun sadece boşanmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan bir yöntem olduğu hissini uyandırmaktadır. Diğer taraftan, aile arabuluculuğu ebeveynler dışında çocuklara da yardım etmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca günümüzde evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kişi sayısı oldukça artmış olup, bu kişilerin boşanma arabuluculuğuna ihtiyaç duymayacakları da açıktır.³¹

Aile arabuluculuğunun bir türü olan boşanma arabuluculuğu temel arabuluculuk teknikleri açısından evlilik arabuluculuğuyla pek çok benzerliğe sahip olmakla birlikte, aralarında büyük bir farklılık bulunmaktadır. Özellikle evlilik arabuluculuğuna gelenler boşanma arabuluculuğuna gelenlere göre çok farklıdır. Zira evlilik arabuluculuğunda ilişkinin sona ermemesi istenmektedir. Yani evlilik arabuluculuğu çiftlerin bir arada kalması üzerine kurulu bir yöntemdir. Oysa boşanma arabuluculuğu için bu durumun tam tersini söylemek gerekir.³² Bu anlamda örneğin boşanma arabulucusunun rolü, katılımcıların duygusal, hukuki, finansal, sosyal ve ebeveynlik görevlerini kendileri ve çocukları için en avantajlı olacak şekilde yapmalarına yardımcı olmaktır.

²⁸ Alison Taylor, (2002), s.294 ve 297.

²⁹ Alison Taylor, (2002),s.297.

³⁰ Parkinson, Lisa, *Aile Arabuluculuğu Family Mediation*, (Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2018), (Sorumlu Editör: Yonca Fatma Yücel), s.9; Erhan Fırat, (2021), s.20, d.n 67.

³¹ Lisa Parkinson (Yücel), (2018), s. 9; Erhan Fırat, (2021), s.20, d.n 67.

³² Susan K. Boardman, John Fiske, Laurie Israel and Ken Neumann, (May 2009), erişim tarihi, 10.08.2021.

Evlilik arabuluculuğu ise, çiftlerin ilişkilerinin güçlü ve zayıf yönlerini yeniden değerlendirmelerine yardımcı olur.³³

Yeri gelmişken, mukayeseli hukukta aile arabuluculuğu faaliyetinin eş arabuluculuk adı verilen yöntemle yerine getirildiğini söylemek gerekmektedir.³⁴ Eş arabuluculuk, hem arabuluculuk sürecinin hem de sonucunun kalitesini artırabilecek şekilde birbirini cinsiyet, kişilik, kültür, mesleki geçmiş veya diğer yollarla tamamlayabilen, genellikle iki olmak üzere birden çok arabulucuyu içeren bir arabuluculuk şeklidir.³⁵ Eş arabuluculardan birinin hukukçu diğerinin ise psikiyatri uzmanı, psikolog, sosyal hizmet uzmanı veya sosyal çalışmacı olmasının evlilik arabuluculuğundan beklenen faydayı daha da artıracığı kanaatindeyiz.³⁶

II. TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK ARABULUCULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER

A. AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ, GÖREV VE YARGILAMA USULLERİNE DAİR KANUN

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6. maddesinin 1 fıkrasının (a) bendine göre; “*Aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda, yetişkinler hakkında, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebilir*”.

Hükümde öngörülen hâkimin taraflar hakkında “gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebilir” ifadesi kanaatimizce bir evlilik arabuluculuğu faaliyetidir. Zira evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin eşlerden biri veya her ikisi tarafından ihlal edilmesi doğrudan eşlerin ayrılmasını ya da boşanmasını gerektirmeyebilir. Böyle bir durumda eşlerin arabuluculuk yoluyla uzlaşabilmeleri ve bu sayede evliliklerinin devamını sağlayabilmeleri mümkündür. Ancak dikkat edilecek olursa hükümde yer alan “*gerektiğinde*” ifadesi bu konuda hâkime bir takdir yetkisi de tanımaktadır. Yani hâkim somut olayın özelliklerini, eşlerin tutum ve davranışlarını ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını da dikkate alarak arabuluculuk yolunun denenmesine karar vermelidir. Öte yandan, aile mahkemesi hâkimi bu hükme göre arabuluculuk faaliyetini bizzat

³³ Alison Taylor, (2002), s.294.

³⁴ Bu konuya örnek ükeler için bkz. Erhan Fırat, (2021) s.40, 47.

³⁵ Rendon'dan naklen Keryn Foley, “To Co-Mediate or Not to Co-Mediate — That is the Question” (2017) *Bond Law Review*, Vol. 29, Issue 1, Article 7, s.97-98.

³⁶ “*Arabulucular, farklı mesleki disiplinlerden geliyorsa, genellikle nitelikli bir sosyal hizmet uzmanı veya terapist olan bir eş arabulucu ile deneyimli bir aile avukatı beraber arabuluculuk yaparak iki farklı bilgi ve deneyim alanını birleştirirler. Aile hukuku ve beşeri bilimler alanlarından gelen eş arabulucular birbirlerini birçok alanda tamamlayarak katma değerlerini arttırmalar.*” [Lisa Parkinson (Yücel), (2018) s. 93].

kendisi gerçekleştirebileceği gibi, AMK m. 5'e göre atanan uzmanlar eliyle de bu faaliyeti gerçekleştirebilir.³⁷ Ancak hâkimin bu konuda yeterli eğitiminin olup olmadığı sorusuyla karşılaşılması mümkündür. Kanaatimizce hâkimin burada uyuşmazlığın çözümü için AMK m. 5'de adı geçen uzmanları ya da varsa eğitilmiş aile arabulucularını ataması daha uygun görünmektedir.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; *"Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir."*

Kanunun açık hükmünden anlaşılacağı gibi burada kanun koyucu aile mahkemesi hâkimine önlerine gelen dava ve işlerde henüz esasa girmeden önce uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü teşvik etme ödevini vermiştir. Çünkü hüküm, *"aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması"* amacını içermektedir. Ayrıca, bu amacı gerçekleştirecek hâkime gerektiğinde uzmanlardan yararlanma yetkisi de verilmiştir. Bu anlamda yararlanılacak uzmanlar aile mahkemesinde görev yapan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı olabileceği gibi, hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenler de olabilir (AMK m. 5/3).

Öğretide bu düzenleme ile (AMK m. 7/1) aile mahkemesinde görev yapan hâkime "aile arabulucusu" gibi hareket edebilme imkânı verildiğinin yanı sıra gözetiminde görev yapan uzmanları arabulucu sıfatıyla görevlendirme yetkisinin verildiği de savunulmaktadır.³⁸ Fakat bu noktada bir başka görüş 4787 sayılı Kanunla hâkime verilen bu yetkinin (AMK m. 7/1) ne HUAK'a göre yürütülen arabuluculuk faaliyeti ne de ADR yöntemleri anlamında uzlaştırma faaliyeti olmadığını ve hâkimin burada arabulucu veya uzlaştırıcı

³⁷ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (4. bs. Yetkin Yayınları 2016), C. 2, s.858.

³⁸ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" (Adalet Yayınevi 2016) *Makalelerim II (2006-2010)*, s.26; Melis Taşpolat-Tuğsavul, (2012), s.81. Demircioğlu HUAK'tan farklı olarak mahkeme içi arabuluculuğun olduğunu belirtmektedir (Huriye Reyhan Demircioğlu, "6325 sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği/ Applicability of Law No. 6325 in Turkish Family Law Disputes" (6-7 Aralık 2018) *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, s.55. Ayan bu hükümde teknik manada bir sulh bulunmadığını, sulhe teşvikin aslında 26.09.1963 tarih ve 338 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan sulh teşebbüsüne benzediğini belirtmektedir (Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (TBB Yayınları 2004), s.132).

gibi nitelendirilemeyeceğini, AMK m. 7/1 düzenlemesinin yalnızca sulhe teşvik olduğunu savunmaktadır.³⁹

Kanaatimizce bu düzenleme ile aile mahkemesi hâkimine aile arabuluculuğunun bir türü olan evlilik arabulucusu gibi hareket edebilme imkânı sağlanmıştır. Çünkü burada hâkim aile içerisinde karşılaşılan sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü teşvik etme görevi verilmiştir. Eş söyleyişle, kanun hükmünde hâkimin sadece eşlerin evliliklerini devam ettirmek amacıyla onları alelade bir şekilde sulhe teşvik etmesi anlamı bulunmamaktadır. Burada tam anlamıyla evliliğin devamını amaçlayan bir arabuluculuk faaliyetine işaret edilmektedir. Kaldı ki hâkime, sorunların çözümü için gerektiğinde uzmanlardan yararlanma yetkisinin sağlanmış olması da söz konusu faaliyetin sulhe teşvikten ayrıştığını açıkça göstermektedir. Dolayısıyla, aile mahkemesi hâkimi tarafından yürütülen bu faaliyeti sadece sulhe teşvik olarak nitelendirmek hatalı bir yaklaşım olacaktır.

B. TÜRK MEDENİ KANUNU

Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliğinin korunmasına dair 195. maddesine göre; *“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.*

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”

Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere evlilik birliğini korumak için öngörülen genel tedbirleri hâkim kararıyla alabilme noktasında onun müdahalesini isteyebilmenin ön şartı, eşlerin birlikte veya ayrı ayrı hâkime yaptıkları başvurulardır. Bu hükümde yer alan ön şart, aslında bu şartın arabuluculuk kurumunun merkezinde yer alan gönüllülük ilkesine uygunluğunu da işaret etmektedir. Ayrıca kanun koyucunun TMK m. 195 hükmüyle hâkime verdiği uzlaştırma yetkisi kapsamında arabulucu olarak hareket edebilecek hâkimin arabuluculuğun genel kurallarına uygun şekilde, yalnızca eşlerin uzlaşmalarını gerçekleştirebilecekleri bir zemin hazırlaması gerekmektedir.⁴⁰

³⁹ Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (Adalet Yayınevi 2017), s.84. Bu Kanunla hâkime sağlanan sulhe teşvik yetkisi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin özelliklerini tam olarak yansıtmadığı yönünde bkz. Mustafa Serdar Özbek, (2016), s.856.

⁴⁰ Mustafa Serdar Özbek, (2016), s.860. *“Eşleri uzlaştırmaya çalışma, hâkimin, bir aile büyüğü gibi olaya el koyması ve eşler arasında bir orta yol bulmaya çalışması şeklinde gerçekleşir. Bu durumda hâkim, aynen bir arabulucu gibi davranıp, sulh teşebbüsünde bulunur ve kanun deyişimiyle “onları uzlaştırmaya” çalışır. Hâkimin görevi, sadece, eşleri*

Uzlaştırma görevini hâkim bizzat kendisi ifa edebileceği gibi eşlerin açık ve ortak rızasıyla atanacak AMK m. 5 de zikredilen psikolog, sosyal çalışmacı ya da pedagoğ gibi uzman kişilerin yardımıyla da yerine getirebilir.⁴¹ Bu anlamda hâkimin yardım alabileceği kişiler sadece yukarıda belirtilen uzmanlar olmayıp eğitim almış arabulucu avukat, psikolojik danışman, terapist ve uzman hekimler gibi farklı alanlarda çalışan uzman kişiler de olabilir.⁴² Ancak yine hâkimin bu konuda yeterli eğitiminin olup olmadığı sorusuyla karşılaşılması mümkündür. Kanaatimizce hâkimin burada da uyuşmazlığın çözümü için AMK m. 5’ de adı geçen uzmanları ya da varsa eğitilmiş aile arabulucularını ataması daha uygun görünmektedir.

C. GERÇEK KİŞİLER VE ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİ İLE KAMU KURUM VE KURULUŞLARINCA AÇILACAK AİLE DANIŞMA MERKEZLERİ YÖNETMELİĞİ

Konumuz açısından dikkate alınması gereken hukuki düzenlemelerden biri de Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği hükümleridir. Her ne kadar yönetmeliğin amacı gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarının açılan aile danışma merkezlerinin personel ve hizmet standardı, etik kuralları, ücret tarifeleri, açılması ve kapatılması işlemleri, faaliyetleri, denetimleri ve diğer hususlara ilişkin usul ve esasları düzenlemekse de bu merkezlerde görev alan ve aile arabuluculuğu açısından önem arz eden aile danışmanlarına ilişkin görevler de ele alınmıştır.

Yönetmelik çalışmamızla sınırlı olacak şekilde incelendiğinde, ilk karşılaşılan hüküm aile danışmanlarının eğitimi ve niteliklerine ilişkindir. Söz konusu düzenlemede aile danışmanı ünvanını sosyal hizmet, psikoloji, sosyoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, tıp, hemşirelik ve çocuk gelişimi alanlarından birinde en az dört yıllık lisans programlarından mezun olanlar, Milli Eğitim Bakanlığı, Yükseköğretim Kurulu veya üniversitelerden, biri tarafından uygun görülen en az üç yüz saati teorik ve en az otuz saati süpervizyon eşliğinde olmak üzere yüz elli saati uygulamalı toplam dört yüz elli saatlik aile danışmanlığı alanında bir eğitim programını başarıyla tamamladıktan sonra sertifika alan kişilerin alabileceği öngörülmüştür (m. 14/1). Yine sosyal hizmet, psikoloji, sosyoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, tıp,

uzlaştırmaya çalışmak ve bu doğrultuda eşlere yol göstermek, yönlendirici gibi davranıp, eşlerin bir çıkış yolu bulmalarına yardımcı olmaktır.” (Serkan Ayan, (2004), s. 208).

⁴¹ Mustafa Serdar Özbek, (2016), s.860-861. Ayrıca bkz. Süha Tanrıver, *Türk Aile Mahkemeleri* (Yetkin Yayınları 2014), s.85.

⁴² Mustafa Serdar Özbek, (2016), s.861. Bu kişiler içinde ayrıca aile terapisti, ruh ve sinir hastalıkları uzmanı da yer alabilir (bkz. Şenyuva, Ardahan Hüsnü, *Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması* (Ankara 2007) *BÜSBE*, (Dan.: Prof. Dr. Kudret Güven), Yayınlanmamış YLT, s.49.



hemşirelik ve çocuk gelişimi lisans programlarını tamamladıktan sonra aile danışmanlığı alanında yüksek lisans veya doktora eğitimini tamamlamış olanlar aile danışmanı sayılır ve ayrıca bunlardan merkezlerde çalışmak için sertifika istenmeyeceği; yükseköğretim kurumları dışında aile danışmanlığı sertifika programı eğitimini yürütecek kurum ve kuruluşlarda görev alacak eğitimcilerde ulusal ve uluslararası standartta sertifikaya sahip ve aile danışmanlığı konusunda en az beş yıl çalışmış olmak ya da aile danışmanlığı alanında yüksek lisans veya doktora programlarında eğitimcilik yapmış olma şartı aranacağı da söz konusu yönetmelikte düzenlenmiştir (m. 14/2 ve 4).

Aile danışmanlarının görevleri açısından yönetmelik hükümlerine bakıldığında, bu kişilerin aile kurma niyetinde olan bireylere rehberlik ve danışma hizmetleri vermek, anne ve babaların çocuk eğitiminde daha bilgili olması, bu bilgilerini hayata geçirmesi, çocuğuyla ve eşiyile ilişkisini geliştirmesi için anne ve babalara yönelik çalışmalar gerçekleştirmek, tek ebeveynli ailelere danışmanlık ve destek hizmeti vermek, aile içi şiddetin önlenmesine yönelik rehberlik ve danışmanlık hizmetlerini vermek gibi çok önemli görevler üstlendiği görülmektedir (m. 16). Ancak çalışmamız açısından “boşanma öncesinde ailelere *psiko-sosyal süreç ve dinamikleri de dâhil ederek arabuluculuk hizmetleri planlamak ve uygulamak*” şeklinde kaleme alınan hüküm ayrı bir önem arz etmektedir. Zira söz konusu hüküm, aslında çalışmamızın temelini oluşturan evlilik arabuluculuğu ile doğrudan ilişkilidir. Her ne kadar Türk hukuk sistemi açısından sadece bu yönetmelikteki yeterliliklere sahip aile danışmanlarının HUAK anlamında arabulucu olarak görev yapması mümkün gözükmesede burada arabuluculuk ile kastedilenin kanaatimizce HUAK anlamındaki arabuluculuk faaliyeti değildir. Bu hükümde aile danışmanlarının boşanmayı önlemek amacıyla görev yapması öngörülmektedir. Zira ailelere boşanma öncesinde psiko-sosyal süreç ve dinamikleri de dâhil edilerek bir arabuluculuk hizmeti uygulamak kanaatimizce bir ailenin dağılmasını önlemek düşüncesiyle olabilir. Eğer söz konusu hükümde boşanmanın önlenmesi amacıyla bir arabuluculuk süreci yürütülmeyecekse zaten *boşanma öncesinde* şeklinde bir vurguya da gerek yoktur. Dolayısıyla boşanmadan kaynaklanan ailenin dağılmasının önlenmesi amacıyla yer aldığını düşündüğümüz bu hüküm evlilik arabuluculuğunu işaret etmektedir. Ayrıca bu yönetmelik kapsamında aileye arabuluculuk yapacak kişinin yani aile danışmanının olması da son derece yerindedir. Ancak şu hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır: Bu başlık adı altında yer verilen AMK, TMK ve Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarıncı Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği hükümlerinin yürürlük tarihleri HUAK’dan öncesine aittir. Bu nedenle aile uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak arabuluculuk faaliyetini yürüten kişiler yani arabulucular için bir yetki çatışma durumu söz konusudur. Örneğin

AMK m. 6/1-a, m. 7/1, TMK m. 195 ve Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği m. 16/1-e’de öngörülen hükümler içerik itibariyle birer evlilik arabuluculuğu faaliyeti olsa da bu görevi icra edecek kişilerin HUAK anlamında arabuluculuk yapması mümkün değildir. Zira HUAK anlamında arabuluculuk faaliyetini T.C vatandaşı, tam ehliyetli, arabuluculuk eğitimini tamamlamış ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmuş, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olan ve arabuluculuk siciline kayıtlı kişiler icra edebilir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.⁴³

SONUÇ

Aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünde tercih edilen aile arabuluculuğu günümüzde birçok türüyle karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda evlilik arabuluculuğu adı verilen aile arabuluculuğu türü aile uyuşmazlıklarının çözümünde evlilik birliğinin dağılmasını önleyen bir yöntemdir. Mukayeseli hukukta örneklerine rastladığımız bu yöntemin en önemli özelliği evliliklerini devam ettirmek isteyen çiftlerin tercih edebileceği bir yöntem olmasıdır. Bilindiği üzere aile arabuluculuğu çoğunlukla boşanma veya ayrılıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların dostane şekilde çözüldüğü bir yöntemdir. Bu yöntemde ise çiftler bir yandan uyuşmazlıklarını çözmeye çalışırken bir yandan da evliliklerinin dağılmasının önüne geçmiş olurlar. Aslında bu yöntemde evliliğin dağılmasına engel olunmaya çalışılması oldukça kıymetlidir. Zira böyle bir amacın gerçekleşmesi sadece bireysel anlamda değil toplumsal anlamda da faydalar sağlamaktadır. Ancak bu yöntemde görev alacak kişilerin yani evlilik arabulucularının ya da daha genel ifadeyle aile arabulucularının eğitim ve nitelikleri de son derece önemlidir. Bu yöntemde sadece bir hukukçunun ya da sadece psiko-sosyal bilimlerde görev yapan kişilerin bakış açısının tercih edilmesi yöntemden beklenen faydayı sağlayamayacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu yöntemde eş arabuluculuk modeliyle hareket edilmesi; eş arabuluculardan birinin hukukçu diğersinin psikiyatri uzmanı, psikolog veya sosyal hizmet uzmanı, sosyal çalışmacı olması gerekmektedir.

Konuya Türk hukuk sistemi açısından bakıldığında öncelikle bugün itibariyle Türkiye’de aile arabuluculuğunun müstakil anlamda bir hukuki düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak HUAK’ın aile uyuşmazlıklarının çözümünde tercih edilmesi bu anlamda bir sakınca da oluşturmamaktadır. Aslında TMK, AMK ve Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği’nin ilgili hükümlerinde aile arabuluculuğuna ve aile arabuluculuğunun bir

⁴³ Bkz. ve Karş. Mustafa Serdar Özbek, (2016), s.861.



türü olan evlilik arabuluculuğuna dair örnekler içermektedir. Ancak bu düzenlemelerinin yürürlük tarihlerinin HUAK'tan önce olması sebebiyle bir takım kural çatışmalarını karşımıza çıkarmaktadır. Burada konumuz açısından özellikle evlilik arabulucusu ya da daha genel anlamıyla aile arabulucusu olarak görev alacak kişiler açısından bir karışıklıktan bahsedilebilir. Dolayısıyla gerek bu açıdan gerekse genel anlamda aile arabuluculuğu ve türlerine özgü düzenlemelerin yapılması amacıyla HUAK'ta değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Kısaltmalar

ADR	: Alternatif Dispute Resolution
AMK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
bs.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
Bkz. ve Karş.	: Bakınız ve karşılaştırınız
BÜSBE	: Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
C.	: Cilt
Dan.	: Danışman
d.n	: Dipnot
eds.	: Editörler
DT	: Doktora Tezi
EBYÜSBE	: Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
m.	: Madde
No.	: Number
R.G	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
Vol.	: Volume
YLT	: Yüksek Lisans Tezi
TMK	: Türk Medeni Kanunu

KAYNAKÇA

- Ayan, Serkan. (2004). *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: TBB Yayınları.
- Boardman, Susan K., Fiske, John, Israel, Laurie and Neumann, Ken. (May 2009). Marital Mediation: An Emerging Area Of Practice. <<https://www.mediate.com/articles/maritalmediation1.cfm>>, erişim tarihi, 08.08.2021.
- Blonde, Dolores. (1984). Family/Divorce Mediation- A Responsive Process, *Canadian Community Law Journal*, Vol. 7, 65, s.65-71.
- Code of Practice for Family Mediators. <<https://www.familymediationcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/FMC-Code-of-Practice-v1.3-November-2018.pdf>>, erişim tarihi 08.08.2021.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. (6-7 Aralık 2018). 6325 sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği/ Applicability of Law No. 6325 in Turkish Family Law Disputes, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, s.53-56.
- Dür, Orhan. (2017). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erickson, Stephen K. and Erickson, Marily S. McKnight. (1988). *Family Mediation Casebook Theory and Process*, New York: Brunner/Mazel.
- Firat, Erhan. (2021). Aile Arabuluculuğu, *EBYÜSBE*, (Dan.: Prof. Dr. İbrahim Özbay), Yayınlanmamış DT, Erzincan.
- Foley, Keryn. (2017). To Co-Mediate or Not to Co-Mediate — That is the Question”, *Bond Law Review*, Vol. 29, Issue 1, Article 7, s.95-107.
- Green, Angela Ioana. (August 2009). What is Marital Mediation or Mediation To Stay Married?, <<https://www.mediate.com/articles/green11.cfm>>, erişim tarihi, 08.08.2021.
- Israel, Laurie. (Fall 2014). Is Mediating Prenups a Form of Marital Mediation?, *Mcmf Family Mediation Quarterly*, Vol. 13, No. 4, s.21-22.
- Israel, Laurie. Marital Mediation: How to Use Mediation to Help Couples Stay Married A Two-Day Interactive Mediation Training, <<http://www.mediationtostaymarried.com/trainings/>>, erişim tarihi, 10.08.2021.
- Israil, Laurie. October 2007. FAQs About Mediation To Stay Married, <https://www.mediate.com/articles/israel15.cfm>, erişim tarihi, 16.08.2021.
- Linder, Steve. (1973). Marriage Counseling: Definition of an Autonomous Profession, *ERIC*, s.1-14.



Molgora, Sara, Ranieri, Sonia and Tamanza, Giancarlo. (2014). Divorce and Coparenting: A Qualitative Study on Family Mediation in Italy, *Journal of Divorce & Remarriage*, 55:4, s.300-314.

Özbek, Mustafa Serdar. (2016), *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 2, 4. bs., Ankara: Yetkin Yayınları.

Özcan, Cem. (Haziran 2017). Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, S. 9, s.383-396.

Parkinson, Lisa. (2018). *Aile Arabuluculuğu Family Mediation*, (Sorumlu Editör: Yonca Fatma Yücel), Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası.

Phear, W. Patrick. (March 1984). Family Mediation: A Choice of Options, *The Arbitration Journal*, Vol. 39, No. 1, s.22-30.

Şenyuva, Ardahan Hüsnü. (2007). Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması, *BÜSBE* (Dan.: Prof. Dr. Kudret Güven), Yayınlanmamış YLT.

Tanrıver, Süha. (2016). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Tanrıver, Süha. (2014). *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Taşpolat-Tuğsavul, Melis. (2012). Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara: Yetkin Yayınları.

Taylor, Alison. (2002). *The Handbook of Family Dispute Resolution, Mediation Theory and Practice*, San Francisco: Jossey-Bass.

<<https://mcfm.org/mediation/choose-mediation>>, erişim tarihi 08.08.2021.

EVLENME YOLU İLE TÜRK VATANDAŞI OLMA TALEPLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN YARGILAMALARDA MİLLİ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ KISTASI

*The Criterion of National Security and Public Order in Proceedings Regarding
Disputes Arising From The Demands of Becoming Turkish Citizen by Way of Marriage*

Fatma Elif ÇELİK*

Özet

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.16/1-c’de yer verilen milli güvenlik ve kamu düzeni kıstasının evlenme yolu ile vatandaşlık oluşumunda nasıl bağdaştırılacağına tespiti önem arz etmektedir. Milli güvenliğin tehdit unsurlarına dair net kriterler getirilmedikçe İçişleri Bakanlığının takdir kararının mahiyetini denetlemek güçleşmektedir. Aynı bakış açısından kamu düzeni kavramının da uygulayıcıların görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, özne yorumuna elverişli bir kavram olarak keyfiliğe vardırılması mümkün hâle gelmektedir.

Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme hâli, evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılar bakımından başvuru şartı değil; başvurudan sonra ele alınan bir değerlendirme kıstasıdır. TVK m.16’daki başvuru şartları, ancak Türkiye’de ikamet etme şartı ile desteklenirse milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstasından beklenen faydanın ortaya çıkacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlık, Evlilik, Milli Güvenlik, Kamu Düzeni, Türk Vatandaşlığı, Yargı Kararı, Uyuşmazlık

Abstract

It is important to determine how the national security and public order criterion, which is enacted in the Turkish Nationality Act No:5901 article 16/1-c, will be harmonized for acquisition of citizenship through marriage. It will become more difficult to control discretionary decisions of the Ministry Of Interior about acquisition of citizenship through marriage unless setting clear understanding as what exactly constitutes threat to national security. From the same point of view, the concept of public order is also becoming suitable for the subjective interpretation, which can be expanded according to the views and understandings of practitioners.

Having no quality constituting an obstacle in respect of national security and public order is not an application requirement for foreigners who want to be a Turkish citizen by marriage; it is an evaluation criterion that is considered after the application. It is thought that the expected benefit will emerge from the criterion of not having a

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fatmaelif.celik@ufuk.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0003-0373-5494>

situation that will pose an obstacle in terms of national security and public order if the application conditions in Turkish Nationality Act article 16 are supported by the condition of residing in Turkey.

Keywords: Citizenship, Marriage, National Security, Public Order, Turkish Citizenship, Judicial Decision, Dispute

GİRİŞ

Vatandaşlık kavramı, devletin oluşumu ve devamlılığının esasını teşkil ettiği için bu meselenin tam bir bağımsızlıkla düzenlenmesi devletler bakımından hayati önem arz etmektedir. Devletler, söz konusu serbestiye dayanarak kendilerine vücut veren insan topluluğunu yasal olarak yaratırlar; bir diğer ifade ile vatandaşlık statüsünün oluşumu ve bu statünün kaybı ile ilgili ilkeleri kendi anlayışlarına, tesiri altında kaldıkları fikirlere ve yüksek menfaatlerine göre belirlerler¹. Anılan bağlamda, vatandaşlık statüsünün evlenme yolu ile oluşup oluşmayacağı hususu da devletlerin egemenlik haklarına dayandırdıkları bir tercihten ibaret olup; özellikle cinsiyet temelli yaklaşıma², evlilik anlayışına, evliliğin geçerliliğine ve toplumsal yapının tasarımına³ ilişkin algı ya da kaygıların etkisi ile şekillenmektedir.

I. EVLENME YOLU İLE OLUŞAN VATANDAŞLIK STATÜSÜ

Vatandaşlık statüsünün evlenme yolu ile oluşumu, geleneksel (eski) ve çağdaş (yeni) yönlü kutuplaşan iki farklı bakış açısından izah edilmektedir. Geleneksel görüş uyarınca, aile içi güç ilişkilerinin hukuksal belirleyicisi olan babalık ve kocalık yetkileri, münhasıran, erkeklerce kullanılabilceği için ailede kadınlar aleyhine eşitsizlik ilkesi egemendir; kadın, evlenmekle kocasının otoritesine bağlanır⁴; otomatikman onunla aynı vatandaşlığa sahip olur; önceki vatandaşlığını yitirir⁵. Çağdaş görüş uyarınca ise bir evliliğin

¹ Osman Fazıl Berki, 'Türk Hukukunda Evlenmenin Tabiiyete Tesiri', (1946) 3(1) AÜHFD, 46.

² Diane Richardson, 'Rethinking Sexual Citizenship', (2017) 51(2) Sociology, 214-215.

³ Betty De Hart, 'Regulating Mixed Marriages Through Acquisition and Loss Of Citizenship', (November 2015) (662) The Annals Of The American Academy Of Political and Social Science, 172-174.

⁴ Eski toplumlardaki aile örgütlenmesi, babaya ya da aile içindeki bir başka büyük erkeğe kendi soyundan gelenlerin şahsı ve mülkiyeti üzerinde-daha sonra Roma hukukunda patria potestas olarak anılan- bir yetki tanımaktadır. Roma hukuku uyarınca evlenmekle kadın üzerindeki patria potestastan kaynaklanan haklar, kocaya ve fakat baba sıfatı ile geçmektedir. Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (Legal 2016) 96-103; Cyril D. Hill, 'Citizenship Of Married Women', (1924) 18 (4) American Journal Of International Law, 721.

⁵ Rona Aybay, *Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi*, (AÜSBF Yayınları, 1980) 3-5; Kristin A.Collins, 'A Short History Of Sex and Citizenship: The Historians' Amicus Brief In Flores-Villar v.United States', (2011) 91(4) Boston University Law Review, 1490-91. Bu anlayışa dahil olanlar, ailede vatandaşlığın ortaklığı meselesini, kadının ehliyetsizliği fikrinden başka, daha önemli bir delil olarak yorumladıkları ailenin menfaati kavramına dayandırmaktadır. Zira, evlilik birliğinde eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmaları aile içinde karı-koca arasındaki hukuki ilişkileri, evlenmenin hüküm ve neticelerini, ortadan kalkmasını,

yürütücüleri birbirlerinden bağımsız⁶ ve birbirlerine eşit kişiler olduğundan⁷ evlilikte cinsiyet üstünlüğü söz konusu değildir. Bu bakımdan evlilik yolu ile vatandaşlık statüsünün oluşumunda aile ile sosyolojik etmenler, kamusal düzen, genel ahlak ve bütünlük kavramları arasında ilişkinlik kuran eski anlayıştan farklı olarak ayrı vatandaşlıkların, ailenin kuruluşunu engellemediği gibi aile kurulduktan sonra da aile yaşamına korkulduğu kadar yoğun ve doğrudan yansımadağı gözlemlenmekte; buna bağılı olarak da evliliğin vatandaşlığı etkilememesi düşüncesi⁸ kabul edilmektedir⁹.

Evlenmenin, vatandaşlığa etki edebilmesi için kural olarak geçerli, gerçek ve sürdürülen bir evliliğin varlığı gerekmektedir. Geçerli evlilik, kanunen aranan şartlara uygun olarak cereyan eden; sosyal, ekonomik, kültürel, dini ve hukuki pek çok etmen tarafından desteklenen bir olaydır. Evlilik, yaygın anlamı ile bir kadın ve bir erkeğin yeni bir aile kurmak ve birbirlerine sadakat göstermek; yardım etmek üzere yasal yoldan birleşmeleri olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Bu bakımdan aynı cinsten kişilerin, evlenme yolu ile vatandaş olabilmeleri, bu evliliğin geçerliliğinin¹¹ vatandaşlığı söz konusu olacak devletin hukuku tarafından kabul edilmesine bağılıdır¹². Gerçek ve sürdürülen evlilikten kasıt ise

velayet hakkının kullanılmasını konularını hangi hukukun idare edeceği hususunda ihtilaf yaratabilecektir. Öte taraftan siyasi ve milli bakımlardan, savaş zamanlarında, vatandaş ile evlenen yabancı kadınların, yabancı, belki de düşman devlet hâkimiyetine bağılı kalabilmeleri devlet için arzu edilmeyen bir ihtimaldir. Berki (n 2) 47.

⁶ Hicri Fişek, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (Güzel İstanbul Matbaası, 1959) 80.

⁷ 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m.1; 1791 Kadının ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirisi m.1. Hükümlerin yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz (n 5) 288-297.

⁸ Hill (n 5) 724-728.

⁹ 1933 Montevideo Kadınların Vatandaşlığı Sözleşmesi m.6; 1957 Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.1; 1979 Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.9/1- RG:25.06.1985/18792; 1997 Avrupa Vatandaşlık sözleşmesi m.4/d. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güngör, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', (1997-1998) 17-18(1-2) MHB, 234-236.

¹⁰ A. Esat Arsebük, *Medeni Hukuk-II* (Ankara Hukuk Fakültesi, 1940), 540; Jale Güral, 'Evlenmeden Doğan Kanun İhtilafları', (1946) 3(1) AÜHFD,147. Evlilik, belirli ve sınırlı bir zaman diliminde sürdürülmek üzere kadın ve erkeği bir araya getirmedeği için evliliğin mahiyetinde süreklilik hatta ebedilik gizlidir. Turgut Akıntürk and Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, (Beta, 2014) 59.

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2002'ye kadar verdiği kararlarda 12. maddenin teminat altına aldığı evlilik hakkının içeriği, biyolojik olarak farklı cinsiyetten iki kişinin geleneksel evliliği biçiminde açıklanmışken 2002 yılındaki Christine Goodwin-Birleşik Krallık davasında verilen kararda evlilik kurumunun, mutlaka bir çift olarak bir çocuğa sahip olma anlamına gelmediği ifade edilmiştir. Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar*, (Legal, 2012) 540. Aynı cinsten kişilerin evliliği günümüzde giderek artan bir şekilde bir çok ülke hukuku bakımından kabul edilmeye başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Candan Yasan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, (XII Levha, 2013) 44-57.

¹² Türk hukukunda evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında yapılmış olması yok hükmünde kabul edilmektedir. Akıntürk and Ateş Karaman (n 11) 210. Dolayısıyla eş cinsel bir yabancıncının eş cinsel Türk vatandaşı eşi ile evlenip Türk vatandaşı olması, şimdilik, mümkün değildir.



evliliğin, yalnızca vatandaşlık elde edebilmek maksatlı-danışıklı kurulmamış¹³ ve sona ermemiş olmasıdır.

II. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

Türk vatandaşlığının, evlenme yolu ile oluşmasında önemli bir anlayış değişikliğini yansıtmaması bakımından Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 04.06.2003 tarihli ve 4866 sayılı Kanun¹⁴ eşik kabul edilerek konu, bu değişiklikten önceki ve sonraki yasal düzenlemeler biçiminde iki döneme ayrılarak ele alınacaktır.

A. TÜRK VATANDAŞLIK KANUNLARINDAKİ 04.06.2003 TARİHLİ VE 4866 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİNDEN ÖNCEKİ DÜZENLEMELER

Cumhuriyet döneminde hazırlanarak yürürlüğe giren 23.05.1928 tarihli ve 1312 sayılı ilk TVK'da¹⁵ evlenme yolu ile vatandaşlık statüsünün oluşumu, "evlenmenin vatandaşlığa tesiri ve rücu" başlığı altında, 13. maddede düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca, geleneksel görüşe uygun şekilde, evlenme sebebi ile sadece yabancı kadının ve onun, babaları hayatta olmayan küçük çocuklarının vatandaşlığında değişiklik meydana gelmekte; çağdaş görüşe uygun şekilde¹⁶ Türk kadınının, yabancı bir erkekle evlenmesi hâlinde kadının Türk vatandaşlığında bir değişiklik olmamaktadır¹⁷. Birinci ihtimalde Türk

¹³ Kişilerin evliliğe karar vermelerinin kendilerine göre sebepleri ne olursa olsun evlenmeye ait yasal, ekonomik ve sosyal tüm menfaatlerin evlilik birliğinden kaynaklandığından hareketle evliliklerin, gerçekleştirilme amaçları sebebiyle hükümsüz kılınmasından ziyade vatandaşlık kanunlarında evlenme yolu ile vatandaşlık statüsüne imkan sağlayan kurullarda düzenleme yapılması hakkında bkz. Charles Knapp, 'Yalandan Evlenme ve Kadın Tabiiyeti', Yusuf Kazancıoğlu (çev.) (1944) 1(3) AÜHFD, 430-434. Evliliğin inandırıcılığının değerlendirilmesi meselesinde evliliğin ne olduğu değil ve fakat ne olmadığı noktasına yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda mahkemeler, bir çiftin, evliliğin kapsadığı geniş menfaatlerden yararlanmak için danışıklı davranıp davranmadıklarını belirlemeye çalışırken adeta evlilik polisi rolüne bürünmekte; öte taraftan eşler de iyi niyetlerini ve aşklarını ispat etmeye çalışmakta; bu marifetle ortak banka hesapları, ortak mülkiyetleri belgelemek zorunda kalmaktadırlar. Kerry Abrams, 'Marriage Fraud', (2012) 100(1) California Law Review, 4-5.

¹⁴ RG: 12.06.2003/25136

¹⁵ RG: 04.06.1928/904

¹⁶ 1312 sayılı TVK'da ailele vatandaşlığın birliği ilkesine önem verilerek bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadını otomatikman Türk vatandaşı haline geçiren birinci fıkra düzenlemesi ile kadının bağımsızlığına önem verilerek yabancı ile evlenen Türk kadının, Türk vatandaşlığını korumasına imkân sağlayan ikinci fıkra düzenlemesi birbirine zıttı oluşturmaktadır. Kanun'da evlenmenin vatandaşlığa etki edip etmeyeceği meselesinin yabancı ile evlenen Türk vatandaşının erkek ya da kadın olması gözetilerek düzenlenmesi hukuk mantığına aykırı olup ayrıca Kanun'un teknik ahenksizliğine yol açmıştır. Fişek (n 7) 83.

¹⁷ Dönemin doktrininde bir görüşe göre Türk kadınının yabancı ile evlenmesine rağmen Türk vatandaşı kalmaya devam etmesi, hem o kadının şahsını elden çıkarmamak suretiyle

vatandaşı ile evlenen yabancı kadının milli kanunundaki düzenlemeler-mesela butlan sebepleri- ya da istek ve iradesi; ikinci ihtimalde ise Türk vatandaşı kadınla evlenen yabancı erkeğin milli kanununun kadına vatandaşlık verip vermemesi veya kadının istek ve iradesi hususları dikkate alınmamaktadır¹⁸.

1312 sayılı TVK'nın yürürlüğüne son veren 11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı TVK'da¹⁹ evlenme yolu ile vatandaşlık statüsünün oluşumu, kanun gereği doğan bir sonuç olarak²⁰ tasarlanarak 5. maddede düzenlenmiştir. 1312 sayılı Kanun'da olduğu gibi burada da vatandaşlığı, evlenme sebebi ile etkilenen taraf, kadındır; bir başka ifade ile erkeğin vatandaşlığının evlenme sonucunda etkilenmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak 1312 sayılı TVK'dan farklı olarak 5. maddede sadece bir Türk vatandaşı ile evlenen kadınlar yönünden düzenleme getirilmekte; yabancı bir erkekle evlenen Türk vatandaşı kadının, vatandaşlık durumuna yer verilmemektedir²¹.

Evlenme yolu ile vatandaşlığı etkilenecek olan kadınlar da kendi içinde

Türk nüfusuna tesiri hem de çocuklarının da Türk vatandaşı sayıldığı için feminizm ile bağdaşması sebepleri ile olumludur. Muammer Raşit Seviğ and Vedat Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku*, (İsmail Akgün Matbaası, 1962) 102. Aksi yönde diğer bir görüşe göre ise Kanun'un yabancı ile evlenen Türk kadını ve karışmış evlenmeden olma çocukları Türk vatandaşı bırakmaya yönelik düzenlemeye rağmen bu kişilerin, milli kültür içinde yabancı kalmalarının önüne geçilemeyeceği; bu noktada mutlaka Türk kültür sosyolojisinin göstereceği direktiflerden faydalanılması gerektiği; aksi takdirde Türk toplumuna evlenme ile sokulan yabancıncının sadece azınlık bir unsur olarak kalacağı değerlendirilmiştir. Otoriter bir hukuk zihniyeti ile bir millet içinde evlenme itibarıyla kendi kendine yetme prensibinden hareket etmenin, yani evlilik otarşisi kurmanın, modern hukuk idealini çiğnemekten başka bir şey olmadığına işaret edilerek 1312 sayılı TVK'daki bu düzenleme eleştirilmiştir. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, 'Devletler Hususi Hukukunda Eksogami Meselesi', (1948) 14(1-2) İÜHFM, 321-322.

¹⁸ Fişek (n 7) 85; Aybay (n 6) 77-79.

¹⁹ RG: 22.02.1964/11638

²⁰ Evlenmenin vatandaşlığa etkisini düzenleyen 5.madde hükmünün Kanun sistematigindeki yeri, vatandaşlık statüsünün, doğumdan başka bir sebeple sonradan oluşan, müktesep vatandaşlık statüsü niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku Dersleri*, (Fakülteler Matbaası, 1971) 45; Erdoğan Göğer, *Türk Tabiiyet Hukuku*, (Sevinç Matbaası,1972) 52.

²¹ 403 sayılı TVK, yabancı bir erkekle evlenen Türk vatandaşı kadının, vatandaşlığı üzerinde bu evliliğin bir etkisinin olmamasını, yani kadının Türk vatandaşlığını sürdürmesini, uluslararası hukukta ortaya çıkan çağdaş gelişmelerle uyumlu biçimde, ilke olarak benimsemektedir. Anılan çerçevede 5.maddede bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte Kanun'un Türk Vatandaşlığının Kaybı başlığını taşıyan 2. bölümünün başlangıç hükmü olan 19. maddede yabancı ile evlenen Türk kadınının, kocasının milli kanunu evlenme sebebi ile kocanın vatandaşlığını kadına bahşediyorsa ve kadın da bu yöndeki tercihini bildirmişse Türk vatandaşlığını kaybedeceğini belirtmektedir. Burada yabancı ile evlenen Türk vatandaşı kadına bir seçenek sağlanmakta ve fakat kadın, Türk vatandaşlığından ayrılmaya zorlanmamaktadır. Aybay (n 6) 90; Ata Sakmar, 'Kadınla Erkek Arasındaki Hukuki Eşitlik İlkesi ve Vatandaşlık Hukuku', (1978) 44 (1-2) İÜHFM, 126.



başka bir devletin vatandaşı olan yabancı kadınlar, hiçbir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan vatansız kadınlar ve kendi vatandaşlık kanunu uyarınca yabancı bir erkek ile evlendiği için vatandaşlığını kaybeden kadınlar olmak üzere üç grup hâlinde ele alınmaktadır. Bu üç gruptan ilk kategoride yer alan kadınların evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmaları bu yöndeki istek ve iradelerini açıklamış olmalarına²² bağlı tutulmakta; diğer iki kategoride yer alan kadınların evlenme yolu Türk vatandaşı olmaları ise, vatansızlığı önleme gayesi ile örtüşecek şekilde, kendiliğinden gerçekleşmektedir.

Yine 1312 sayılı TVK'dan farklı olarak evlenmenin butlanına karar verilmesi ihtimaline yer verilmekte; kadın açısından butlana hükmedilmesinin sonuçları, kadının iyi niyet durumuna göre farklılık arz etmektedir. Düzenlemeye göre evlenme sırasında butlan sebebini bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan kadın, evlenme nedeniyle oluşan vatandaşlık statüsünü-seçme hakkı ile ayrılma seçeneğini değerlendirmemişse- koruyabilmektedir. Buna karşılık evlenme sırasında kötü niyetli olan kadın, evlenme sebebi ile oluşan Türk vatandaşlığı statüsünü, hakimın butlan kararı ile birlikte kaybetmektedir. Butlanına karar verilmiş olan evlenmeden doğan çocuklar yönünden ise, ana veya babanın iyi niyet durumlarına göre herhangi bir ayırım gözetilmeden, vatandaşlık statüsünün devam edeceği bildirilmektedir.

B. TÜRK VATANDAŞLIK KANUNLARINDAKİ 04.06.2003 TARİHLİ VE 4866 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRAKİ DÜZENLEMELER

Değişikliğin gerçekleştiği dönemde hâlen yürürlükte olan kanun, 403 sayılı TVK'dır. Bu bakımdan evlenme yolu ile vatandaşlık statüsünün oluşumu, kanunun gereği doğmaktadır²³. Değişiklikten önce, Kanun'daki anlayış kadının statüsünü etkilemeye yönelik olup; durum için mevcut bir evliliğe dayanılarak koca ile aynı vatandaşlıkta bulunmayı istemenin dışında başka bir kanuni şart getirilmemiştir.

²² Ailede vatandaşlığın birliğini kadının tek taraflı iradesine bırakmanın isabet derecesi hakkındaki değerlendirme için bkz. Göger (n 21) 54.

²³ Değişiklikle birlikte seçme hakkının kullanılması yolu ile vatandaşlık statüsünün oluştuğu; genel olarak ise Kanun'daki sistematik bütünlüğün bozulduğu yönündeki değerlendirme için bkz. Fügen Sargın, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme', (2004) 53 (1) AÜHFD, 34-35. Değişiklikle birlikte vatandaşlık talebinde bulunan yabancıların, vatandaşlık elde edemeyeceğinin Türk idaresinin takdirine bağlı olduğu; Kanun'da zikredilen şartların vatandaşlık statüsünün garantisini görülemeyeceği ancak bu şartların vatandaşlık başvurusu için gerekli olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. B. Bahadır Erdem, '4866 Sayılı Kanunla Türk Vatandaşlığı Kanununun 5.Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlenme Yolu İle Kazanılması', (2003) 23(1) MHB, 352-353.

4866 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, 403 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yapılan en önemli değişiklik, evlenmenin vatandaşlığa etkisi hususunda cinsiyet ayrımı kaldırılarak kadın-erkek eşitliğinin gözetilmiş olmasıdır²⁴. Düzenlemeye göre bir Türk vatandaşı ile evli olmak, Türk vatandaşlığı statüsünü kural olarak kendiliğinden meydana getirmemekte; ancak eşi ile ortak vatandaşlığa sahip olmak isteyen tarafın yazılı başvurusuna ve birtakım şartların gerçekleşmiş bulunduğu tespitine yönelik yetkili makam kararına ihtiyaç duyulmaktadır. İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacağı bildirilen araştırma ve soruşturmanın kapsamı, evliliğin en az üç yıldan beri, fiilen yaşama koşulu ile, sürüp sürmediğinin belirlenmesine yöneliktir.

Türk vatandaşlığının evlenme yolu ile kendiliğinden oluşmaması kuralının istisnası, Türk vatandaşı ile evlenen yabancıların, evlenmekle kendi vatandaşlığını kaybetmesi ihtimali ile sınırlandırılmakta; bir önceki düzenlemeden farklı olarak evlenme yolu ile vatandaşlığı etkilenecek olan kadınlar arasında hiçbir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan vatansız kadınlar sayılmamaktadır²⁵.

403 sayılı TVK'nın 2003 yılındaki değişiklikten önceki düzenlemesi ile uyumlu olarak evlenmenin butlanına karar verilmesi ihtimaline yer verilmekte; ancak butlana hükmedilmesinin sonuçları, bu sefer, eşlerin iyi niyet durumuna göre değişmektedir. Düzenlemeye göre evlenme sırasında butlan sebebini bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan taraf, evlenme nedeniyle oluşan vatandaşlık statüsünü koruyabilmektedir. Butlanına karar verilmiş olan evlenmeden doğan çocuklar yönünden ise, ana veya babanın iyi niyet durumlarına göre herhangi bir ayırım gözetilmeden, vatandaşlık statüsünün devam edeceği bildirilmektedir.

²⁴ Düzenleme ile yabancı kadın yerine yabancı ifadesinin kullanılmasına bağlı olarak kadın-erkek arasındaki cinsiyet temelli ayrımcılığa son verilmesi, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 5. maddesinde hüküm altına alınan ayrımcılık yasağı ile uyumluluk göstermektedir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi uyarınca vatandaşlık bağının kurulması ve sona erdirilmesinde cinsiyet, din, ırk, renk veya diğer millî veya etnik köken esasına dayalı her türlü ayırım ve uygulama taraf devlet hukuklarından çıkarılacaktır (m.5/1). Gülin Güngör, 'The Acquisition Of Turkish Nationality By Way Of Marriage Following The June 2003 Amendment', (2004) 1(1) Ankara Law Review, 32. Öte taraftan 403 sayılı TVK m.5'de yapılan düzenleme ile bir Türk vatandaşı kadınla evlenen yabancı erkek bakımından Kanun'da zaten var olan imkanların dışında ek bir kolaylık getirilmediği; Türk vatandaşı erkeklerle evlenen yabancı kadına, 2003 yılındaki değişiklikten önce sağlanmış olan seçme hakkının kullanılmasıyla kolay yoldan Türk vatandaşı olma imkanının ortadan kaldırıldığı; yeni düzenleme ile birlikte kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sağlandığı kabul edilecekse bunun ancak kadınla erkeği alt düzeyde bir olanakta birleştirerek sağlandığı değerlendirilmektedir. Rona Aybay, *Vatandaşlık Hukuku*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006) 141.

²⁵ Bu anlamda vatansız eş, yabancı uyruklu eş ile bir tutulmuş; vatansızlığın azaltılması taahhüdü, yalnızca evlenmekle önceki vatandaşlığın kaybı hâllerine hizmet eder duruma gelmiştir. Güngör (n 25) 32; Aybay (n 25) 149.



403 sayılı TVK’da vatandaşlığın evlenme yolu ile oluşumu hususunda daha önceki anlayış ve düzenlemelerden farklı bir yöne sapıldığı için, yeni bakış açısının daha ayrıntılı açıklanması ve usul ve esasların belirlenmesi amacı ile Türk Vatandaşı İle Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik²⁶ çıkarılmış; daha öncesinde 403 sayılı TVK’nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin evlenme başlığını taşıyan 8.madde hükmü yürürlükten kaldırılmıştır²⁷.

Türk Vatandaşı İle Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik’te, 403 sayılı TVK’nın 5. maddesinde sayılan üç yıldan beri evli olma, fiilen birlikte yaşama, evliliğin devamı şartlarına ilaveten fuhuş yapmak, fuhuşa aracılık etmek veya fuhuşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak ve kamu düzeni, millî güvenlik ve genel ahlak açısından sakıncalı olmamak şartlarına da yer verilmiştir²⁸.

403 sayılı TVK’nın yürürlüğüne son veren 29.05.2009 tarihli ve 5901 sayılı TVK’da²⁹ evlenme yolu ile vatandaşlık statüsünün oluşumu, sonradan

²⁶ RG: 24.05.2004/254721

²⁷ RG: 04.05.2004/25452

²⁸ Doktrinde Kanun’da yer almayan şartların Yönetmelik ile getirilmiş olması eleştirilmektedir. Bilgin Tiryakioğlu, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması’, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu-29 Şubat 2008*, (Seçkin, 2008) 91; Rıfat Erten, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler’, (2008) 66(4) Ankara Barosu Dergisi, 51. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “*vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*” (m.66/3) şeklindeki açık çerçeve hükmü sebebiyle doktrindeki haklı eleştirilere katılmakla birlikte niçin böyle bir ekleme yapıldığı ile ilgili, sosyolojik fiili durumun evlilik üzerindeki etkilerini ortadan kaldırmak ve evliliğin maksatlı-danışıklı kurulmamasını temin etmeye yönelik hedefi pekiştirmek gayesi ile kamuoyu baskısı altında ivedilikle hareket edilmesine ilişkin bir motivasyon ihtimali akla gelmektedir. Zira, Türkiye’de kayıtlara geçmiş vakıalar arasında en yaygın görülen insan ticareti biçimi, fuhuşa zorlamadır; ilk örneklerini Sovyetler Birliği’nin dağılmasının ardından iş bulmak için Türkiye’ye göç eden kadınlar oluşturmaktadır. Bu dönemde fuhuşa zorlanan kadınların içinde buldukları çaresizliği bertaraf edeceğine inandıkları en ümitli yol, bir Türk vatandaşı ile evlenmektir. 403 sayılı TVK’nın 5. maddesinin yeni hali uyarınca, İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan inceleme ve soruşturmalarda kanuni şartları haiz yabancı kadınlar arasında, Türk Vatandaşı İle Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik’in 2.maddesi ile işaret edilen durumları karşılayan kadınların, kanun koyucuyu bu düzenlemeyi yapmaya yöneltecek kadar, sayıca çokluğunun belirlenmiş olabileceği değerlendirilmektedir.

²⁹ RG: 12.06.2009/27256

ve yetkili makam kararı ile gerçekleşen bir sonuç ve tek yol olarak³⁰ 16. maddede düzenlenmiştir. Hükümün başlangıcında, 403 sayılı TVK'nın 2003 yılındaki değişiklikten sonraki hâli ile benzer şekilde, evlenmenin, vatandaşlık üzerinde doğrudan tesiri bulunmadığı hususu vurgulanmaktadır. Ancak bir önceki düzenlemeden farklı olarak, Türk vatandaşlığının evlenme yolu ile kendiliğinden oluşmaması kuralına hiçbir istisna getirilmemektedir.

Düzenlemeye esas olarak, gerekçede³¹, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne uyum sağlanması ihtiyacı³² ile 2001 Anayasa değişikliğindeki kadın erkek eşitliğine yönelik hükümler işaret edilmiştir.

Hükümle ilgili olan en önemli yenilik, mülga Türk vatandaşlığı kanunlarındaki sistematik yerleştirmeye ilişkin eleştirileri sonlandırarak vatandaşlık statüsünün evlenme yolu ile oluşumunu yetkili makamın takdirine bırakmasıdır. Dolayısıyla bu yol üzerinden vatandaşlık elde etmek isteyen ve Kanun'daki şartları haiz yabancı eşlerin başvuruda bulunmaları hâlinde İçişleri Bakanlığının takdiri kararına ihtiyaç duyulmaktadır³³.

Hükümde, sırf vatandaşlık elde etmek için maksatlı-danışıklı kurulmuş bir evlilik olmaması-evliliğin gerçekliği- arzusunun ifade tarzından Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlanacak kişiden beklenen vasıflardan ziyade, alt manada, evlilik birliğinin yürütülmesine ilişkin şartlar sıralanarak ideal bir evlilik betimlemesinin yapıldığı düşünülmektedir.

16. maddede evlenme yolu ile Türk vatandaşlığı için başvurulduktan sonra, Türk vatandaşı eşin ölümüne bağlı olarak evliliğin sona ermesi durumunda, başvuru değerlendirme sürecinin devam edeceği ve aile birliği içinde yaşama şartının gözetilmeyeceği ifade edilmektedir.

³⁰ Gerek 2003 yılındaki değişiklikten önce gerekse değişiklikten sonra 403 sayılı mülga TVK'ya göre bir Türk vatandaşı ile evli kişiler yönünden 7. madde uyarınca istisnai yoldan vatandaşlık statüsünün elde edilmesi (m.7/b) de mümkündür. Bu bakımdan bir Türk vatandaşı ile evli olanlar, kendi menfaatlerine uygun biçimde dilerlerse 5. ya da 7. maddede öngörülen şekilde ile Türk vatandaşı olabilir. Doktrinde bu durum, evlilik nedeniyle Türk vatandaşı olma şartlarının zorlaştırıldığı buna karşılık henüz evlenmemiş ve fakat evlenme kararında olan yabancıların kolay yoldan Türk vatandaşı olmalarına imkân sağladığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Sargın (n 24) 36-36.

³¹ Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu 1/458 <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c045/tbmm23045095ss0090.pdf>>ET: 01.05.2021.

³² Sözleşme'nin, Kanun'un hazırlanma gerekçesi olarak gösterilemeyeceği; Türk hukukunda gözetilmeyen hiçbir önemli ilke getirmediği; ayrımcılık yasağına ilişkin kabul ettiği prensibin, Anayasası'nın 10. maddesi sebebiyle Türk vatandaşlık hukukunda temel oluşturduğuna yönelik eleştiri ve değerlendirme için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine', (2007) 72 TBB Dergisi, 48.

³³ Erten (n 29) 50.



403 sayılı TVK'nın 2003 yılındaki değişiklikten sonraki düzenlemesi ile uyumlu olarak evlenmenin butlana hükmedilmesi durumunda evlenme sırasında butlan sebebinin bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan tarafın, evlenme nedeniyle oluşan vatandaşlık statüsünü koruyacağı bildirilmektedir. Ancak 403 sayılı mülga Kanun'dan farklı olarak butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocukların ana veya babanın iyi niyet durumlarına göre herhangi bir ayırım gözetilmeden, vatandaşlık statüsünün devam edeceğine ilişkin hükme yer verilmemektedir³⁴.

III. MİLLÎ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ BAKIMINDAN ENGEL TEŞKİL EDECEK BİR HÂLİ BULUNMAMA KISTASI

A. Düşünsel Yaklaşım

Millî güvenlik, ülke genelinde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınmasıdır³⁵.

Millî güvenlik kavramının bilimsel tanımının yapılması oldukça güçtür; zira millî güvenlik kavramının ne doğa bilimleri ne de sosyal bilimler alanlarında üzerinde uzun süreler çalışılmış kavramlar gibi niteliği ve belirliliği vardır. Millî güvenlik kavramı daha ziyade ülkelerin politik menfaatlerinin ve koşullarının değişkenliği ile bağlantılı olduğu için siyasal; anayasa dahil hukuk kurallarında işaret edilen bir sınır olması yönüyle hukuksal bir görünüm arz etmektedir³⁶.

Millî güvenlik kavramının modern kapsamı, 17.yy'da otuz yıl savaşları ve İngiliz iç savaşı esnasında doğmuştur. 1648 Vestfalya Barış Antlaşması'nda ulus-devletin yalnızca din gibi iç işleri değil aynı zamanda dış güvenliği de egemen güç olarak kontrol etmesi gerektiği fikri ortaya konmuştur. Yeni ulus-devlet anlayışına göre insanların birbirlerini evrensel birleşme odağı konumundaki din sebebiyle katletmemiş oldukları bir varsayımında barış ve istikrar öğelerinin çok daha iyi birer hizmetkar olabileceği düşünülmüştür³⁷.

³⁴ Bu çocukların, ana ve/veya babaları genellikle Türk vatandaşı olduğu için, soy bağı esasına göre zaten Türk vatandaşı olacaklarından 16. maddede düzenlenmemesi isabetlidir. Tiryakioğlu (n 29); Erten (n 29) 52.

³⁵ Rona Aybay, 'Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu', (1978) 33(1) AÜSBF Dergisi, 68.

³⁶ Aybay (n 36) 60.

³⁷ Emmanual Kant, sınırlı ulusal egemenlik ve haklı savunma amaçlarına adanmış ulus-devletlerin dengesine dayalı bir uluslararası sistemin yaratılması gerekliliği savıyla kaleme aldığı "*Sürekli Barış-Felsefi Bir Taslak*" başlıklı yazısında ulus devletler sisteminin yeni bir aydınlanmış dünya düzeni ile değiştirilmesi lüzumunu dile getirmiştir. Ulus-devletler, millî çıkarlarını ortak menfaatlere tabi kılmalı ve uluslararası hukuk tarafından yönetilmelidir. Böylelikle uluslar üstü kurumların uluslararası ilişkileri yönetmesine dayanan seküler görüş doğmuş; bugünkü liberal enternasyonalizmin küresel dünya görüşüne yansımış ve Birleşmiş Milletlerde tezahür etmiştir. Bu bakımdan millî güvenlik kavramının çeşitli yönleri değerlendirilirken söz konusu düşünsel ivmenin seyri göz ardı edilmemelidir. Kim

Milli güvenlik kavramının tanımlanmasında bazı unsurların belirleyici rolüne dikkat etmek gerekmektedir. İlk unsur, güç unsurudur. Güç, bir ulusun egemenliğinin ve kaderinin kontrolüne sahip olmaktır. Bu, dış mihrakların ülkeye ne ölçüde zarar verebileceği konusunda da belirli bir dereceye kadar kontrol demektir. Dolayısıyla gücün bileşenleri, sert ve yumuşak niteliklere sahip iki uçlu geniş bir yelpazededir. Sert uç, daha çok askeri kanattan, kontrolle; yumuşak uç ise savaş dışı yöntemler kullanılarak ikna etmekle ilgilidir. Diğer unsur, askeri güçtür. Askeri güç, silahlı kuvvetlerin askeri kapasitesi ve kabiliyetini ifade etmekte ve genellikle bir ülkenin gücünün statik ölçüsü olarak anlaşılmaktadır. Ancak askeri güç, muhaliflerin göreceli gücü ve etkin kullanılma derecesi de dahil olmak üzere farklı amaçlarla da kullanılabilir. Bir başka unsur, kuvvettir. Kuvvet, bir hedefe ulaşmak için askerin kullanılması ya da kanunların uygulanması demektir. Kuvvet, bir iktidar aracıdır ve daha çok eylemle ilişkili oluşu onu diğer unsurlardan ayırmaktadır. Son unsur, savunmadır. Savunma, açıkça silahlı kuvvetlerin ulusun egemenliğini ve hakların yaşamlarını koruma kabiliyetini ifade etmektedir³⁸

20.yy boyunca milli güvenlik kavramı askeri yönlü anlaşılmış olsa da kavram zaman içinde boyut kazanmıştır. 1947’de Amerika Birleşik Devletleri, milli güvenlikle ilgili iç, dış ve askeri politikaların entegrasyonu konularında tavsiyelerde bulunmak üzere bir milli güvenli konseyi kurmuştur³⁹. Top yekün savaşların ardından ve nükleer çağın şafağında milli güvenlik kavramının savaşlar ve ordular yönünden tanımlanması geride bırakılmıştır. Bugün artık, milli güvenlik kavramının içine ekonomik güvenlik, enerji güvenliği, siber güvenlik, sağlık ve gıda güvenliği hatta kadın güvenliği konuları dahil edilmektedir⁴⁰.

Milli güvenliğe tam olarak neyin tehdit oluşturduğuna dair net kriterler getirmek gerekmektedir. Mesela milli güvenlik, milletin tamamına mı bir bölümüne yönelik bir tehdit ile mi ilgilidir; ya da tehdidin, tolere edilebilir niteliği haiz midir? Milli güvenlik ile ilgili kabul edilen faktörler, dahili ya da harici faktörler midir? Dahili ise, yabancı ya da anayasaya ve hukuka aykırı kaynaklardan mı gelmektedir? İnsanların özgürlüklerini mi hedef almaktadır? Milli güvenlik sınırını aştığı kabul edilecek eylemlerde amaç, eleştiri hakkının

R. Holmes, *What Is National Security*, (Index Of U.S Military Strenght, 2015), 17; Samuel M. Makinda, ‘Sovereignty and International Security: Challenges For The United Nations’, (1996) 2(2) Global Governance, 51.

³⁸ Holmes (n 38)17.

³⁹ Milli güvenlik kavramının kazandığı yeni boyut Amerika Birleşik Devletleri’nde ve onu izleyen diğer devletlerde milli güvenlik konuları ile ilgili olarak kurulan yeni devlet örgütlenmeleri birtakım siyasal ve hukuksal sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda doğan hukuksal sorun alanı, anayasal özgürlüklerin kısıtlanması için milli güvenlik kavramına başvurulmasıdır. Aybay (n 36) 61.

⁴⁰ Holmes (n 38)19.



kullanılması kapsamında muhalif ya da protesto eylemi midir? Millî güvenlik kavramı ile ilişkin tutulacak durumların kaynağında afet gibi doğallık mı yoksa mı insan üretimi olması sebebiyle yapaylık mı vardır⁴¹? Şurası açıktır ki, toplumun siyasal, sosyal ve ekonomik yapı ve mekanizmalarını yıkmayan, sarsmayan, zedelemeyen durumlar ya da bu etkileri doğurmayı amaç edinmeyen eylemler millî güvenlikle ilgili görülemez. Bu kavram, özellikle toplulukların her türlü eylemini kapsamına aldığı takdirde normal hukuk kuralları ile düzenlenmesi ve korunması gereken kamu düzeni kavramı ile karıştırılmış hatta kaynaştırılmış olmaktadır⁴².

Kamu düzeni kavramı da millî güvenlik kavramı gibi, uygulayıcıların görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yoruma elverişli, bu sebeple de keyfiliğe kadar vardırılabılır çeşitli ve aşamalı tatbiki yol açabilecek genel bir kavramdır⁴³. Klasik anlayışta kamu düzeni, bir toplumun maddi ve dış düzenidir. Bu bağlamda kamu düzeni, bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumu olarak tanımlanmaktadır. Kamu düzeni kavramının üç bileşeninden birisi olan kamu güvenliği, kişiye ya da eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğu; kamu huzuru, toplumsal yaşamda düzensizliğin, karmaşanın bulunmayışı, hayatın olağan akışında gitmesi; kamu sağlığı kişilerin bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması, sosyal yaşamın sağlık koşullarına uygun sürmesi demektir. Kamu düzeninin tanımlanmasına yönelik yeni bakış açıları ise genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru gibi unsurlara da yer verilmektedir⁴⁴.

B. Yasal Yaklaşım

Vatandaşlık hukuku alanında millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstasına, kanun hükmü olarak ilk defa 5901 sayılı TVK'da yer verilmiştir.

Kanun'da, Türk vatandaşlığının sonradan ve yetkili makam kararı ile ilk defa oluşması yolları arasında millî güvenlik ve kamu düzeni kavramına referans veren tek düzenleme 16. madde değildir⁴⁵; bundan başka Türk vatandaşlığının olağan yoldan elde edilmesini düzenleyen 11. maddedeki başvuru şartları

⁴¹ Holmes (n 38) 20-21; Makinda (n 38)151-152.

⁴² Aybay (n 36) 66.

⁴³ Aybay (n 36) 65.

⁴⁴ Kemal Gözler and Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, (Ekin, 2015) 245.

⁴⁵ Doktrinde, millî güvenlik ve kamu düzeni kıstasına vatandaşlığın evlenme yolu ile oluşmasını düzenleyen hükümde yer verilmesi şaşırtıcı karşılanmakla birlikte Kanun'daki bütünlüğe yollama yapılarak Türk vatandaşlığını, sonradan ve yetkili makam kararı ile oluşturan tüm yollarda bu durumun gözetildiğinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. B. Bahadır Erdem, 'Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme İle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme', *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu-29 Şubat 2008*, (Seçkin, 2008) 102; Tiryakioğlu (n 29) 91.

arasında (m.11/1-g), istisnai hâller kapsamında elde edilmesini düzenleyen 12. maddenin başlangıcında ortak tek kriter olarak (m.11/1), evlat edinilme yolu ile elde edilmesini düzenleyen 17. maddesinde küçükte gözetilen bir durum olarak (m.17/1) milli güvenlik ve kamu düzeni yönünden engel teşkil etmeme hâline yer verilmektedir. Öte taraftan Türk vatandaşlığının sonradan ve yetkili makam kararı ile ikamet şartlı ve ikamet şartsız yeniden oluşması yollarını düzenleyen 13. ve 14. maddelerde ise yalnızca milli güvenlik bakımından engel bulunmama hâline yer verilmiştir⁴⁶. Sayılan düzenlemelerin hiç birinde milli güvenlik ve kamu düzeni kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama ya da örnekleme bulunmamakla birlikte⁴⁷, 11. maddenin genel gerekçesinde milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartı ile güdülen amacın, milli güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşı olmalarını engellemek olduğu bildirilmektedir. Madde gerekçesindeki ifade tarzından anlaşıldığı üzere kırmızı çizgide görülen eylemlerin öznesi olan kişilerin Türk vatandaşı olmaları engellenmek istenmektedir. Bu bakımdan evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını talep eden yabancıların, bizzat kendisinin milli güvenlik ve kamu düzeni anlayışı içinde risk görme sınırını aşmış olması gerekmektedir. Gerekçede geçen “*bu gibi kişilerle ilişki içinde bulunanlar*” ifadesi ile kastedilenin milli güvenlik bakımından tehlikeli ve ülke bütünlüğünü bozacağı kabul edilen eylemlerin sahipleri ile kurulan iş birliği ilişkisi olduğu; bir evlilik ilişkisindeki diğer eşe gönderme yapılmadığı düşünülmektedir.

⁴⁶ TBMM’de 29.05.2020 tarihinde gerçekleşen 95. birleşimde CHP adına konuşan Mersin Milletvekili Ali Oksal, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramların ayrıştırılmış olmasını; “*bu düzenleme ve bu ifade değişikliği milli güvenlik ve kamu düzeninin birbirinin yerine geçebilecek kavramlar olarak anlaşılması ve bu yüzden ikisinden birinin kullanılmasının yeterli görülmesi gibi çok yanlış bir anlamaya meyil verir niteliktedir. Milli güvenlik ve kamu düzeni birbirinin ikamesi olamaz ancak birbirinin tamamlayıcısı olabilir. Bu nedenle, birbirleriyle bağlantısız gibi yansıtılmaları da doğru olmayacaktır*” sözleri ile eleştirmiştir. TBMM Tutanak Dergisi, 45(3) 704 <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c045/tbmm23045095.pdf>>ET: 05.05.2021.

TVK m.13/1’e milli güvenlik ibaresinden sonra gelmek üzere “ve kamu düzeni” tabirinin eklenmesine yönelik verilen önergede MHP adına konuşan Konya Milletvekili Faruk Bal, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının farklı olduğunu ve birinin diğerinin ifade ettiği anlamı içermediğini; zira milli güvenlik kavramı, daha ziyade dışarıdan gelen tehdit ve tehlikelere karşı alınacak tedbirleri içeren bir anlama sahipken kamu düzeni kavramında yurt içinde bulunan birtakım düzen bozucu faaliyetleri içeren bir anlamın var olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. TBMM Tutanak Dergisi (n 47) 755.

⁴⁷ Bunun sebebi, şartı ihtiva eden tüm yolların Türk vatandaşlığını sonradan ve yetkili makam kararı ile oluşturan yollar olmasıdır. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin kanun koyucu tarafından lafzen sınırlandırılmak istenmediği düşünülmektedir.



Hangi faaliyetlerin millî güvenlik ve kamu düzenini bozan faaliyetler olduğunu belirleme hususunda idareye verilmiş takdir yetkisinin içeriğini somutlaştırmak bakımından Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulamasına İlişkin Yönetmelik⁴⁸ m.72/5'te Türk vatandaşlığına engel teşkil eden durumlar açıkça sayılmaktadır⁴⁹. Buna göre; anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkmaya yolunda faaliyette bulunan; bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yapan veya bunları maddî olarak destekleyen; Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁵⁰ kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyette bulunan, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katılan; silah ve uyuşturucu kaçakçılığı yapan; insan kaçakçılığı ve insan ticareti yapan veya yapanlarla ilişki içinde bulunan⁵¹; taksirli suçlar hariç, ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklaması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi altı aydan fazla hapis cezası bulunanlar, Türk vatandaşı olamazlar. Hükümden, taksirli suçlar dışındaki tüm suçlar bakımından ucu açık bir düzenleme yapıldığı; yabancıların, Türk vatandaşlığını engelleyen söz konusu suçları işlediği zaman ve şartların dikkate alınmadığı; hayatının herhangi bir döneminde, örneğin yaşı küçükken ya da iradesi ortadan kaldırılarak, suça karışmakla evlendiği dönemde bu suçları işlemek arasında bir fark yaratılmadığı anlaşılmaktadır. İlaveten, tahdidi bir belirleme yapılacaksa, TVK m.16 kapsamındaki başvurular bakımından, özellikle kadına şiddet ve çocuk istismarı dahil her türlü cinsel suç ibaresinin Yönetmelik hükmünde vurgulanması gerekmektedir.

Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme hâli, evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılar bakımından başvuru şartı değil; başvurudan sonra ele alınan bir değerlendirme kıstasıdır⁵².

⁴⁸ RG: 06.04.2010/27544

⁴⁹ Yönetmelik m.72/5'te, açıkça millî güvenlik ve/veya kamu düzeni ibareleri geçmemektedir; bununla birlikte, doktrinde, içeriği itibariyle hükmün, millî güvenlik ve kamu düzeni şartıyla ilgili olduğu yönünde bir kabul bulunmaktadır. Rıfat Erten, 'Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak', (2020) 40(2) PPIL,1359.

⁵⁰ RG: 1204.1991/20843

⁵¹ Yukarıda açıklandığı üzere burada da "ilişki" ifadesi ile evliliğin kastedilmediği ve diğer eşe gönderme yapılmadığı düşünülmektedir.

⁵² Ancak Kanun'un lafzi yorumundan çıkarılabilecek bu sonuç, Yönetmeliğin 25 ve 26. maddeleri ile desteklenmemektedir. Yönetmelik'te evlenme yolu ile vatandaşlık başvurularında başvuru belgeleri arasında "herhangi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunuyorsa onaylı bir örneği" sayılmakta (m.26); 25.maddede başvuru sahibinin herhangi bir suçtan dolayı yargılamasının devam edip etmediği veya hüküm giyip giymediği ya da tutuklanıp tutuklanmadığına ilişkin araştırmanın müracaat makamlarınca yapılacağı bildirilmektedir. Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstası, bir başvuru şartı olmamasına rağmen öyle kabul edilse dahi Yönetmelik düzenlemelerinin yine lafzi anlamda Kanunla örtüşmediği hususu doktrinde

5901 sayılı TVK m.16 kapsamında Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılardan başvuru için gerekli şartları taşıyanlar adına Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu tarafından (TVK m.18/1) bir vatandaşlık dosyası düzenlendikten sonra kişi hakkında karar verilmek üzere dosya, İçişleri Bakanlığına gönderilmektedir (TVK m.19/1). Kanun hükmünden, bu aşamada, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlin bulunup bulunmadığının, Bakanlık tarafından değerlendirileceği anlaşılmaktadır. Yönetmelik'te ise evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmak isteyen ve başvuruda aranılan şartları taşıdığı anlaşılan yabancı adına bir başvuru dosyası hazırlandıktan sonra dosyanın, yabancı hakkında soruşturma yapılması için il emniyet müdürlüğüne gönderileceği (TVKUY m.27); milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlin bulunup bulunmadığının il emniyet müdürlüğüne araştırılacağı, oluşan olumlu ya da olumsuz kanaatin soruşturma formuna açıkça yazılarak, ilgili tutanakları ekli dosyanın inceleme ve araştırma yapılmak üzere il müdürlüğüne; oradan da Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu'na gönderileceği düzenlenmektedir (TVKUY m.28/1). Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, milli güvenlik ve kamu düzeni anlayışı içinde risk görme sınırını aşan davranışlara örnek olarak Yönetmelik m.72/5'te sayılanların hiç birisinin kanaat gerektirmemesi; bilakis işlenmiş suçlar olmasıdır. Bu bakımdan il emniyet müdürlüklerince tertip edilecek dosyanın kanaat bildiren bir içerikten ziyade tespit içeren bir dosya olarak hazırlanması lüzumu doğmaktadır.

Evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmak isteyen kişiler hakkında milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir hâlin bulunup bulunmadığına yönelik yürütülen araştırma ve soruşturmanın geçerlilik süresi bir yıldır. Ancak gerekli görüldüğü takdirde bu süre bitmeden de yeni bir araştırma ve soruşturma yapılabilir (TVKUY m.72/4).

İdare tarafından takdir yetkisini olabildiğince genişleten bir ölçüt olarak kullanılmasına imkân yaratması bir tarafa bırakılacak olursa, iyi niyetli bir bakış açısından, milli güvenlik ve kamu düzeni kalkanı, Türkiye'yi ve Türk toplumunu doğrudan korumaya yöneliktir. Söz konusu korumanın, Türk vatandaşı eşinden dolayı vatandaşlığına geçmek isteyen yabancıyı bu iradesini destekleyecek kuvvetli dahili bir bağlantı yaratılarak; yani ikamet

ifade edilmiştir. Buna göre Yönetmeliğin 25. maddesinin (c) bendi milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâl kavramı içinde değerlendirilebilebile *“herhangi bir suçtan dolayı yargılamasının devam ettiği...”* şeklindeki düzenleme gereğince, evlilik yoluyla Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıyı başvurusunun reddedilmesi ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan masumiyet karinesine aykırılık yaratmaktadır. Zira genel ve soyut anlamda masumiyet karinesi uyarınca, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamamaktadır. Kamuran Reçber and Zeynep Özgenç, ‘5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar’,(2016) LXXIV(1) İÜHF, 380.



şartı getirilerek sağlanacağı düşünülmektedir. Oysa TVK m.16'nın şartlarına bakıldığında, yetkili makam kararı ile sonradan ve olağan yoldan vatandaş olmayı temin eden 11. maddede aranıldığı gibi yabancı eşte Türkiye'de ikamet etme şartının aranmadığını görülmektedir⁵³. O hâlde aile yaşamını yurt dışında kurmuş ve toplumsal entegrasyonunu Türkiye dışında bir yerde yaşayanlar ile sağlamış bir Türk vatandaşının evlenmesi ihtimalinde Türkiye'de hiç ikamet etmemiş yabancı eşinde aranılan millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstası ile yaratılmak istenen koruyuculuk etkisinin oldukça zayıflayacağı değerlendirilmektedir. Öte taraftan

⁵³ Amerika Birleşik Devletleri'nde daimî ikamet için yasal olarak kabul edildikten sonra eşi Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan herhangi bir kişinin vatandaşlığa kabulü mümkündür. Ancak bunu için ilgilinin Amerika Birleşik Devletleri'nde en az üç yıl kesintisiz ikamet etmiş (üç yıllık ikamet süresinin yarısını oluşturan süre boyunca Amerika Birleşik Devletlerinde fiziksel olarak bulunma ve başvuru yapılmadan önceki üç ayın da başvurunun yapıldığı eyalet ya da hizmet bölgesinde geçirilmesi şartıyla) ve başvurunun yapıldığı tarihten önceki üç yıl boyunca Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı eş ile birlikte, eş tarafından dövülmüş ya da aşırı zulme maruz kalmış olma durumları hariç, evlilik birliği içinde yaşamış olması gerekmektedir (INA Title 8-Chapter 12-Subchapter III §1430-a)<<https://uscode.house.gov>> ET: 05.05.2021.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde eşlerin vatandaşlık statüsü yüklenmeleri, nakil (A08=naturalisation spouse transfer) ve yayma (A13=naturalisation spouse extension) biçiminde iki yoldan mümkün olmaktadır. Nakil, vatandaşlık statüsünün, halihazırda söz konusu ülkenin vatandaşı ile evli olunması sebebiyle diğer eşe aktarılması; böylece eşlerin vatandaşlık statülerinin en azından bir ülkenin vatandaşlığında ortaklaştırılmasıdır. Yayma ise başlangıçta yabancı olan her iki eşten birinin vatandaşlığa alınmasının eş zamanlı olarak diğer eşe kadar genişletilmesidir.

Birlik üyesi neredeyse her ülke vatandaşlık imkanını eşlere A08 üzerinden sağlamaktadır. Eşlerin vatandaşlığını, ikamet temelli vatandaşlık edinme yolundan ayıran bazı ilave özellikler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ikamet şartının yanında belirli bir asgari evlilik süresinin istenmesidir. İkincisi, ikametini aynı zamanda paylaşılan bir evde olmasıdır. Eşlerin vatandaşlığı ile ikamet temelli vatandaşlık edinme yolu arasında vatandaşlık testleri, dil becerileri ya da idari ücretler, hatta halihazırda vatandaş olan kişinin vatandaşlık süresi gibi maddi ve usuli koşullar yönünden de farklılıklar bulunabilmektedir. Mesela Alman vatandaşlarının eşleri, çifte vatandaşlığı kabul etmek için bir neden olmadıkça ve belirli entegrasyon gereklilikleri yerine getirilmedikçe önceki vatandaşlıklarını terk etmek koşulu ile vatandaşlığa geçme hakkını haizdir. Ancak bunun için idari uygulamaya göre üç yıllık ikamet ve iki yıllık evlilik şartlarının yerine gelmesi; ilaveten başvuru sahibinin kendisini Almanca ifade edebilmesi gerekmektedir.

Son olarak kayıtlı heteroseksüel veya eşcinsel birliktelikler ve eşcinsel evlilikler için eş statüsünün nakli yolu ile vatandaşlık edinilebilmektedir.

Hiçbir Avrupa Birliği ülkesinde evlenme yolu ile vatandaşlık statüsünün oluşumunda güvenlikle ilgili bir şart aranmamaktadır. Anuscheh Farahat and Kay Hailbronner, *Report On Citizenship Law: Germany, Globalcit, Country Report 2020/5*, (March 2020) 20; Kristen Jeffers and Iseult Honohan and Rainer Bauböck, *How To Measure The Purposes Of Citizenship Laws: Explanatory Report For The Citlaw Indicators*, (Globalcit, 2017) 10, 36; Sara Wallece Goodman, *Naturalisation Policies In Europe: Exploring Patterns Of Inclusion and Exclusion*, (EURO Citizenship Observatory, 2010) 28.

acla, özellikle milli güvenlik kavramının inşasında yapı taşı olarak yalnızca tek bir ülkenin değil ve fakat o ülkenin değerlerini ya da çıkarlarını paylaşan müttefiklerinin toplumsal güvenliği hatta dünyadaki tüm insanların güvenliği, sağlığı, genel ahlakı ve refahının da mı ekleneceği sorusu da gelmektedir.

Yabancı ile -bilhassa kadın- evlenmeye yönelik temkinli, savaş söz konusu ise endişeli yaklaşımın, modern vatandaşlık hukukunda terk edildiği hususu hatırlandığında, 5901 sayılı TVK m.16/1-c’de zikredilen milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından risk görme sınırını aşan durumun evlenme yolu ile Türk vatandaşı olma değil; Türk vatandaşı ile evli olan kişinin eylemlerinin sonuçları olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan burada mercek altına alınan evlilik değildir; aksinin kabulü hâlinde kanun koyucu, dolaylı da olsa, evliliğe dokunmak için bir fırsatı daha yakalamış olacaktır. Dolayısıyla milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâli bulunmama kıstası, tamamıyla ve sadece başvuru sahibinin kendisi yönünden araştırılacak bir durumdur.

5901 sayılı TVK m.16/1-c’ye bir başvuru şartı değil ve fakat değerlendirme kıstası olarak yaklaşıldığında ortaya çıkan bir diğer durum, m.16/1-c’de ifade olunan evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama hâli ile arasındaki sınırın belirsizleşmesidir⁵⁴. Zira fuhuş yapmak, fuhuşa aracılık etmek, insan ticareti yapmak gibi yasa dışı faaliyetler ve yapılan işlemler, sadece m.16/1-b değil; aynı zamanda milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kapsamında da Türk vatandaşlığı statüsünün elde edilmesine engel olabilmektedir⁵⁵.

Son olarak milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamaya yönelik yapılacak araştırmanın özellikle, Türk vatandaşlığı kaybettirilenler⁵⁶ ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Kanunu⁵⁷ uyarınca

⁵⁴ Bu durumda yargı kararları gerekçelendirilirken, son tahlilde, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama kıstasının, milli güvenlik ve kamu düzeni kıstası açısından bütünlediği etki ile birlikte vurgulanması ihtiyacı duyulabilmektedir. Bkz. Ankara BİM 10.İdare Dava Dairesi 18.08.2017 tarihli ve 2017/436 (E); 2017/453 (K) sayılı kararı <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 10.03.2021.

⁵⁵ Doktrinde özellikle gerçek bir evliliğin bulunduğu hâllerde m.16/1-c’nin başlı başına önem kazanacağı değerlendirilmektedir. Buna göre, gerçek bir evliliği bulunduğu tespit edilen kişilerin, vatandaşlık başvuruları hakkında m.16/1-c kapsamında kamu düzeni bakımından yapılacak bir araştırmada, “*bozulan kamu düzeninin evlilikle birlikte somut olayda yeniden tesis edilip edilmediğinin*” ya da genel olarak “*kamu düzenine aykırılığın devam edip etmediğinin*” belirlenmesi uygun olacaktır. Gülin GÜNGÖR, *Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler ve Şeyler*, (Yetkin, 2019) 141-142.

⁵⁶ 1312 sayılı mülga TVK’nın yürürlükte olduğu dönemde, bu ihtimal dönemin doktrinince Türk vatandaşlığından ıskat edilenler yönünden tartışılmış; bir görüş, ıskat edilmiş kadının evlenme yoluyla Türk vatandaşı olamayacağını ileri sürerken (Berki, s.52) başka bir görüş buna engel bir hükmün bulunmadığını belirtmiştir. Fişek (n 7) 90.

⁵⁷ RG: 11.04.2013/28615



terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olduğu (m.54/1-b) ya da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu (m.54/1-d) için hakkında sınır dışı edilmiş kişilerin⁵⁸ Türk vatandaşları ile evlenmeleri ihtimalinde işlev göreceği düşünülmektedir.

C. Yargısal Yaklaşım

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığına kabul konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarının anlaşılabilmesi için yargısal denetim, önem arz etmektedir⁵⁹. Türk hukukunda idari işlemlerin yerindeliliğinin, yani ihtiyaca uygun olup olmadığının denetimi, yargısal denetimin dışında bırakılmıştır (Anayasa m.125/4; İdari Yargılama Usulü Kanunu⁶⁰ m.2/2). Dolayısıyla 5901 sayılı TVK m.16/1-c uyarınca millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel hâli bulunmamak kıstasında idarenin takdir yetkisinin kullanımına ilişkin yargısal denetim, hukuka uygunluk yönünden yapılmaktadır⁶¹.

Aşağıda, seçilerek özetlenmiş bir dizi ihtilaf üzerinden millî güvenlik ve kamu düzeni kıstasının mahiyeti, yargısal yaklaşımlardaki ikiliğe uygun şekilde, Türk vatandaşlığını talep eden yabancı ve Türk vatandaşı eş bakımından izlenmeye çalışılacaktır.

⁵⁸ Bu konu ile ilgili olarak Türk Vatandaşlık Kanunlarının hiçbirisinde bir hüküm bulunmamakla birlikte 1938 yılında kabul edilmiş olan 3529 sayılı Ecnibelerin Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un (RG: 16.07.1938/3961) 25. maddesinde “*Bu kanun mucibince sınır dışı edilmiş olan veya umumi hükümlere göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş bulunan ecnebi kadınlarla sınır dışı edilmesine veya vatandaşlıktan iskatına evlenme muamelesinin tekemmülünden evvel karar verilen ecnebi kadınlar 1312 sayılı TVK’nın 13. maddesi ile ecnebi kadınlara bahşedilen haktan istifade edemezler*” hükmüne yer verilmiştir. Aybay (n 6) 81.

⁵⁹ İdareye takdir yetkisi, belirli bir amaç için verilmektedir. İdare takdir yetkisini, iyi niyetle ve makul şekilde kullanmalı, idari işlemin etkilediği kişileri dinlemek dahil, belirli usulleri takip etmelidir. İdarenin, takdir yetkisini bu sınırlar içinde kullanmadığı her durumda hukuksal amaca aykırı davranmış ve yetkisini suiistimal etmiş olmaktadır. Bu yönden, takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda idari yargı organları, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemleri, keyfiliği önlemek ve kişilerin haklarını korumak için denetlemektedir. Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (XII Levha, 2021).45-47, 117-120.

⁶⁰ RG:20.01.1982/17580

⁶¹ Millî güvenlik ve kamu düzeni gibi değer yaratan -normatif-kavramların somut olaya uygulanmasının sadece idareye bırakılması ile mahkemelerin bunu denetleyerek kendi iradelerini, idarenin yerine ikame etmeleri hususunda tartışma mevcuttur; zira burada belirli bir şey ya da gerçeğin tasvirine dayanan ve “tek doğru karar” olarak kabul edilebilecek bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla idari yargı organlarının, belirsiz kavramlara dayanılarak tesis edilen idari işlemlerin yargısal denetiminde, bu belirsiz kavramların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekmektedir. Kaya (n 60) 45-47.

1. Türk Vatandaşı Olmak İçin Başvuran Yabancınnın Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Etmesi

a. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesinin 10.02.2020 tarihli kararına⁶² konu olayda 26.09.2014 tarihinde bir Türk vatandaşı evlenen İran vatandaşı, TVK m.16 kapsamında başvuruda bulunmuş; başvuru, m.10 ve m.16/1-c'deki şartları sağlamadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.

Başvurusureddedilenİrân vatandaşı, iptal davası açmış; davası reddedilmiştir. Bunun üzerine görülen istinaf davasında dosyanın incelenmesinden İran vatandaşı davacı hakkında Tevhid-Selam Terör Örgütü (Kudüs Ordusu) yöneticisi olmak suçundan işlem yapıldığı anlaşılmış; olayla ilgili davacının yanı sıra on bir kişi hakkında daha terör örgütüne üye olmak suçundan dolayı yapılan soruşturma sonucunda tahkikatı yapılan şüpheliler açısından ilgililerin bu nevi bir örgüt yapısına dahil oldukları ve elde etmiş oldukları birtakım bilgileri casusluk maksadıyla İran'daki yetkililere ilettiklerine dair herhangi bir delilin elde edilemediği, İran'da rejim sisteminin ihracı ile şia mezhebinin kabul ettirilmesi, tanıtılması şeklindeki faaliyetlerin misyonerlik kapsamında kaldığı ve bizatihi suç oluşturmadığı, şüphelilerin bu maksadı aşan herhangi bir eylemine yönelik delil tespit edilemediği sonucuna varılmıştır.

Bu durum karşısında “*Türk vatandaşı ile evlendiği tarihten itibaren TVK m.16'da belirtilen şartlara uygun bir yaşam sürdüğü ve evlilik birliği ile bağdaşmayacak hiçbir faaliyette bulunmadığı anlaşılan davacının, hakkında terör örgütü üyesi olma suçundan yapılan soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği ve idarece işleme dayanak olarak başkaca bir gerekçe gösterilmediğinden Türk vatandaşlığına alınmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık; bu işlemin iptali istemi ile açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında da hukuki isabet görülmemiştir*” şeklindeki gerekçe ile davacının istinaf talebi kabul edilmiş; Ankara 13.İdare Mahkemesince verilen kararın kaldırılmasına; dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

İhtilafa konu işlemin iptali, kanaatimizce isabetlidir; zira davacının, TVK m.16 kapsamında başvuruda bulunabilmek için aranan süre ve evliliğe devam şartlarını sağlamasına; aile yaşamını, kanunda tarifi verildiği üzere sürdürmesine; makbul bir eş olarak evliliğe uygun davranışlar sergilemesine; hakkındaki emniyet araştırmasının neticesinde mahzur teşkil etmediği anlaşılmasına rağmen yalnızca soruşturulmuş olmasından hareketle başvurunun reddedilmesi TVK m.16'nın amacına, milli güvenlik ve kamu düzeni kıstasının ruhuna aykırıdır; ilaveten takdir yetkisinin suiistimalidir.

⁶² Ankara BİM, 10.İDD 2020/269 (E); 2020/129 (K)<<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.



b. Danıştay 10.Dairesinin 03.11.2020 tarihli kararına⁶³ konu olayda TVK m.16 kapsamında yaptığı başvurusu reddedilen Yunanistan vatandaşı davacı, idare mahkemesinde dava açmıştır. Mahkemece yapılan yargılamada, uyumsuzluğa konu olayda Türk vatandaşı olmak isteyen davacı hakkında güvenlik birimlerince yerinde yapılan araştırmalar sonucu düzenlenen tutanaklarda davacının evlilik birliği içerisinde eşi ile birlikte oturduğu, dava açıldığı tarihte bebek bekledikleri, komşuları ile geçimli olduğu, Türk kültürü ve örf-adetleri ile uyumlu bir ortak hayatın sürdürüldüğu; Vatandaşlık İnceleme ve Araştırma Komisyonu Mülakat ve Değerlendirme Formu'nda da TVK m.16'daki şartların mevcudiyetinin saptandığı hususları vurgulanmıştır. Ayrıca kararda, evlenmeden önce, davacının, resmi belgede sahtecilik suçundan yargılandığı davada ağır ceza mahkemesinin zamanaşımı sebebiyle bu davayı düşürdüğu; asliye ceza mahkemesinin kararıyla davacının, reşit olmayan mağdureyi rızası ile alıkoymak ve rızasıyla birden fazla ırzına geçip kızlık bozma suçunu işlediğine dair mahkumiyeti gerektirecek kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı gerekçesi ile beraatına karar verildiği; bu davanın temyiz sürecinde ise bozma kararı verilmiş olmakla birlikte bu hususun yeniden yargılamayı gerektirmemesi sebebiyle sanık hakkındaki kamu davasının zamanaşımı sebebiyle düşmesine karar verildiği; Türk vatandaşı olmak isteyen davacı hakkındaki tüm bu kararların ceza ve mahkumiyet kararları olarak addedilemeyeceği, aksinin kabulünün masumiyet karinesinin ihlali anlamına geleceği belirtilerek vatandaşlık talebinin reddedilmesine ilişkin işlem iptal edilmiştir.

Davalı idarenin temyiz başvurusu üzerine görülen davada, resmî belgede sahtecilik ve reşit olmayan mağdureyi rızasıyla alıkoymak ve rızayla birden fazla ırzına geçip kızlık bozma fiillerinin içerisinde yer alınmasının tek başına vatandaşlık başvurusunun reddi için yeterli geldiği; Yönetmelik'te bu fiiller hakkında yargı ya da mahkûmiyet kararı aranmadığı ve bu konuda idarenin takdir yetkisini kullandığı savunmasında bulunulmuştur.

Yapılan değerlendirmenin sonucunda dava konusu işlemin iptali yönündeki ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına karar verilmiştir⁶⁴.

⁶³ 2016/2785 (E); 2020/ 4434 (K)<<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.

⁶⁴ Vatandaşlık işlemlerinde hükümlerlik anlayışı gerekçe gösterilerek takdir yetkisini genişleten; araştırma ve soruşturmalarda zaman sınırı gözetmeyen anlayış sebebiyle iki adet karşı oy yazısına katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Danıştay 10. Dairesinin 22.12.2020 tarihli benzer yöndeki bir başka onama kararına (2020/1408 (E); 2020/6789 (K)) yönelik karşı oy yazılarında da evlenme yolu ile Türk vatandaşlığına kabul konusunda idarenin takdir yetkisine sahip olduğu; millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstasının bir mahkumiyete bağlanmamış olması gerekçesi ile, bu takdir yetkisinin en geniş şekilde kullanılacağı; idare tarafından değerlendirme yapılırken özellikle uyuşturucu, kaçakçılık, hırsızlık, fuhuş, terör ile ilgili vakıaların dikkate alınmakta olduğu belirtilmiştir.

Onama kararı, masumiyet karinesinin ihlâl edilmemiş olması yönünden önemli olduğu kadar TVK m.16/1-c kapsamındaki değerlendirmelerde zaman sınırının gözetilmiş olması yönünden de önem arz etmektedir. Evlilik birliğine dahil olmuş bir yabancıнын bu sebepten ötürü vatandaşlık talebinde bulunduğu durumlarda milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından sakıncalı kabul edilecek hâle evlendikten sonra geçmiş olması ile bu kapsamdaki eylemlere evlenmeden önce girişmiş olması arasında vatandaşlık başvuru yolu (TVK m.16) ve kıstasın (TVK m.16/1-c) anlamı ve mahiyeti bakımından nüans bulunduğu düşünülmektedir.

c. Danıştay 10.Dairesinin 01.12.2020 tarihli kararına⁶⁵ konu olayda TVK m.16 kapsamında yaptığı başvurusu reddedilen Bulgaristan vatandaşı davacı, idare mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün, davacı hakkında asliye mahkemesince daha önceden verilen imar kirliliğine neden olma suçundan bir yıl süre ile denetim süresine tabi tutma kararına dayanan ret gerekçesini, TVK m.16/1-c kapsamında değerlendirmemiş; davacının uzun yıllardır Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşadığını, Türk vatandaşı eşin de Türk vatandaşlığını sonradan elde ettiğini, bu durumun evlenme sebebiyle Türk vatandaşı olmayı isteyen davacı bakımından olumlu görülmesi gerektiğini belirterek dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile iptal kararı vermiştir.

Davalı idarenin temyiz başvurusu üzerine Danıştay onama kararı vermiştir. Onama kararının ardından davacının imar kirliliğine neden olmak suçundan bir yıl süre ile denetim süresine tabi tutulmasının açıkça kamu düzenini bozmaya yönelik eylem niteliği taşıdığı ve vatandaşlık ile ilgili nihai kararın Bakanlığın yetkisinde bulunduğu hususlarına işaret edilerek davalı idare tarafından, karar düzeltme talebinde bulunulmuştur.

Yapılan değerlendirmenin sonucunda uyuşmazlıkta TVK m.16/1-c ile; Yönetmelik m. 72/5’te ertelenmiş olsa da altı aydan fazla hapis cezası alanların Türk vatandaşlığına alınamayacağı yolundaki düzenleme karşısında, imar kirliliğine neden olmak suçundan hapis cezası ile cezalandırıldığı, hükmolunan

Yine Danıştay 10.Dairesinin 11.04.2016 tarihli bir kararında, 1985 yılında Türk vatandaşı Emine Durhasan ile evlenmiş olan Lübnan vatandaşının bu evlilikten bir çocuğunun dünyaya geldiği; ilgilinin çalışma izni alarak Türkiye’de çalıştıktan sonra 2012 yılında emekliye ayrıldığı, Türk vatandaşlığını talep eden ilgili hakkında 1981 yılında Birinci Ordu Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Savcılığı tarafından Filistin Kurtuluş Örgütüne üye olduğu iddiası ile soruşturma açılmış ise de bu soruşturmanın sonucunda takipsizlik kararı verildiği, bu tarihten sonra da söz konusu kişi hakkında herhangi bir soruşturma vs. bulunmadığı gerekçesi ile Ankara 16. İdare Mahkemesi tarafından verilen 20.02.2013 tarihli iptal kararı (2012/1370 (E); 2013/233 (K)) hukuka uygun bulunmuştur. <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.

⁶⁵ 2020/993 (E); 2020/ 5486 (K)<<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.



bu hapis cezasının ertelendiği görüldüğünden, davacının, Türk vatandaşlığına alınmaması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır. Bu nedenle davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne; dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararın bozulmasına karar verilmiştir⁶⁶.

TVKUY m.72/5 hükmü, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmak için başvuruda bulunan tüm yabancılar yönünden, başvuru yoluna bakılmaksızın, işletildiği ve taksirli suçlar hariç tüm suçları kapsayarak makul bir ilintileme ölçütü vermediği için idarenin takdir yetkisinin haddinden fazla genişlemesine yol açmaktadır. İmar kirliliğine sebep olmak çevrenin korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunması bağlamında kamu düzeni içinde görülmekle birlikte evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmayı düzenleyen TVK m.16 ile örtüşmediği; bu bakımdan bozma kararının isabet taşımadığı düşünölmektedir.

d. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesinin 03.10.2018 tarihli kararına⁶⁷ konu olayda Afganistan vatandaşı Muhammed Kabeer Nazari, TVK m.16 kapsamında evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmak için başvurmuş; başvurusu, hüviyet cüzdanı, pasaport gibi belgelerde sahtecilik suçundan bir yıl iki ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği gerekçesi ile reddedilmiştir. Bunun üzerine Afganistan vatandaşı davacı, idare mahkemesinde dava açmıştır.

Ankara 4.İdare Mahkemesi, davacı hakkında ilgili birimler tarafından yapılan incelemeler sonucu düzenlenen formlarda olumlu kanaat bildirildiği; arşiv araştırması sonuçlarında da sakıncalı bir duruma rastlanılmadığı; dava devam ederken İstanbul 41.Asliye Ceza Mahkemesinin 02.05.2017 tarihli ek kararı ile davacı hakkında beş yıllık deneme süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediğinin ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlölöklere uygun davrandığının belirlendiği; Fatih 2. Asliye Ceza Mahkemesince 12.05.2010 tarih ve 2009/617 (E); 2010/197 (K) sayılı hükmünün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verildiği; bu kararla davacı hakkında açıklanması muhtemel bir hüküm dahi bulunmadığının görüldüğü için bir Türk vatandaşı ile evlenerek normal bir evlilik yürüten davacının iptal talebini kabul etmiştir.

İdarenin başvurusu üzerine görölen istinaf davasında Türk vatandaşlığına kabul edip etmeme konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu; bu yetkinin ancak kanunun temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması hâlinde,

⁶⁶ Benzer yönde kararlar için bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesi 07.12.2017 tarihli ve 2017/1005 (E); 2017/1198 (K) sayılı kararı; 13.09.2017 tarih ve 2017/739 (E); 2017/670 (K) sayılı kararı <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.

⁶⁷ Ankara BİM, 10.İDD 2018/1235 (E); 2018/1082 (K) <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.

dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı sebebiyle iptalini gerektireceği; idari işlemin amaç unsuru bakımından hukuka aykırı sayılabilmesi için idari işlemin tesis edilmesinde kamu yararı dışında bir amacın gözetilmiş olması gerektiği; Yönetmelik m.72/5 hükmü, anılan Ceza Mahkemesi kararı ile birlikte değerlendirildiğinde uyuşmazlık konusu olayda yabancıları Türk vatandaşlığına kabul edip etmeme konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararına ve hukuka uygun olarak kullanılmadığından söz edilemeyeceğinden davacının evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanma istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde anılan mevzuat hükümlerine ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile idarenin istinaf talebi kabul edilmiş ve Ankara 4. İdare Mahkemesinin kararı kaldırılmıştır⁶⁸.

TVKUY m.72/5 hükmünde sınır belirtmeyen düzenleme sebebiyle, idarenin takdir yetkisini kamu yararı dışında bir amaç için kullanmış olduğunu iddia ve ispat etmenin imkânsız hâle geldiği; bu açıdan bakıldığında evlenme sebebiyle ortak vatandaşlığa sahip olmanın sağlayacağı kolaylıklardan istifade etmek yönündeki yarara erişmenin neredeyse mümkün kılınmadığı değerlendirildiğinden kaldırma kararı yerinde görülmemektedir.

e. Danıştay 10. Dairesinin 29.03.2016 tarihli kararına⁶⁹ konu olayda 11.03.2011 tarihinde TVK m.16 kapsamında yaptığı başvurusu, Emniyet Genel Müdürlüğünce 1992-1993 yılları arasında PKK-KONGRE-GEL paralelinde faaliyet yürüttüğü ve Suriye istihbaratında çalıştığı ifade edildiği için reddedilen Suriye vatandaşı davacı, idare mahkemesinde dava açmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede vatandaşlık başvurusunun reddedilme gerekçesi olarak gösterilen kamu düzeni, milli güvenlik ve genel ahlak açısından sakıncalı bulunma hâlini kanıtlayıcı somut bir bilgi veya belgenin sunulmamış olduğu; ilgilinin 1991 yılından beri bir Türk vatandaşı ile evlilik yürüttüğü, evliliğin menfaat karşılığı yapılmış anlaşmalı bir evlilik olmadığı mülakatta anlaşıldığı ve bu evlilikten altı çocuğun dünyaya geldiği; yaklaşık on beş yıldır Sağlık Bakanlığına bağlı şekilde sözleşmeli olarak doktorluk icra ettiği; kendisine süresiz ikamet izni verilmiş olduğu; herhangi bir sabıkasının veya suç kaydının bulunmadığı, Mersin Valiliğince yapılan soruşturmanın sonucunda da olumsuz bir duruma rastlanmadığı belirtilmiş; dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile iptal kararı verilmiştir.

Davalı idarenin temyiz başvurusu üzerine görülen davada Danıştay 10.Dairesi, Suriye vatandaşı hakkında yapılan inceleme-araştırma ve geçmiş

⁶⁸ Buna karşılık bkz. Fas vatandaşı davacının istinaf talebinin kabul edildiği Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10.İdare Dava Dairesinin 18.10.2017 tarih ve 2017/1038 (E); 2017/907 (K) sayılı kararı <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.

⁶⁹ 2013/3739 (E); 2016/1743 (K) <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.



kayıtların değerlendirilmesi neticesinde ilgilinin kamu düzenini bozucu nitelikte, terör örgütü ve bir başka ülke istihbaratı ile bağlantılı faaliyetlerde bulunduğu tespiti sebebiyle vatandaşlık başvurusunun reddedilmesinin devletin hükümlerine dair bir konu olduğunu belirterek Ankara 5.İdare Mahkemesinin iptal kararını bozmuştur⁷⁰.

Evlenme yolu ile Türk vatandaşı olmak isteyen kişiler hakkında yürütülen araştırma ve soruşturmalarda bir geçerlilik süresinin öngörülmüş olmasının sebebi, yaşam düzeninin hâli hazır durumunun ölçülmesi; milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından oluşan sakıncanın mevcut zamandaki yaygın etkisinin değerlendirilmesi olduğu düşünülmekte; bozma kararı, milli güvenlik ve kamu düzeni yönünden mahzur teşkil ettiği düşünülen sebebin hâlen bir engel olarak görülüp görülmediğinin somut kanıtlar üzerinden incelenmemiş olması gerekçesi ile haklı bulunmamaktadır.

2. Türk Vatandaşı Olmak İçin Başvuran Yabancı Türk Vatandaşı Eşinin Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Etmesi

a. Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.2020 tarihli (2018/35678 (E)) Elmaz Kırımlı başvurusu kararına⁷¹ konu olayda Ukrayna vatandaşı başvuru, 02.06.2013 tarihinde bir Türk vatandaşı ile evlendikten sonra Türk vatandaşı olmak için talepte bulunmuştur. Vatandaşlık İnceleme ve Araştırma Komisyonunca 19.03.2017 tarihinde yapılan mülakatta başvuru ve eşinin evlilik birliklerinin kurulu olduğu; tarafların birlikte ikamet ettikleri, müşterek çocuklarının bulunmadığı, Türk eşin üniversite öğretim elemanı olduğu tespit edilerek dosyaya olumlu kanaat yazılmasına karşılık başvuru hakkında yapılan arşiv araştırması sonucunda somut bir sakıncaya rastlanmamasıyla birlikte Türk vatandaşı eşi ile ilgili olarak istihbaratı nitelikte bilgiler bulunduğu gerekçesi ile vatandaşlık başvurusu, İçişleri Bakanlığınca reddedilmiştir.

Türk vatandaşı olma talebi reddedilen başvuru ve eşinin 05.01.2018 tarihinde açtığı iptal davasının neticesinde Ankara 10.İdare Mahkemesi, başvuru ve eşinin 5901 sayılı TVK m.16/c'de yer alan milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli olmama kısıtasını sağlamadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir.

İstinaf yoluna taşınan karar, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10.İdari Dava Dairesinin 18.10.2018 tarihli kararı ile onanmış; nihai karar 09.11.2018 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvuru, 07.12.2018 tarihinde ret işleminin kendisi hakkında elde edilen veriler sebebiyle tesis edilmediği

⁷⁰ Bu kararla ilgili olarak yazılan bir adet karşı oy yazısında “Mahkemece 1992-1993 yıllarından sonraki süre içerisinde davacı hakkında herhangi bir terör örgütü ile bağlantısının olup olmadığı ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığınca düzenlenen yeni bir rapor bulunup bulunmadığı hususları araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak davaya konu işlemin iptal edilmesinde hukuki isabet bulunmadığı” belirtilmiştir.

⁷¹ <<https://www.lexpera.com.tr>> ET: 17.03.2021.

için, Bakanlık görüşünün aksine, vatandaşlık talebine ilişkin uyuşmazlıkları konu alan yargılama süreçlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin koruma alanına girdiği ve adil yargılanma hakkının, masumiyet karinesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, başvuruyu, aile hayatına saygı yönünden dayanaktan yoksun olması sebebi ile kabul edilemez bulmuş; başvuruya yol açan iddiaların özünün yargılamanın sonucuna ilişkin olmasından hareketle başvurucunun suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetini adil yargılama hakkı kapsamında incelemiş; yapılan değerlendirmenin sonucunda başvurucu hakkında yürütülmekte olan cezai veya disiplin soruşturmasından ya da verilen bir cezadan söz edilmediği için somut olayda suç isnadının söz konusu olmadığı; adil yargılanma hakkına ilişkin güvence ve ilkelerin bu başvuruya uygulanabilmesi için başvuru konusu uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülükler ile ilişkilendirilmesi gerektiği ancak vatandaşlık hakkının bu kapsamda yer almadığı⁷² dolayısıyla başvurunun adil yargılanma hakkı yönünden incelenemeyeceği gerekçeleri ile başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Kararla ilgili olarak işaret etmek istediğimiz husus, uyuşmazlıkta bir suç isnadının bulunmaması sebebi ile başvurunun ancak medeni hak ve yükümlülük kapsamında incelenebileceğinin belirtilerek vatandaşlıkla ilgili meselelerin adil yargılanma hakkı kapsamında yer almayacağı ile ilgili net bir tespitin yapılmış olmasıdır. Görülmektedir ki adil yargılanma hakkının kapsamı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki sınırlandırıcı düzenlemeden ve Anayasa Mahkemesinin “*ortak koruma alanı*” kabulünden sapılmamakta;

⁷² Medeni hak ve yükümlülük kavramı ile ilke olarak özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar anlaşılmakta ve adil yargılama hakkının koruma alanı bu kapsamda kabul edilmektedir. Parti kapatma davaları dahil siyasi haklar, vergilendirme, idari para cezaları, yabancıların ülkeye kabulü, sınır dışı edilmesi veya vatandaşlık, askerlik hizmeti gibi konulara ilişkin uyuşmazlıklar, kamu hukukuna dahil görülmekte; dolayısıyla medeni nitelikli hak veya yükümlülük olarak değerlendirilmediğinden Sözleşme'nin altıncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında yorumlanmamaktadır. Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Anayasa Mahkemesi El Kitapları Serisi-4, 2018) 4-7. Öte taraftan medeni hak ve yükümlülükler deyimi, iç hukuktaki sınıflamaya göre değil esasa ilişkin içeriği, etkileri ve kişinin sahip olduğu savunulabilecek temel hak ve yükümlülükleri ile ilgili görülerek yorumlandığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6.maddesi, vatandaşlık ihtilafları ile ilişkilendirilebilir nitelik kazanmaktadır. Zira, son dönemde, 11 numaralı protokolün yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlarda da vatandaş olma talepleri reddedilmiş kişilerin hak ihlaline uğradıkları gerekçesi ile Mahkemeye yaptıkları başvuruların kabul edildiği görülmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gülce Gümüştü Tunçağal, ‘Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları’, (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin.



Anayasa’da adil yargılanma hakkının genel olarak düzenlenmesi göz önünde bulundurulmamaktadır. Bizce, bu örnekte, ilk derece mahkemeleri tarafından ihtilafa konu işlemin Türk vatandaşı olmayı talep eden yabancı yönünden değil de Türk vatandaşı eşe yönelik istihbarî nitelikte bilgilere dayanılarak reddedilmesi noktasında idarenin takdir yetkisini kullanma biçiminin denetlememesi, verilen kararın adillliğini sorgulatabilecek kuvvettedir. Bu bakımdan her ne kadar adil yargılanma korumasına ilişkin gözden geçirme, kaideten yargılama süreçleri üzerinden yapılsa da istisnai olarak, kararın adillığının bu koruma kapsamında incelenebileceği; somut durum özelinde esneyerek temel haklar lehine değerlendirme yapılabileceği düşünülmektedir.

b. Danıştay 10.Dairesinin 30.04.2019 tarihli kararına⁷³ konu olayda 20.04.2009 tarihinde bir Türk vatandaşı ile evlenen Ukrayna vatandaşı ilgili, bu evliliğe dayanarak Türk vatandaşı olmak için 13.11.2012 tarihinde başvuruda bulunmuş; Vatandaşlık İnceleme ve Araştırma Komisyonu tarafından yapılan mülakat sonucunda yapılan evliliğin aile birliği kurmaya yönelik olduğu ve hâlen aynı çatı altında yürütüldüğü; çift arasında yaş farkı bulunmasına karşılık bu durumun evlilik hayatına olumsuz bir yansımalarının bulunmadığı; çift hakkında yapılan tahkikat, yakınlarından alınan ifadeler ve Sosyal İnceleme Raporunda evliliğin ciddi bir evlilik olduğu anlaşılmıştır. Ukrayna vatandaşı ilgilinin TVK m.16’da aranan şartları taşıdığı sonucuna varılmasına karşın başvuru, ilgilinin Türk vatandaşı eşi hakkında suç kayıtlarının varlığı dikkate alınarak reddedilmiştir. Bunun üzerine Ukrayna vatandaşı tarafından idare mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

Ankara 9.İdare Mahkemesi tarafından görülen dava neticesinde, Ukrayna vatandaşı davacının eşi ile evlilikleri yönünden herhangi bir olumsuzluğa rastlanmadığı ve yapılan mülakatta da davacının 5901 sayılı TVK m.16’daki şartları taşıdığı belirtilmesine rağmen vatandaşlık başvurusunun somut delil gösterilmeksizin reddedildiği; ilaveten davacının evlendiği tarihten vatandaşlık başvurusu yaptığı tarihe kadar geçen süre zarfında mevzuat hükümlerini ihlal ettiğine dair herhangi bir tespitin dava dosyasına sunulmadığı; ayrıca gerek TVK’da gerekse Yönetmelik’te vatandaş olmak isteyenlerin evlendikleri kişilerin suç kaydının varlığının vatandaşlığa kabul bakımından engel teşkil yaratacağına yönelik bir hükmün yokluğu karşısında vatandaşlık talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı değerlendirilmiş; iptal kararı verilmiştir.

Davalı idare tarafından yapılan temyiz savunmasında Türk vatandaşlığı talep eden yabancıların TVK’da sayılan şartları taşıyıp taşımadıklarına dair ilgili kurumlara gerekli inceleme ve araştırma yaptırıldıktan sonra nihai kararın Bakanlığın yetkisinde olduğu; bu kapsamda davacı ve eşi ile ilgili olarak

⁷³ 2014/5203 (E); 2019/3474 (K) <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.

yapılan arşiv araştırması sonucunda davacının Türk vatandaşı eşinin kaçakçılık ve uyuşturucu madde ile ilgili, kardeşlerinin de çeşitli konularda suç kayıtlarına rastlanıldığı; davacının Türk vatandaşlığı talebinin değerlendirilmesinde bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiğinin bildirildiği; Ukrayna vatandaşı davacının başvurusunun TVK m.10 uyarınca reddedildiği; olayda davacının Türk vatandaşlığını tüm koşulları yerine getirerek elde etmesinin söz konusu olmadığı gibi Türk vatandaşı eşinin geçmişte kamu düzenini bozmaya yönelik fiiller içerisinde olduğunun dosya içeriğinden açıkça görüldüğü; Türk vatandaşlığına evlilik sebebiyle kabulde mevzuatta aranan şartların eşlerin her ikisini de kapsayacak biçimde değerlendirilmeye alınması lüzumu ileri sürülmüştür.

Danıştay 10.Dairesi tarafından görülen davanın neticesinde Ukrayna vatandaşı davacının Türk vatandaşı ile evlendiği tarihten sonra davacının eşi hakkında Antalya 2.Ağır Ceza Mahkemesince esrar kullandığını kendiliğinden beyan ettiği için ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği; öte taraftan esrar satıcılığı yaptığı fiili sabit bulunduğundan beş yıl iki ay on beş gün hapis ve iki bin beş yüz TL adli para cezası ile cezalandırılmasına hükmedildiği anlaşılmış; *“Türk vatandaşlığına kabul etme konusunun Devletin hükümranlık yetkisine ilişkin olduğu ve davacının eşine isnat edilen eylemlerin evlilik tarihinden sonra gerçekleştiği dikkate alındığında davacının Türk vatandaşlığına alınma talebi ile yapmış olduğu başvurunun reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir”*⁷⁴.

Bu örnekte, milli güvenlik ve kamu düzeni yönünden makbul olamayan taraf, Türk vatandaşı eştir. Türk vatandaşı olma taleplerinin incelenmesinde yabancının, bizzat kendisinin milli güvenlik ve kamu düzeni anlayışı içinde risk görme sınırını aşp aşmadığına bakılması gerektiğinden başvurunun reddi yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunduğu değerlendirmesine iştirak etmekteyiz.

c. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 17.01.2018 tarihinde verilen bozma kararına⁷⁵ konu olayda 05.07.2004’ten beri bir Türk vatandaşı ile evli olan Suriye vatandaşı davacı, TVK m.16 kapsamında vatandaşlık başvurusunda bulunmuş; ancak başvuru, kendisi ve eşi ile yapılan mülakat sonucunda çiftin bu evlilikten iki çocuğunun dünyaya geldiği; bu evliliğe ait ortak bir meskende yaşadıkları; evlilikten kaynaklanan sorumluluklarının

⁷⁴ Bu kararlar ilgili olarak yazılan bir adet karşı oy yazısında davacı ile Türk vatandaşı eşin evliliklerinin aynı çatı altında devam ettiği ve ciddi bir evlilik olduğunun tespit edildiği hususunun göz ardı edilmemesi gerektiği ve Türk vatandaşı eş hakkındaki Ceza mahkemesi kararının cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca davacının başvurusu bakımından değerlendirme kriteri olarak belirlenemeyeceği belirtilmiştir.

⁷⁵ <<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.



eşler arasında eşit şekilde paylaşıldığı; eşlerin birbirlerini anlayacak kadar Türkçe konuşabildikleri anlaşıldığından olumlu kanaat bildirilmiş olmasına karşın Suriye vatandaşı ilgilinin Türk vatandaşı eşinin Van 4.Ağır Ceza Mahkemesinde uyuşturucu madde ticareti suçu isnadı ile yargılandığı ve altı yıl sekiz ay hapis ile beş bin TL adli para cezasına mahkum edildiği; hâlen Van M Tipi Cezaevinde tutuklu bulunduğunun tespit edildiği gerekçesine dayanılarak başvurusu reddedilmiştir. Ret kararı üzerine Suriye vatandaşı, iptal davası açmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede TVK'da Türk vatandaşlığının evlenme yolu ile edinilmesinde aranacak şartların başvuru sahipleri bakımından tespit edildiği; söz konusu şartlara uygunluk eşleştirmesinin Türk vatandaşı olan diğer eş yönünden de yapılamayacağı belirtilmiş; iptal kararı verilmiştir.

Davalı idarenin temyiz başvurusu üzerine anılan karar, Türk vatandaşı olabilmek için başvuru sahiplerinin taşınması gereken şartların yalnızca ilgili yabancılar tarafından değil ve fakat her iki eşi de kapsayacak şekilde irdelenmesi gerekliliğinin vatandaşlık konusunda Devletin egemenlik hakkının bir sonucu olarak doğduğu gerekçesi ile bozulmuş; Ankara 5.İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idarenin ısrar kararını temyize götürmesi neticesinde görülen davada “*Türk vatandaşlığına kabul etme konusunun Devletin hükümranlık yetkisine ilişkin olduğu gözetildiğinde, davalı idarece takdir yetkisi çerçevesinde davacı ve eşi hakkındaki kayıtların değerlendirilmesi sonucu 5901 sayılı Kanun'un idareye takdir yetkisi veren onuncu maddesi uyarınca tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır*” değerlendirmesinde bulunulmuş; Ankara 5.İdare Mahkemesinin ısrar kararı bozulmuştur⁷⁶.

Aksini belirten bir düzenleme bulunmadığından hareketle TVK m.16 kapsamında yapılan başvurularda, kanunda belirtilen şartlar ve yabancıların değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak kıstaslar başvuru sahibinin şahsı ile ilgilidir. Bu bakımdan idarenin takdir yetkisinin, her iki eşi de kapsayacak şekilde irdelenmesi hukuka uygun bulunmamaktadır. Başvuru sahibinin şahsı üzerinden ele alınmadığı vakit, idarenin takdir yetkisinin kapsamının, makulün dışına saporak yabancıların kayın hısımlarına ve hatta sosyal ilişkiler ağındaki kişilere kadar genişletilmesi ihtimali yaratılmaktadır. Dolayısıyla ısrar kararının isabetli olmadığı düşünülmektedir.

⁷⁶ Bu kararla ilgili olarak yazılan bir adet karşı oy yazısında davacının yaptığı ve dava konusu işlemin tesis edildiği tarihler itibarıyla davacının eşinin kesinleşmiş bir mahkumiyetinin bulunmadığı; cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca eşinin işlemiş olduğu bir suç nedeniyle söz konusu evlilik birliği içinde iki çocuğu olan davacı hakkında verilen kararın iptali yönündeki mahkeme kararının onanması gerektiği belirtilmiştir.

d. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesinin 09.05.2017 tarihli kararına⁷⁷ konu olayda 31.01.2009 tarihinde Türk vatandaşı ile evlilik yapan Ukrayna vatandaşı ilgili, TVK m.16 kapsamında evlenme yolu ile Türk vatandaşı olma talebinde bulunmuş; başvurusu reddedilmiştir.

Ukrayna vatandaşı davacı tarafından açılan iptal davasında Ankara 14.İdare Mahkemesi, davacının Türk vatandaşı olan eşinin uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan beş yıl hapis ve beş bin TL adli para cezası ile cezalandırılmış olmasının davacının durumunu da sakıncalı hâle getirdiği; davacının eşinin söz konusu suçtan dolayı hükümlü olarak cezaevine girmesi sebebiyle aile birliği içinde yaşama olanağından yoksun kaldığı ve Türk vatandaşlığına kabulün devletin egemenlik yetkisi ile ilişkili bir konu olduğu değerlendirilmesinde bulunarak davayı reddetmiştir.

Davacının başvurusu üzerine görülen istinaf davasında “*Uyuşmazlıkta davacının vatandaşlık başvurusunun kendisinden kaynaklanan bir sebeple ya da mevzuatın aradığı şartları temin edemediğinden değil; Türk vatandaşı eşin fiilinden ve hakkındaki ceza davası ve mahkumiyetten ötürü reddedildiği; bu durumda davacının kendi gerçekleştirmediği ya da katkı sağlamadığı fiilden sorumlu tutulmasına sebebiyet verdiği ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu açıktır. Bu durumda Türk Vatandaşlığı Kanunu ile aranılan şartları temin eden ve eşi ile aile birliği içinde birlikte yaşadıkları hususunda tereddüt bulunmadığı gibi kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek herhangi bir hâli de bulunmayan davacının başvurusunun reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmamaktadır*” gerekçesi ile Ankara 14.İdare Mahkemesinin kararı kaldırılmış; dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Türk vatandaşlığını talep eden davacının, eşinin işlediği suç sebebiyle, durumunun sakıncalı hale geldiği biçimindeki saptama, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu bakımdan, katıldığımız diğer gerekçeleri ile birlikte, dava konusu işlemin iptal edilmesinde hukuki isabet bulunduğu değerlendirilmektedir.

e. Danıştay 10.Dairesinin 05.10.2015 tarihli kararına⁷⁸ konu olayda Rusya vatandaşı ilgili, 06.03.2007 tarihinde bir Türk vatandaşı ile yaptığı evliliğe dayanarak Türk vatandaşı olmak için başvuruda bulunmuştur. İdare tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde ilgili yabancının geçerli ikamet iznine sahip olduğu; ikamet izninin yenilendiği; Ege Üniversitesi’nde yükseköğretimine devam ettiği; evliliğinden bir çocuğunun dünyaya geldiği; eşi ile birlikte geçirdikleri trafik kazasından aynı adreste evlilik birliği içinde

⁷⁷ Ankara BİM, 10.İDD 2017/470 (E); 2017/405(K)<<https://www.lexpera.com.tr>> ET: 11.04.2021.

⁷⁸ 2012/8455 (E); 2015/4050 (K)<<https://www.lexpera.com.tr>>ET: 11.04.2021.



yaşamlarını idame ettirdikleri; birlikte ortak banka hesabına sahip oldukları, davacının üzerine taşınmaz devri yapıldığı, yaşadıkları muhitte komşuluk ilişkileri yürüttükleri tespit edilmekle birlikte davacı ve eşinin suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve yönetmek; bu örgüte üye olmak; örgüt faaliyeti çerçevesinde insan ticareti yapmak; fuhuş yapmak ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna⁷⁹ muhalefet suçlarından İzmir 8.Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanması ve TVK uyarınca evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyette bulunmama şartını taşımadığı gerekçe gösterilerek vatandaşlık başvurusu reddedilmiştir. Bunun üzerine Rusya vatandaşı tarafından iptal davası açılmıştır.

Ankara 5.İdare Mahkemesi tarafından görülen davada davacının Türkiye’de kamu düzenini ve asayişini bozucu, örf ve adetle bağdaşmayan nitelikte eylemlerinin olduğu, aile birliği içinde birlikte yaşadığını ifade ettiği eşi ile birlikte fuhuşa aracılık ettiğinden bahisle hakkında dava açıldığı; dava sonucunda davacının eşi hakkında mahkumiyet kararı verildiği; davacı Rusya vatandaşı hakkında ise delil yetersizliğinden beraat kararı verildiği anlaşılacakla birlikte vatandaşlığa kabul hususunda devletin egemenlik hakkı ve takdir yetkisinin bulunduğu işaret edilerek davalı idarece kamu düzenine ve kamu yararına uygun olarak işlem tesis edildiği değerlendirilmesinde bulunulmuş, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine görülen davada Danıştay, İzmir 8.Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonucu davacı hakkında beraat kararı verildiği; bu tarihten sonra Türkiye’de bulunan davacının kamu düzenine ve millî güvenliğe zarar verecek davranışlarda bulunduğu, suç işlediği veya yasa dışı faaliyetler içinde yer aldığı yönünde herhangi bir tespit yapılmadığı gerekçesi ile Ankara 5.İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur.

TVK m.16/1-c ile TVK m.16/1-b’de ifade olunan evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama hâli arasındaki sınırın belirsizleşmesine örnek gösterilebilecek söz konusu ihtilafta Türk vatandaşı olmak isteyen davacının evlenmeden önceki döneme ait eylemleri sebebi ile hakkında yapılan yargılamada beraat kararı verilmesine karşın Türk vatandaşı eşinin aldığı mahkûmiyet sebebi ile başvurusunun reddedilmesinin bozma sebebi görülmesinde isabet bulunduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramının düşünsel temelinde ülke çapında ortaya çıkan iç ve dış tehlikelerden devlet tüzel kişiliğinin korunması ile toplumun huzur, asayiş ve sağlık içinde bir arada yaşamlarının temin

⁷⁹ RG: 15.07.1953/8458

edilmesi yer almaktadır. Bu kavramın evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının oluşumundaki etkisi yasal zeminde incelendiğinde kavrama kanun hükmü olarak ilk defa 5901 sayılı TVK m.16/1-c’de yer verildiği; başvuru şartlarını taşıyan yabancıların taleplerinin değerlendirilmesinde idarenin takdir kararına etki eden bir kıstas olarak hükme bağlandığı anlaşılmaktadır. Vatandaşlık statüsünün doğumdan başka bir sebeple oluşturulmasında evlilik, mülga vatandaşlık kanunlarının tümünde bir yol olarak kabul edilmişken bu yolu inşa eden belirleyiciler, zaman içinde özellikle cinsiyete dayalı yaklaşımlar, evlilik anlayışı, evliliğin gerçekliğine ve toplumsal yapının tasarımına yönelik algı ya da kaygıların yansımaları ile farklılaşmıştır.

Türk vatandaşlık kanunlarındaki geçmiş düzenlemelere bakıldığında evlilik vesilesi ile vatandaşlık statüsünün oluşumuna yönelik şartların belirlendiği ve fakat evlilikten ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir betimlemeye ihtiyaç duyulmadığı görülmektedir. TVK m.16’daki mevcut düzenlemede ise (a), (b) ve (c) bentlerindeki kıstaslar üzerinden Türk vatandaşlığının taşıdığı saygın statünün, evlilikten umulan saygınlıkla bağdaştırılmaya çalışıldığı düşünülmekte; evliliğin, aile hayatı kavramı üzerinden çevrelenip; çalışma konumuz itibarıyla özellikle milli güvenlik ve kamu düzeni kavramı ile ilişkilendirilerek karmaşık bir anlama taşındığı değerlendirilmektedir. Kanaatimizce evlilik, vatandaşlık statüsünün daha kolay biçimde temin edilmesine imkân veren bir sebeptir; kanun koyucunun bu sebebi doğuran unsurların sağlamlığının araştırılmasını ve vatandaşlık statüsünün oluşumunda evliliğin maksatlı biçimde kullanılmasını engellemek istemesi anlaşılır bir husustur. Bu bakımdan evlilik vasıtasıyla otomatik vatandaşlık yüklenmesi anlayışından vazgeçilmiş olması, cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve üç yıllık süre şartının konulması yeterli gelmektedir. İlâveten başvuru şartları arasında yer alan üç yıldır evli olma ve evlilik birliği içinde yaşama, Türkiye’de ikamet etme şartı ile desteklenirse milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstasına gerek kalmadan beklenen faydanın ortaya çıkacağı düşünülmektedir. Kanundaki lafzi düzenleme itibarıyla milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama ifadesinin bir değerlendirme kıstası olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Mevcut kıstaslar sebebi ile idarenin takdir yetkisinin kapsamı belirli bir belirsizliğe dönüşmekte; hükmün sevk ediliş amacından uzağa düşüldüğü için milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kıstasının hükümde yer almasına ilişkin hukuki gereklilik sorgulanır duruma gelmektedir.

Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından yönünden yapılacak araştırmanın özellikle, Türk vatandaşlığı kaybettirilenler ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Kanunu uyarınca terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olduğu (m.54/



1-b) ya da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu (m.54/1-d) için hakkında sınır dışı edilmiş kişilerin Türk vatandaşları ile evlenmeleri ihtimalinde işlev göreceği düşünülmektedir.

Dikkat çekmek istediğimiz ikinci husus Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükmü ile kanunilik ilkesinin dışına çıkmış olmasıdır. Yönetmeliğin yetmiş ikinci maddesinin beşinci fıkrasındaki son cümle ile Kanun'un önüne geçilmekte; altı aydan fazla cezayı gerektiren her türlü suç, Türk vatandaşı olma engeline dönüşmekte ve ucu son derece açık bir alan oluşmaktadır. Bu durum özellikle TVK m.16 yolu ile vatandaş olma imkânı yönünden düşünüldüğünde hem, idarenin takdir yetkisini kanuna uygun kullanmaması sonucunu yaratmakta; hem de mahiyeti son derece genişleyen yeni bir değerlendirme kıstası yaratılarak bağlam dışına çıkılmasına yol açmaktadır. TVK m.16 kapsamında yapılan başvuruların reddine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ise mahkemeleri, esasen Kanuna uygun hareket edilmemiş olmasına rağmen, 10.maddede vesilesi ile "hükümranlık yetkisi" şeklindeki en geniş gerekçeye yaslanmak zorunda bırakmakta; "hükümranlık yetkisi", uluslararası hukuka uygunluk kriterinin gözetiminden sıyrılarak denetlenmesi güç, kestirme bir gerekçe olarak kullanılmaktadır.

Ayrıca Yönetmelik hükmünde, yabancının, Türk vatandaşlığını engelleyen söz konusu suçları işlediği zaman ve şartların dikkate alınmadığı; hayatının herhangi bir döneminde, örneğin yaşı küçükken ya da iradesi ortadan kaldırılarak, suça karışmakla evlendiği dönemde bu suçları işlemek arasında bir fark yaratılmadığı için bu durumun ret kararlarına sabit bir odak biçiminde yansdığı gözlemlenmektedir.

Yargı kararları izlendiğinde TVK m.16/1-c'ye yönelik ortaya çıkan bir diğer durum, m.16/1-b'de ifade olunan evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama hâli ile arasındaki sınırın belirsizleşebilmesidir. Zira fuhuş yapmak, fuhuşa aracılık etmek, insan ticareti yapmak gibi yasa dışı faaliyetler ve yapılan işlemler, sadece m.16/1-b değil; aynı zamanda milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kapsamında da Türk vatandaşlığı statüsünün elde edilmesine engel olabildiğinden kararların gerekçelendirilmesinde, son tahlilde, evlilik birliği ile örtüşmeyecek bir faaliyette bulunmama kıstasının milli güvenlik ve kamu düzeni kıstası açısından bütünlendiği etkinin vurgulanması ihtiyacı doğabilmektedir.

Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâli bulunmama, tamamıyla ve sadece başvuru sahibinin kendisi yönünden araştırılacak bir durumdur. Ancak TVK m.16 kapsamında yapılan başvuruların reddine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından yargı kararlarında tutarlılık bulunmadığı; Türk vatandaşı eşte var olan mahzurun Türk vatandaşlığını talep eden yabancıya da teşmil edilerek değerlendirme yapıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Son olarak, milli güvenlik ve kamu düzeni mahiyeti meçhul bir kavram olduğundan evlilik yolu ile Türk vatandaşı olma taleplerinden doğan uyuşmazlıklarda kavramın iç manasının tespiti, her olayda ayrıca yapıldığında idarenin haiz bulunduğu takdir yetkisinin tam anlamı ile yargısal denetimden geçeceği ve kararlar arasında bir bağdaşım oluşacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abrams, K, 'Marriage Fraud', (2012), 100(1) California Law Review 1-68.
- Akıntürk, T and Ateş Karaman, D, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, (Beta, 2014).
- Anuscheh F and Hailbronner, K, *Report On Citizenship Law: Germany, Globalcit, Country Report 2020/5*, (March 2020).
- Arsebük, A. E, *Medeni Hukuk-II*, (Ankara Hukuk Fakültesi, 1940).
- Aybay, R, *Kadının Uyruklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi*, (AÜSBF Yayınları,1980).
- Aybay, R, *Vatandaşlık Hukuku*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006).
- Aybay, R, 'Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu', (1978) 33(1) AÜSBF Dergisi 59-82.
- Berki, O.F, 'Türk Hukukunda Evlenmenin Tabiiyete Tesiri', (1946) 3(1) AÜHFD 46-61.
- Collins, K. A, 'A Short History Of Sex and Citizenship: The Historians' Amicus Brief In Flores-Villar v.United States', (2011) 91(4) Boston University Law Review 1485-1518.
- De Hart B, 'Regulating Mixed Marriages Through Acquisition and Loss Of Citizenship', (November 2015) 662 The Annals Of The American Academy Of Political and Social Science 170-187.
- Doğru, O and Nalbant, A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar*, (Legal, 2012).
- Erdem, B.B, '4866 Sayılı Kanun'la Türk Vatandaşlığı Kanununun 5.Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlenme yolu İle Kazanılması', (2003) 23(1-2) MHB 339-361.
- Erdem, B.B, 'Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme İle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme', *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu-29 Şubat 2008*, (Seçkin, 2008).



Erten, R, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler’, (2008) 66(4) Ankara Barosu Dergisi 36-61.

Erten, R, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak’, (2020) 40(2) PPIL 1351-1371.

Farahat, A and Hailbronner, K, *Report On Citizenship Law: Germany, Globalcit, Country Report 2020/5*, (March 2020).

Fındıkoğlu, Z. F, ‘Devletler Hususi Hukukunda Eksogami Meselesi’, (1948) 14(1-2) İÜHFM 316-323.

Fişek, H, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (Güzel İstanbul Matbaası,1959).

Gemalmaz, M. S, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, (Legal,2016).

Göğer, E, *Türk Tabiiyet Hukuku*, (Sevinç Matbaası, 1972).

Gözler, K and Kaplan, G, *İdare Hukukuna Giriş*, (Ekin,2015).

Gümüşlü Tunçağlı, G, ‘Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları’, (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin.99-127.

Güngör, G, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ (1997-1998) 17-18(1-2) MHB 229-250.

Güngör, G, ‘The Acquisition Of Turkish Nationality By Way Of Marriage Following The June 2003 Amendment’, (2004) 1(1) Ankara Law Review 29-49.

Güngör, G, *Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler ve Şeyler*, (Yetkin, 2019).

Güral, J, ‘Evlenmeden Doğan Kanun İhtilafları’, (1946) 3(1) AÜHFD 147-178.

Hill, C. D, ‘Citizenship Of Married Women’, (1924) 18(4) American Journal Of International Law 720-736.

Holmes, K. R, *What Is National Security*, (Index Of U.S Military Strenght, 2015).

İnceoğlu, S, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (Anayasa Mahkemesi El Kitapları Serisi-4, 2018).

Jeffers, K and Honohan, I and Bauböck, R, *How To Measure The Purposes Of Citizenship Laws: Explanatory Report For The Citlaw Indicators*, (Globalcit, 2017).

- Kaya, C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (XII Levha, 2021).
- Knapp, C, ‘Yalandan Evlenme ve Kadın Tabiiyeti’, Yusuf Kazancıoğlu (çev.) (1944) 1(3) AÜHFD 424-434.
- Makinda, S. M, ‘Sovereignty and International Security: Challenges For The United Nations’, (1996) 2(2) Global Governance 149-168.
- Nomer, E, *Vatandaşlık Hukuku Dersleri*, (Fakülteler Matbaası,1971).
- Reçber, K and Özgenç, Z, ‘5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar, (2016) LXXIV (1) İÜHFM 373-387.
- Richardson, D, ‘Rethinking Sexual Citizenship’, (2017) 51(2) Sociology 208-224.
- Sakmar, A, ‘Kadınla Erkek Arasındaki Hukuki Eşitlik İlkesi ve Vatandaşlık Hukuku’, (1978) 44(1-2) İÜHFM 123-133.
- Sargın, F, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme’, (2004) 53(1) AÜHFD 27-63.
- Seviğ, M.R and Seviğ, V. R, *Devletler Hususi Hukuku*, (İsmail Akgün Matbaası,1962).
- Tanrıbilir, F. B, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine, (2007) 72 TBB Dergisi 37-54.
- Tiryakioğlu, B, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması’, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu-29 Şubat 2008*, (Seçkin, 2008).
- Wallece Goodman, S, *Naturalisation Policies In Europe: Exploring Patterns Of Inclusion and Exclusion*, (EUDO Citizenship Observatory, 2010).
- Yasan, C, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, (XII Levha, 2013).

İnternet Kaynakları

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c045/tbmm23045095ss0090.pdf>

<https://uscode.house.gov>



ALMAN CEZA KANUNU'NDA KURALA İLİŞKİN ÖRNEKLER MÜESSESESİ: KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

An Evaluation in Terms of the Principle of Legality: The Institution of Examples of the Rule in the German Criminal Law

Soner DEMİRTAŞ*

Özet

Kurala ilişkin örnekler¹ Alman Ceza Kanununun çeşitli maddelerinde kendine yer bulmuş suçun nitelikli hallerine benzeyen bir müessesedir. Kanun koyucu suçun temel şekline göre daha fazla ceza verilmesi gereken halleri sadece nitelikli haller olarak değil bunların yanında ayrıca suçun çok ağır halleri olarak da düzenlemektedir. Suçun çok ağır halleri ise bazen kanunda yalnızca “çok ağır hallerde” ifadesi ile yer alırken bazen de örnek vermek suretiyle çok ağır haller düzenlenmektedir. Bu haller her ne kadar görünüşte suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerine benzerlik gösterse de gerek hukuki niteliği gerekse de sonuçları bakımından nitelikli hallerden farklılık arz etmektedirler. Kurala ilişkin örneklerin söz konusu olduğu durumlarda öğretide ağırlıklı olarak suçun unsuru olarak değil, cezanın belirlenmesi hallerinden biri olarak değerlendirilmektedir. Müessesenin hukuki nitelendirilmesi ceza kanunu genel hükümler kısmındaki birçok maddenin uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Suçun çok ağır hallerinden kurala ilişkin örneklerin bağlayıcı olup olmadığı, kanunilik ilkesine uygunluğu ve suç teorisinin konularının bu hallerde uygulanması tartışmalı ve bu çalışmada incelenecek konulardandır.

Anahtar Kelimeler: Suçun Nitelikli Halleri, Kurala İlişkin Örnekler, Kanunilik İlkesi.

Abstract

The examples of the rule are found in various articles of the German Criminal Code and are similar to the qualified forms of the crime. The legislator regulates the cases where more punishment should be given compared to the basic form of the crime, not only as qualified cases, but also as very severe cases of the crime. The particularly severe cases of crime are sometimes regulated by the term “in particularly severe cases” in the law, without giving examples for these severe cases. Although these cases seem

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sonerdemirtas@trabzon.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0003-3910-9196>

¹ Alman ceza hukukunda “Regelbeispiele” olarak adlandırılan kurumun Türkçe karşılığı olarak, *kurala ilişkin örnekler*, *kuralın örnekleri* veya *kurallaşmış örnekler* kavramları kullanılabilir. Çalışmada ise Yenisey/Plagemann’ın Alman Ceza Kanununun (Alm. CK) Türkçe çevirilerinde kullanmış oldukları “kurala ilişkin örnekler” kavramı tercih edilmiştir. Bknz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s 514, 558.

similar to the qualified cases of the crime that require heavier or less punishment, they differ from the qualified cases in terms of both their legal nature and consequences. The cases where examples of the rule are in question are not considered as an element of the crime but as one of the cases of determination of the penalty in the doctrine. The legal characterization of the institution is important for the implementation of many articles in the general provisions of the criminal code. The issues of whether the examples of the rule, which are among the most severe cases of crime, are binding, their compliance with the principle of legality and the application of the topics of the crime theory to these cases are controversial and these are the subjects that will be examined in this study.

Keywords: Qualified Situations of Crime, Examples of the Rule, Principle of Legality

GİRİŞ

Ceza kanunlarının özel hükümler kısımlarında suç tiplerinin temel şekli düzenlendikten sonra temel şekle unsur eklemek suretiyle söz konusu suçların daha ağır veya daha az cezayı gerektiren halleri düzenlenmektedir. Suçun temel şekli için istenen cezadan daha fazla ya da daha az ceza verilmesini gerektiren haller, haksızlık içeriğinin artması veya azalmasına göre düzenlenir. Bu haller suçun temel şekline ilişkin bütün unsurları da kapsamaktadır. Alman Ceza Kanunu (Alm. CK) düzenlemelerine bakıldığında Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) olduğu gibi haksızlık içeriğinin arttığı ya da azaldığı durumlarda nitelikli hal düzenlemelerine yer verilmektedir. Bu haller ilgili kanuni düzenlemelerde her iki kanunda da sınırlı bir şekilde sayılmakta ve bağlayıcılık arz etmektedirler. Ancak bu hallerin dışında Alm. CK sisteminde yer alan ve daha fazla ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de suçun çok ağır halleri ve inceleme konumuzu oluşturan suçun çok ağır hallerinin örnekleme yoluyla kanunda vazedildiği kurala ilişkin örneklerdir. Bu müessesenin düzenlenmiş olduğu maddelere bakıldığında söz konusu ağır haller örnek olarak sayılmış ve bağlayıcılıkları da bulunmamaktadır.

Bu çalışmada öncelikle suç tipinin temel formu ile bu formun üzerine inşa edilen çeşitli hallerin birbiri ile bağlantısı incelenecek, akabinde çalışmanın esasını oluşturan kurala ilişkin örnekler müessesine yönelik teori ve uygulamadaki bakış açısı yansıtılacaktır. Bu inceleme yapılırken söz konusu müessesenin tarihi gelişim süreci, hukuki niteliği öğreti ve yargı kararları ışığında anlatılacak ve kurumun kanunilik ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı incelenecektir. Bunun yanında ayrıca nitelikli hallerle ortak yönleri olan bu kurumun suç genel teorisi bakımından değerlendirmesi yapılacaktır. Bu kapsamda kurala ilişkin örnekler müessesesi ile suçun manevi unsuru ve suçun özel görünüş şekilleri arasındaki ilişki değerlendirilip özellik arz eden hususlar anlatılacaktır.

Bu çalışmanın amacı kurala ilişkin örnekler müessesesinin katı bir savunuculuğunu yapmak değildir. Değişen toplum düzeni ve teknolojik gelişmelerin ceza hukuku alanında da etkisini her geçen gün daha da

artırması, kanun koyucunun suçun haksızlık içeriğinde artma veya azalma meydana gelen halleri tam olarak tespit edip kazuistik bir şekilde kanunda düzenlemesini imkânsız kılmaktadır. İnsan duygu ve davranışlarının çeşitlilik ve değişkenlik ihtiva ettiği toplumsal yaşamda bu davranışların hepsini öngörebilmek mümkün değildir. Bu imkânsızlık zaman zaman kanunun lafzına bağlı kalınacak olunmasından dolayı, somut olay adaletini sağlamayı da engellemekte ve hatta kanun koyucuyu sıklıkla “tepki kanunu” şeklinde ani bir refleksle düzenleme yapmaya yönlendirmektedir. Bu çalışma ile birlikte burada bahsedilen olumsuzluklara çözüm olabilecek bir kurum yansıtılmaya çalışılmıştır. Bu örneğin de tamamen kusursuz olduğu söylenememekle birlikte üzerinde düşünülmesi ve tartışılmasını ceza hukuku öğretisi açısından faydalı bulmaktayız.

I. SUÇ TİPİ VE BAĞLANTILI FORMLARI

Ceza kanunlarında suçlar düzenlenirken ilgili suç tipinde hukuki değer korunması için bulunması gereken asgari şartlar düzenlenir ve bu hal suçun en basit formunu oluşturur.² Bu asgari şartlar da ilgili suç tipinin temel halidir ve “suçun temel şekli” olarak adlandırılır. Suçun temel şekli ile temel şekil üzerine inşa edilen bağlantılı formları arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Alm. CK’da da suçun temel şekli üzerine inşa edilen suçun bağlantılı formları çeşitlilik arz etmektedir. Bunlar suçun temel şekline bağımlı ya da tamamen bağımsız bir hal alan formlar olarak göze çarpmaktadır.

A. Suçun Temel Şekline Bağımlı Olan Haller

1. Suçun Nitelikli Halleri

Suçun nitelikli hallerinin söz konusu olduğu durumlarda kanun koyucu suçun temel şeklini en az bir özel unsur ile genişletmekte (suçun işlendiği zamana ya da mekâna ilişkin şartlardan, kullanılan araçlardan ya da fail ile mağdur arasında bulunan ilişkiden veya bunların bazı özelliklerinden dolayı) ve bu dönüşümün söz konusu olduğu durumlarda temel şekil için öngörülmuş olan hukuki sonuç ağırlaşmakta ya da hafiflemektedir. Bu şekilde oluşturulan daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller suçun temel şekli ile bağlantılı ve tipikliğin değişen görünüm şekillerindedir (tipikliğe ait unsurlardandır). Bir başka ifadeyle bu haller suç tipi ile ilgili ve bağlantılı hallerden olup, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak esaslardan farklıdır. TCK’nın 82., 86/3., 142. ve 145. maddeleri, Alm. CK’da tehlikeli yaralamanın düzenlendiği 224. madde, istek üzerine öldürmenin düzenlendiği 216. madde bu hallere örnek olarak verilebilir.

² Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre (5. Baskı, C.H. Beck Verlag 2020) § 10 kn 132.



Suçun temel şekli ile temel şekle bağımlı olan bu haller arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur ve ister daha fazla isterse daha az cezayı gerektiren nitelikli hal söz konusu olsun, temel şeklin bütün özellikleri bu tür nitelikli hallerde de aynı şekilde bulunur. Alm. CK bakımından yapılan cürüm-cünha³ ayrımı ise suçun nitelikli halleri ile temel şekli arasındaki bu tür bir ilişkiyi etkilememektedir. Bir başka ifadeyle suçun temel şeklinin cürüm niteliğinde olup nitelikli halin cünha olması ya da temel şeklin cünha olup nitelikli halin cürüm niteliğinde olması temel şekil ile nitelikli hal arasında yukarıda zikredilen ilişkinin ortadan kalkması sonucunu doğurmaz.⁴

Suçun temel şekline bağımlı olarak oluşturulan daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin bir diğer özelliği bu hallerin hâkim bakımından kat-i ve bağlayıcı olmasıdır. Bu hallerin söz konusu olduğu durumlarda hâkimin söz konusu hali uygulayıp uygulamama noktasında takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁵ Alm. CK'da kurala ilişkin örnekler uygulamasıyla kanunda düzenlenen suç tiplerinin çok ağır ya da çok hafif halleri ise nitelikli hal vasfına haiz değildir ve bundan dolayı hâkim bakımından bağlayıcılığı yoktur.

2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

Alm. CK'da suçun temel şekli ile bağlantılı olan ve sıklıkla karşılaşılan hallerden bir diğeri de suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir. Bu tür suçlarda neticeli suçlarda olduğu gibi suçun konusu üzerinde bir zararın meydana gelmesi aranır. Ancak neticeli suçlardan farklı olarak söz konusu zarar veya tehlike neticesi suçun temel şeklinin değil ağırlaşmış halinin bir unsuru olarak vurgulanır. Bu duruma kasten yaralama suçu ve bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri örnek olarak verilebilir. Kasten yaralamanın temel şeklinin düzenlendiği Alm. CK m. 223/1 uyarınca mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali gerekir. Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin düzenlendiği Alm. CK m. 226 (Ağır Yaralama) ve m. 227. (Kasten Yaralama Sonucu Ölüm) maddeleri suçun temel şekli için gereken netice ((Grund-)Erfolg) olan vücut dokunulmazlığının ihlalinin yanında neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller olan vücut dokunulmazlığının ağır ihlali (m. 226) ve yaralanan kişinin ölmesi (m. 227) neticelerinin de gerçekleşmesini arar.⁶

³ Alm. CK m. 12 uyarınca karşılığında 1 yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülen hukuk aykırı eylemler cürüm, daha az özgürlüğü bağlayıcı ceza ya da adli para cezası öngörülen hukuka aykırı eylemler ise cünhadır.

⁴ Roxin (n 2) § 10 kn 133.

⁵ Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau (50. Baskı, C.F. Müller Verlag 2020) § 4 kn 170.

⁶ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil (12. Baskı, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2016) § 6 kn 63.

B. Suçun Temel Şekli ile Bağlantılı Olup Ona Bağımlı Olmayan Haller

Kanun koyucu tarafından suçlar oluşturulurken benzer suç tipleri genellikle korunan hukuki değerler de göz önünde bulundurularak aynı başlık ya da bölüm altında düzenlenmektedir. Bundan dolayı aynı bölüm/başlık altında düzenlenen suç tipleri arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur. Bu bağlantı bazen suçların tipikliğe ait unsurlarının kesişmesi suretiyle de gerçekleşmektedir. Böylece suçun unsurları ortak olmasına rağmen farklı suç tipleri düzenlenmektedir. Bu şekilde düzenlenen suçlar arasında bağlantı olsa da her bir suç bağımsız bir suç olarak nitelendirilir ve unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği bağlantılı olduğu suçtan bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Bu suçlar müstakil (bağımsız) suçlar (*delictum sui generis*) olarak nitelendirilmektedir.⁷ Bağımsız suçlarda özel norm temel suç tipinden ayrılır ve kendine has haksızlık özelliğiyle yeni bir suça dönüşür. Alm. CK'nın 249. maddesinde düzenlenen yağma, 252. maddesinde düzenlenen hırsızlığa dönüşen yağma suçları hırsızlık suçu ile bağlantılı olan ancak bağımsız suç tiplerindedir.⁸

II. KURALA İLİŞKİN ÖRNEKLER MÜESSESESİ

A. Genel Olarak

Suçun temel şekli ile bağlantılı olan ve suçun temel şekli üzerine inşa edilen hallerden bir diğeri de bu başlık altında incelenecek olan ve çalışmanın konusunu oluşturan kurala ilişkin örnekler müessesesidir. Suçun temel şeklinin söz konusu olup kanun koyucunun cezanın belirlenmesinde kıstas olarak kullandığı hallerden olan kurala ilişkin örnekler şeklindeki düzenlemelerin esas bu hallerin tipikliğin görünüm şekillerinden biri olmamasıdır. Kanun koyucu tarafından örnek kabilinden sayılıp suçun unsuru olmayan bu haller, suçun temel şekli ile bağlantılı olsa da salt cezanın belirlenmesi hallerinden olduğu ifade edilmektedir⁹

Alm. CK'nın 12. maddesinde suç için öngörülen ceza miktarından yola çıkılarak cürüm ve cünha ayırımı yapıldığı yukarıda zikredilmişti. Yine bu ayırımı yapıldığı 12. maddenin 3. fıkrasına göre genel hükümler uyarınca cezadan artırım ya da indirim yapılması gereken haller ile suçun çok ağır veya hafif hallerinin varlığı cürüm cünha ayırımında göz önünde bulundurulmamaktadır. Kanunun genel hükümler kısmı dışında kalan, suçun çok ağır veya hafif halleri incelendiğinde bu nitelikteki düzenlemelerin sayısının bir hayli fazla olduğu

⁷ Roxin (nr 2) § 10 kn 135.

⁸ Wessels, Beulke ve Satzger (nr 5) § 4 kn 171; Roxin (nr 2) § 10 kn 135; Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (5. Baskı, Duncker Humblot Verlag 1996) 268; "Bağımsız suç tipi" diye vasıflandırmanın kanuni dayanağı olmadığından bahisle reddeden görüş için: bakınız Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil (2. Baskı, Walter de Gruyter Verlag 1991) Bölüm 6 kn 98.

⁹ Wessels, Beulke ve Satzger (nr 5) § 4 kn 172.



göze çarpmaktadır.¹⁰ Kanunun lafzına bakıldığında daha fazla ceza verilmesi gereken durumlar “çok ağır hallerde”, daha az ceza verilmesi gereken durumlar ise “hafif hallerde”¹¹ şeklinde ifade edilmektedir. Çok ağır hallerin artırım sebebi olarak düzenlendiği durumlarda da kanun koyucu farklı iki yöntem benimsemiştir. Bunlardan ilki madde metninde yalnızca çok ağır hallerin daha ağır cezalandırılacağına vurgulanması ancak hangi durumların ağır hal teşkil ettiğinin açıkça (örnek kabilinden de olsa) belirtilmediği durumlardır.¹²

Bunun yanında inceleme konumuzu oluşturan çok ağır hallerin diğer türünde ise kanun koyucu, yalnızca çok ağır hallerin varlığı halinde cezanın artırılacağını düzenlemekle yetinmemiş aynı zamanda çok ağır hallerin söz konusu olabileceği durumları saymış ve örnek olarak kanunda belirtilen durumların varlığı halinde ağır durumun var olduğu (karine olarak) kabul edilmiştir. Ancak madde metninde örnek olarak sayılan hallerin varlığı halinde dahi bu düzenlemenin olaya tatbiki mutlak değildir. Örneğin somut olayda gerçekleşmesine rağmen ağır durumun uygulanmaması, aksi mümkün olabilecek bir karine teşkil ettiğinden, mümkündür. Bunun yanında ayrıca vurgulamak gerekir ki suçun çok ağır hali olarak madde metninde sayılmamış olan bir durumun varlığı halinde de çok ağır bir halin varlığı kabul edilebilecektir.

B. Kurumun Tarihi Gelişim Süreci

Suçun çok ağır halleri düzenlemeleri Almanya’da ilk olarak 1919 yılında kanunlarda yerini almış ve 1926 yılına kadar yan ceza kanunlarında bu nitelikteki düzenlemelere yer verilmişti.¹³ Alm. CK’da ise ilk olarak 1926 yılında kanunun 210a maddesinde “çok ağır hallerde” ibaresi kullanılmış ancak ağır hallere ilişkin örnekleme yapılmamıştır. Bu şekilde bir düzenleme örgüsünün Weimar Cumhuriyeti zamanında ceza hukuku araçlarıyla toplumsal ve ekonomik zorluklarla mücadelede ideal bir araç olduğu öğretilde vurgulanmaktadır.¹⁴ İlerleyen yıllarda 1933 yılında suçun çok ağır halleri kanunun birçok maddesine eklenmiş ve örnekleminin yapılmadığı maddelerle birlikte örnekler verilmek suretiyle de suçun çok ağır halleri düzenlemeleri yapılmıştır. Böylece yeni bir kanun yapma tekniği uygulanmakla birlikte, ağır

¹⁰ Henning Radtke, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§ 1-37 (4. Baskı C.H. Beck Verlag 2020) § 12 kn 14.

¹¹ Örn. Alm. CK m. 83/1, 146/3, 152b/3.

¹² Örn. Alm. CK m.102/1, 107/1, 241a/4.

¹³ Manfred Maiwald, “Zur Problematik der besonders schweren Fälle im Strafrecht” (1984) NSTz 433, 434 vd.; ayrıntılı bilgi için bakınız Denis Matthies, Exemplifikationen und Regelbeispiele (De Gruyter Verlag 2009) 17 vd.

¹⁴ Jörg Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht (Mohr Siebeck Verlag 2004) 106; Esko Horn, Die besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafgesetzbuch (2001) 7; Maiwald (1984) NSTz (nr 13) 435.

hallerin belirtilmemesinden kaynaklanan belirsizlikler de azaltılmıştır. Weimar Cumhuriyeti zamanındaki benzer düzenlemelerdeki yoğun artış savaşta sonra geçmişte yaşanan tecrübelerden dolayı 1945 ile 1962 tarihleri arasında azalmış ve etkisini kaybetmiştir.¹⁵

1962 yılı tasarısında da suçun ağır hallerine ilişkin düzenlemeler ve bunun yanında kurala ilişkin örnekler kurumuna da yer verilmiş idi. Ancak bu tasarıda ilk kez suçun çok ağır ya da hafif hallerinin hangi durumlarda söz konusu olabileceği kanunun genel hükümler kısmında düzenlenmesi tasarlanmıştı. Tasarının 62. maddesi¹⁶ şu şekilde idi: “Fiil sırasındaki ya da fiilden önce meydana gelen haller ya da failin fiilden sonra gerçekleştirdiği eylemler haksızlığı ve kusuru önemli oranda artırıyor ise suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır.” Böylece yalnızca fiilin gerçekleştiği sıradaki şartlar değil aynı zamanda fiil gerçekleştikten önceki ve sonraki şartların da çok ağır hallerin belirlenmesinde rol oynayacağı kaleme alınmıştı.¹⁷

Bu tasarılarından sonra Ceza Kanununda Reform (Değişiklik) Yapılmasına Dair 6. Kanun’a kadar (26 Ocak 1998) Alm. CK’da örnekleme yoluyla suçun çok ağır halleri düzenlenmiş ve akabinde 26 Ocak 1998 tarihli kanunda da bu tür düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kanun ile birlikte, o tarihe kadar bazı örnekler ihtiva eden suçun çok ağır halleri düzenlemeleri nitelikli hale dönüşmüş olmakla birlikte bazı nitelikli haller de suçun çok ağır şekline dönüştürülerek söz konusu nitelikli haller örnek kabilinden sayılmıştır.¹⁸ Bu tarihten sonra ceza kanununda yapılan değişiklikler de göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun kurala ilişkin örnekler müessesesinden vazgeçmediği göze çarpmaktadır. Son olarak 2017¹⁹ yılında kanuna eklenen “Spor Bahsi Dolandırıcılığı” suçunun düzenlendiği 265c ve “Profesyonel Spor Müsabakalarında Hile” suçunun düzenlendiği 265d maddeleri bakımından da 265e maddesinde suçun çok ağır halleri örnekleme yoluyla kanunda yerini almıştır.

¹⁵ Horn (n 14) 8 vd.; Eisele, Die Regelbeispielsmethode (n 14) 106; Öğretide *Dreher* bu artışın azalmasının nazi dönemindeki kötüye kullanımlardan kaynakladığını vurgulamaktadır. bakınız Horn (n 14) 8 dipnot 30.

¹⁶ E StGB 1962 m. 61 (<https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>, ET: 01.12.2021); 1962 tasarısında da suçun çok ağır hallerinin düzenlenmesi 1966 tarihli Alternatif Tasarı ile eleştirilmiştir. 1962 tasarısının amaçlarından birinin hâkimin takdir yetkisini sınırlandırmak ve cezanın belirlenmesini rasyonel kriterlere bağlamak olduğu halde bu şekilde düzenlemelere yine de yer vermesi tasarıya getirilen önemli eleştirilerdendir. Ayrıca kanun koyucunun daha fazla haksızlığı ya da kusuru nitelikli hal düzenlemeleriyle birlikte tam olarak sınırlandıramadığı durumlarda, bunun genel şartlarla hâkimden beklenmesi (ve hatta kurala ilişkin örneklerle beklenemezliğin kısmen de olsa ortadan kaldırılmış olsa bile) isabetli görülmemiştir. bakınız Horn (n 14) 9.

¹⁷ Eisele, Die Regelbeispielsmethode (n 14) 94.

¹⁸ ibid 105; Horn (n 14) 10.

¹⁹ Düzenlemeler 19.04.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

C. Düzenleme Örnekleri

Alm. CK'nın birçok maddesinde çok ağır hallerde örnekleme metodunun kullanılması suretiyle "kurala ilişkin örnekler müessesesi" düzenlenmiş ve bu müessese cezanın ağırlaştırılmasını sağlayacak şekilde kanunda yer almıştır. Kanundaki düzenlemelere bakıldığında, daha fazla ceza verilmesinin istendiği durumlarda hangi hallerin kural olarak ağır cezayı gerektirdiği kanunda örnekleme suretiyle vazedilmiştir. Yukarıda da vurgulandığı üzere ilgili maddelerde zikredilen örnekler katalog mahiyeti taşımamaktadır. Örneklerin gerçekleşmediği durumlarda da ağır hal düzenlemeleri uygulanabilmekte ve hatta örneklerdeki bir durumun gerçekleştiği halde dahi ağır halin uygulanmaması söz konusu olabilmektedir.

Kurala İlişkin Örnekler Müessesesinin Örnekleri:

- Alm. CK m. 243: *Hırsızlık Suçunun Çok Ağır Halleri*²⁰

“(1) Hırsızlığın çok ağır hallerinde, 3 aydan 10 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmolunur. Eğer fail,

1. fiili işlemek için bir binaya, bir hizmet odasına veya ticari amaçlı kullanılan bir odaya ya da başkaca, etrafı çevrili bir yere, zorla, bir engel aşarak, taklit anahtarla veya usulüne göre, kilit açmak için yapılmamış bir alet kullanarak girer veya bu yerlerde saklanırsa,
2. kapalı bir muhafaza veya başka bir koruma tertibatı ile, oradan alınmaya karşı korunmuş bir malı çalarsa,
3. meslek veya sanat haline getirerek çalarsa,
4. bir kiliseden veya dinin icrası için kullanılan başka bir bina veya kutsallık taşıyan bir şey çalarsa,
5. herkese açık bir koleksiyona dahil bulunan veya kamuya açık bir şekilde sergilenen ve bilim, sanat, tarih veya teknik gelişme açısından önem taşıyan bir şeyi çalarsa,
7. başka bir kişinin çaresizlik durumunu, bir kazayı veya umumi bir tehlike durumunu kötüye kullanarak çalarsa,
8. Silah Kanununa (Waffengesetz) göre edinmesi izne tabi olan bir el silahını veya makineli tüfek, makineli tabanca, tam otomatik

²⁰ Yenisey ve Plagemann (n 1) 356-357; Alm. CK maddelerinin Türkçe çevirileri Yenisey ve Plagemann'ın Alman Ceza Kanunu'nun çevirisini yaptıkları eserden aynen alınmış ve eğik yazı (Türk Dil Kurumu sözlüğü uyarınca anlamı: italik) formatında yazılmıştır. Söz konusu eser (çeviri) yayımlandıktan sonra Alm. CK'da yapılan değişiklikler göz önünde bulundurulmuş ve bu değişikliklere ilişkin çeviriler tarafımızca yapılmış olup, bu çeviriler madde metni içerisinde eğik yazı (italik) olarak değil normal yazı tipi kullanılarak yazılmıştır. Bu açıklama çalışmada ilgili esere yapılan bütün atıflar için geçerlidir.

veya yarı otomatik bir silahı, Savaş Silahları Kontrol Kanunu (Kriegswaffenkontrollgesetz) kapsamındaki, patlayıcı madde içeren bir savaş silahını veya patlayıcı maddeyi çalarsa,

kural olarak suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır.”

Hırsızlık suçunu işleyen kişinin 243. maddedeki halleri gerçekleştirdiği durumlarda kanun koyucu, hırsızın burada zikredilen hallerin varlığından dolayı kural olarak daha ağır cezalandırılacağını düzenlemiştir. Ancak kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere bu haller hırsızlık suçunun çok ağır hallerine örnek olarak sayılmış olup, bu durumlarda ağır halin varlığı kural olarak kabul edilir. Bir başka ifadeyle söz konusu hallerin somut olaydaki varlığına rağmen istisnai olarak ağır halin gerçekleşmediği de kabul edilebilir.

Alm. CK'nın 243. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun çok ağır hallerinden bazıları ile TCK'da düzenlenen hırsızlık suçunun nitelikli halleri arasında benzerlik bulunmaktadır. Yukarıda zikredilen maddenin 1 numaralı alt bendindeki düzenleme ile TCK m. 142/2-d'deki “haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak veya kilitlenmesini engellemek suretiyle” şeklindeki nitelikli hal, yine 2 numaralı alt bentteki düzenleme ile TCK m. 142/2-h'deki “herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” şeklindeki düzenleme, 4 numaralı alt bentteki düzenleme ile TCK m. 142/1-a'da düzenlenen “... ibadete ayrılmış yerlerde bulunan... eşya hakkında” şeklindeki nitelikli hal ve 6 numaralı alt bentteki düzenleme de TCK m. 142/2-a'daki nitelikli hale benzerlik göstermektedir. Ancak iki düzenleme lafzen bazı nitelikli haller ve Alm. CK'daki ifade ile çok ağır haller bakımından örtüşse de hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrılmaktadırlar.

Hırsızlık suçu bakımından kurala ilişkin örneklerin yanında Alm. CK'da ayrıca nitelikli hal düzenlemelerine de yer verilmiştir. Kanunun 244. maddesinde düzenlenen, hırsızlık suçu işlenirken failin yanında silah ya da tehlike meydana getiren başka bir alet bulundurması hali ile suçun işlenebilmesi için bir konuta, zorla, bir engel aşarak, taklit anahtarla veya usulüne göre, kilit açmak için yapılmamış bir alet kullanılarak girilmesi veya konutta saklanması hali nitelikli hal düzenlemesine örnek olarak verilebilir. 244. maddede düzenlenen nitelikli haller ile 243. maddedeki çok ağır hallerin de içerik itibarıyla birbirlerine benzediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin 243. maddede hizmet odasında ya da ticari amaçla kullanılan bir odada zorla ya da engel aşılarak gerçekleştirilen hırsızlık suçun çok ağır hali örneklerden biri olarak düzenlenmiş iken, 244. maddede aynı eylemlerin konutta gerçekleşmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

- Alm. CK m. 113: *Görevi Yerine Getiren Memura Direnme*²¹

“(2) Çok ağır hallerde ceza altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Eğer,

1. fail veya başka bir suç ortağı yanında bir silah ya da tehlike meydana getiren başka bir alet bulundurur veya
2. fail cebir kullanarak saldırıya uğrayanı, ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine düşürür veya
3. eylem birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilirse, kural olarak, suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır.”

Alm. CK'nın 113. maddesi de kurala ilişkin örnekler müessesinin önemli örneklerinden biridir. Bu fıkradaki düzenlemelere bakıldığında bazı hallerin nitelikli hallere bazı hallerin ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu maddede yer alan cebrin mağduru ölüm tehlikesine düşürmesi hali suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri ile benzerlik gösterse de burada suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin de söz konusu olmadığı kabul edilmektedir.²² Bunun yanında ayrıca kurala ilişkin örnekler olarak düzenlenip, yalnızca kasten gerçekleştirilen temel neticenin değil bunun yanında ağır netice olarak zarara²³ sebebiyet verildiği durumların da, netice sebebiyle ağırlaşmış halin düzenlendiği Alm. CK m. 18'in dışında kaldığı savunulmaktadır.²⁴

Bu örneklerin yanında Alm. CK'da cezanın artırılabilmesine ilişkin örneklerin sayılıp Regelbeispiele (kurala ilişkin örnekler) olarak adlandırılan müessesinin kanunun birçok maddesinde düzenleme alanı bulunduğunu söylemek gerekir. Alm. CK'nın 94, 99, 100/2, 100a/4, 121, 125a, 129/5, 184i/2, 218/2, 240/4, 253/4, 263/3, 264/2, 265e, 266a/4, 267/3, 283a, 283d/3, 291/2, 292/2, 300, 303b/4, 316b/3, 330 ve 335. maddelerinde örnekleme metodu ile cezanın artırılabilmesi haller sayılmıştır.

D. Kurumun Hukuki Niteliği

1. Problemin Takdimi

Hırsızlık suçunun düzenlendiği Alm. CK'nın 243. maddesinde etrafi çevrili bir yerden zorla, kırarak hırsızlık yapılması suçun nitelikli hali olarak

²¹ ibid 206-207.

²² Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Baskı, C.H. Beck Verlag 2019) § 18 kn 2.

²³ Burada kastedilen tehlike neticesi ile zarar neticesi ayırımıdır ve bu ayırma ilişkin öğretilerdeki görüşler ve tartışmalı hususlar bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 117 vd.

²⁴ Sternberg-Lieben ve Schuster (n 22) § 18 kn 2.

düzenlenmişti. Ancak bu şekilde bir düzenleme kazuistik kanun tekniğinin kötü bir örneği ve talihsiz bir kanun yapma tekniği olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir. Örneğin bir aracın içinde bulunan bir cüzdanı aracı (camı) kırarak alan kişinin eylemi nitelikli hal oluşturduğu halde, cüzdanın içinde bulunduğu aracın çalınması ilk eyleme göre daha fazla haksızlık içermesine rağmen nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyecek idi. Bu sonuçlara yol açabilecek öğretideki ifadeyle “*saçmalıkların*” adalet duygusu ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüş, aynı zamanda kazuistik düzenlemelerin hukuki güvenliği teminat altına alacağından bahisle, bu avantajın adaletten feragat ederek sağlanacağı şeklinde bir uygulamanın kabul edilemez olduğu vurgulanmıştır.²⁵

Bu açıklama ve örnekle birlikte nitelikli hal düzenlemelerinden ziyade kurula ilişkin örnekler düzenlemelerinin daha isabetli olabileceği düşünülse de benzer sorunların örnek verilerek düzenlenen çok ağır hallerde de söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda yargı kararına da konu olmuş bir olay dikkate değerdir. İlk derece mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına konu olan elektromanyetik güvenlik etiketlerinin var olduğu bir eşyanın mağazadan çalınması olayında²⁶, Alm. CK m. 243/1 2.cümle 2 numarada düzenlenen suçun “*kapalı bir muhafaza veya başka bir koruma tertibatı ile, oradan alınmaya karşı korunmuş bir mala karşı işlenmesi*” kural örneğini, söz konusu önlemin zilyetlik alanına girme suretiyle malın alınmasını engelleyecek nitelikte olmadığından uygulamamıştır. Bu olayda alınan önlemin (alarmın) ilk olarak, malın sahibinin hakimiyet alanının terki sırasında alarm devreye gireceği ve böylece hırsızlık tamamlanmadan önce koruyucu etkisi ortaya çıkacağından bahisle ağır hal uygulanmamıştır.²⁷ Bu örnek bakımından da satıcının ürünü kilitli bir zincirle elbise standına bağladığı ve eşyanın çalındığı durumda Alm. CK m. 243/1 2. cümle 2 numarada belirtilen hali uygulayıp yukarıda zikredilen olayda uygulamaması adalet duygusu bakımından

²⁵ Frank Zieschang, “Besonders schwere Fälle und Regelbeispiele-ein legitimes Gesetzgebungskonzept ?” (1999) Jura 561, 563; Horn (n 14) 16 vd.; Johannes Wessels, “Zur Problematik der Regelbeispiele für schwere und besonders schwere Fälle” Festschrift Maurach 295, 295.

²⁶ Söz konusu olayda fail 17.12.1983 tarihinde bir erkek takım elbisesi çalmak için mağazaya girer. Mağazadaki elbiselerin hırsızlığa karşı koruma önlemleri ile donatılmış olduğunu bilen hırsız 495 mark değerindeki takım elbisenin ceketinden kuvvet kullanarak güvenlik etiketini koparmış ve parçalamıştır. Güvenlik etiketi birbirine kaynak yapılmış iki plastik parçadan oluşmakta ve cekete sabitlenmiş durumdadır. Eğer fail güvenlik etiketine zarar vermemiş olsa, çıkışa yerleştirilmiş elektromanyetik alarm teçhizatı akustik ve görsel olarak devreye girecektir. Güvenlik etiketi elbiseden ayrılıp parçalandıktan sonra fail önce ceketini daha sonra bunun üzerine parkesini giymiş, takım elbisenin pantolonunu beraberinde bu amaç için getirdiği plastik poşete koymuş ve daha sonra merdivene doğru gitmeye başlamıştır. Fail, erkek bölümünü terk etmeden önce yaptığı hareketleri gözlemleyen satıcı tarafından durdurulmuştur. OLG Stuttgart, (1985) NSTZ 76.

²⁷ OLG Düsseldorf, (1998) NJW 1002.



uygun görülmemiş ve nitelikli hal düzenlemelerinde söz konusu olabilecek “saçmalıkların” kural örneklerdeki benzer durumları ortadan kaldırmayacağı vurgulanmaktadır.²⁸ Ayrıca burada ifade etmek gerekir ki suçun nitelikli hallerindeki kazuistik düzenlemelerin giderilmesi amacıyla getirilen kurala ilişkin örnekler şeklindeki düzenlemeler problemler ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda söz konusu kurumun hukuki niteliği halen tartışmalıdır ve öğretilerde bu konuda henüz bir görüş birliğine de varılamadığı vurgulanmaktadır. Kurumun hukuki niteliğinin tespiti salt teorik bir tartışmadan öte aynı zamanda kuruma bağlanacak hukuki sonuçlar bakımından da önemlidir. Hata, teşebbüs, iştirak, içtima ve hatta cezanın belirlenmesi hallerinin kurala ilişkin örneklerin var olduğu durumlarda nasıl uygulanacağı kurumun hukuki nitelendirilmesine göre farklılık arz edebilecektir.²⁹

Yukarıda zikredilen olayda he ne kadar Stuttgart Bölge Adliye Mahkemesi'nin bozma kararı üzerine Alm. CK m. 243 f. 1 c. 2 Nr. 2'deki kurala ilişkin örnek ilk derece mahkemesi tarafından uygulanmasa da bu kez, Alm. CK m. 242 f. 1 1. cümle esas alınarak, bir başka ifadeyle burada örneklenen ağır hallere eşdeğer bir durum kabul edilerek suçun ağır hali yine de uygulanmıştır.³⁰ Bu uygulamadan da anlaşılacağı üzere kurala ilişkin örneklerin kanun metninde suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi halinde kıyas yasağından dolayı mevcut nitelikli hallere benzetilerek ya da gerçekleştirilen eylemler aynı derecede haksızlık oluşturduğu ileri sürülerek ceza artırılmayacaktır. Kurala ilişkin örnekler müessesesi ile birlikte her ne kadar söz konusu hareketler kanunda yazılı örneklerle uyuşmasa da benzer derecede ağır görülerek ceza artırılabilir.³¹

2. Kurumun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler

a. Düzenlemenin Suçun Unsuru Olduğu Görüşü

Modern öğretilerde kurala ilişkin örnekler suçun unsuru olarak nitelendirilmiştir.³² kurala ilişkin örnekler kurumunun suçun nitelikli hallerinden en önemli farkının sadece, örnekleme söz konusu olduğu durumlarda daha ağır ceza sınırlarının uygulanmak zorunda olunmayışı ve bunun aksi ispatlanabilir bir karine olduğu belirtilmektedir.³³ Bunun dışında kurala ilişkin örneklerde suçun nitelikli unsurlarında olduğu gibi sınırlar belirgindir. Ayrıca kanun koyucu aynı unsur bazı suç tiplerinde suçun nitelikli unsuru olarak

²⁸ Horn (n 14) 18.

²⁹ Rolf-Peter Calliess, “Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafrecht” (1975) JZ 112, 112- 113.

³⁰ Horn (n 14) 18.

³¹ ibid 18.

³² Jakobs (n 8) Bölüm 6 kn 99.

³³ Jörg Eisele, “Die Regelbeispielmethode: Tatbestands- oder Strafzumessungslösung ?” (2006) JA 309, 312.

bazı suçlarda ise kurala ilişkin örnek olarak düzenlemektedir.³⁴ Suçun meslek veya sanat haline getirilerek (gewerbmäßig) işlenmesi hırsızlık suçunda kurala ilişkin örnek olarak düzenlenmiş (Alm CK . 243 I 2 Nr. 3) iken, aynı husus suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi suçunda nitelikli hal (Alm. CK m. 260 I Nr. 1) olarak düzenlenmiştir.³⁵ Bu durum aslında kurala ilişkin örnekler ile nitelikli unsurlar arasındaki benzerliği ortaya koymaktadır.

Calliess'e göre kurala ilişkin örnekler uygulamasında kanun koyucunun yetkisinin hâkime kaymış olması kurumun cezalandırmanın şartları ve hukuki niteliğinden oluşan yapısında herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Bundan dolayı düzenlemeler suçun unsurları olarak belirsizdir ve anayasal gereklilikleri sağlamamaktadır. *Calliess* ayrıca düzenlemenin hukuki niteliği belirlendikten sonra, suçun unsurlarının “belirli” bir şekilde düzenlenip düzenlenmediği sorusunun sorulabileceğini ve unsurların belirli olup olmadığından yola çıkılarak kurumun hukuki niteliğinin belirlenemeyeceğini vurgulamaktadır.³⁶

*Krahl*³⁷ da düzenlemelerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ilgili düzenlemenin kat-i ve bağlayıcı olup olmadığına önemli olduğunu ve kuralın bağlayıcılığının düzenlemenin suçun unsuru olduğuna işaret ettiğini vurgulasa da, bu durumun suçun unsurlarının açıklanmasında kanunilik ilkesinin şekli bir belirtisi olduğunu, hukuki niteliğin belirlenmesinde sadece bir dayanak olabileceğini belirtmiş ve kanun koyucunun belirlilik ilkesi ve kıyas yasağına riayet etmediği hallerde kabul edilmemesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Öğretide *Wahle* de daha ağır cezayı gerektiren halleri (ve dolayısıyla kurala ilişkin örnekleri) suçun unsuru olarak nitelendirmiş ve bu hallerin kendi ceza sınırlarının olmasını, ağır hallerde suç tipinin sadece nicelik olarak değil nitelik olarak da değiştiğinin belirtisi olduğunu ifade etmiştir.³⁸

b. Düzenlemenin Cezanın Belirlenmesi Hallerinden Olduğu Görüşü

Yargı kararlarında, düzenlemenin suçun unsuru olup olmadığı belirlenirken söz konusu düzenlemenin sınırlayıcı ve bağlayıcı olup olmadığı göz önünde bulundurulmaktadır.³⁹ Cezayı ağırlaştırıcı haller kanunda belirtilmeli ve böylece hâkimin kararı öngörülebilir olmalıdır. Ancak bu durum suçun çok ağır hallerinde söz konusu değildir ve somut olayda hangi hallerin kusuru hangi hallerin haksızlığı artıracığı belirli olmadığından ve kanunda belirtilmeyip

³⁴ Karl Heinz Gössel, “Über die sog. Regelbespieltechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung” Festschrift Hirsch 183, 188 vd.

³⁵ Eisele (2006) JA (n 33) 312.

³⁶ Calliess, (1975) JZ (n 29) 115-116.

³⁷ Matthias Krahl, Tatbestand und Rechtsfolge (Verlag Vittorio Klostermann 1999) 53 vd.

³⁸ Aktaran Horn (n 14) 22.

³⁹ BGH, Urteil vom 21. 4. 1970 - 1 StR 45/70, (1970) NJW 1197.

hâkimin takdir yetkisine bırakıldığından çok ağır hallerde tipiklik vasfının olmadığı ileri sürülmüştür.⁴⁰

Öğretide ayrıca suçun unsurunun söz konusu düzenleme örneklerinde kullanıldığı üzere “kural olarak” (in der Regel) bulunamayacağı ifade edilmektedir. Kanun koyucunun nihai değerlendirmede çekimser kaldığı ve bir düzenlemenin genel olarak daha ağır durum olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve böylece temel suçtan ayrı bir kategoriye dahil olup olmadığı kararının hâkime bırakıldığı durumlarda, suçun unsuru ile ilgili bir durum söz konusu olmayıp cezanın belirlenmesi hali söz konusu olacağı ileri sürülmüştür.⁴¹

*Horn*⁴² ise Alm. CK'nın 12/3. maddesindeki düzenlemeyi kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesinde esas almaktadır. Maddeye göre daha ağır haller için öngörülen ceza artırımları cürüm ve cünha ayırımında dikkate alınmaz. Cezaî hükümlerin cürüm ve cünha olarak ikiye ayrılmasında yalnızca emredici kanuni düzenlemeler değişiklik meydana getirebilir. Bu maddeden çıkan sonuç çok ağır hallerin nitelikli hallerden farklı bir anlama sahip olduğudur ve bu haller suçun unsuru değil cezanın belirlenmesi hallerindedir.

c. Düzenlemenin Karma Yapıda/Suçun Unsuru Benzeri Bir Durum Olduğu Görüşü

Öğretideki bir diğer görüşe göre suçun çok ağır hallerine yönelik örnek verilerek yapılan düzenlemeler, suçun unsurları ile cezanın belirlenmesi hallerinin söz konusu olduğu karma bir formdur. Bu kabul söz konusu düzenlemelerin açık bir şekilde suçun unsuru ya da cezanın belirlenmesi hali olarak vasıflandırılmamasından kaynaklanmaktadır.⁴³

III. DÜZENLEMELERİN KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kurala ilişkin örneklerde yer verilen maddelere yönelik olarak yapılması gereken bir diğer değerlendirme bu kurumun anayasaya uygunluğu ve doğal olarak kanunilik ilkesi ile uyumlu olup olmadığıdır. Her ne kadar kurala ilişkin örneklerin katalog halinde olmasa da örnek olarak sayılmış olduğu maddelerde belirli bazı hususlar örnek mukabilinden de olsa yer alsın bile bunların bağlayıcı olmadığı ve bu hallerin varlığına rağmen suçun ağır halinin

⁴⁰ Horn (n 14) 23.

⁴¹ Bakınız ibid 23-24.

⁴² ibid 25 vd.

⁴³ Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald, Andreas Hoyer ve Carsten Momsen, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte (11. Baskı, C.F. Müller Verlag 2019) § 33 kn 72; bakınız Eisele, Die Regelbeispielsmethode (n 14) 162 vd.

uygulanmasının zorunlu olmadığı ve hatta bu örneklerden herhangi birinin var olmamasına rağmen suçun ağır halinin uygulanabileceği vurgulanmıştı. Bu bağlamda ağır hal teşkil eden durumların genişletilmesi ve hatta varlıklarına rağmen uygulanmaması halinin kanunilik ilkesi açısından da soru işaretleri doğurmaktadır.

A. Mahkeme Kararlarında Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi

Alman Anayasa Mahkemesi 21 Haziran 1977 tarihinde suçun çok ağır halleri düzenlemelerinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁴⁴ Mahkeme bu kararında belirlilik prensibinin kanun koyucuyu suçun tanımlanabilir ve tam olarak idrak edilebilir unsurları dışındaki bütün unsurlarını açık bir şekilde düzenlemeye zorlamadığını vurgulayarak şu ifadelerle yer vermiştir: “Bundan dolayı ceza hukukundaki genel ilkeler ya da belirsiz, anlam olarak doldurulmaya muhtaç kavramlar, esas itibarıyla anayasaya aykırı olarak nitelendirilemez. Yorum metotlarının yardımı ve özellikle kanunun diğer maddelerinden istifade etmek suretiyle, kanunun bağlamının göz önünde bulundurulması ve sabit içtihatlar sayesinde normun yorumu ve uygulanması için güvenli bir dayanak meydana gelmiş ise, bu tür ilkelerin ya da hukuki kavramların kullanılmasında herhangi sorun bulunmamaktadır. Böylece herkes, norm tarafından korunan değeri ve belirli davranışların yasaklandığını bilir ve devletin bu eylemlere nasıl tepki vereceğini (yaptırımları) önceden öngörür.”

B. Öğretideki Görüşler

Suçun çok ağır halleri şeklindeki örnek verilerek yapılan düzenlemelerle (kurala ilişkin örnekler) birlikte yalnız çok ağır haller (çok ağır hallerde) ibaresinin kullanılıp örnek vermek suretiyle dahi açıklanmayan haller öğretide eleştirilmiş ve hatta bu tür düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğu sorgulanmıştır.

1. Düzenlemelerin Anayasaya Aykırı Olduğu Yönündeki Görüşler

Öğretide *Krahl*⁴⁵ göre Anayasa Mahkemesi’nin zikredilen kararları suçun çok ağır halleri düzenlemelerinin kanunilik ilkesi ile uyumlu olduğu şeklinde genelleştirilemez. *Maiwald*⁴⁶ göre de kurala ilişkin örnekler hukuki müessesesi belirlilik ilkesini ihlal etmektedir, çünkü “*biraz belirli*” olan kanun “*belirsiz*” bir kanundur. Kanun koyucunun örnekleme yöntemiyle suçun çok ağır halinin bulunduğu yönünde karine ortaya koyarak, ağır hallerin söz konusu

⁴⁴ BVerfG, Beschluß vom 21. 6. 1977 - 2 BvR 308/77, (1977) NJW 1815; BVerfG Beschluß vom 24.04.1978-1 BvR 425/77, (1979) JR 28.

⁴⁵ Krahl (n 37) 129 vd. 160 vd.

⁴⁶ Manfred Maiwald, “Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele” Festschrift Gallas 137, 159.



olacağı durumların belirlenmesinde önceden “birazcık” düzenleme yapmış olması bu gerçeği değiştirmemektedir. Çok ağır hallerin kurala ilişkin örnekler tekniği ile düzenlenmiş olması da problemi ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁷

*Zieschang*⁴⁸ Alm. CK m. 243'ün kıyas yasağının dolanılması anlamına geldiğini vurgulamaktadır. Kanun koyucu suçun çok ağır halleri düzenlemeleriyle, kural olarak örneklerin kapsamadığı ve cezanın ağırlaştırılması hallerini aşan durumların da bu kapsamda değerlendirilmesinin şartlarını meydana getirmiştir. *Zieschang* burada ayrıca Alm. CK m. 248c'de düzenlenen elektrik hırsızlığını, 261'de düzenlenen kara para aklama suçunu ve 263'de düzenlenen bilgisayar dolandırıcılığı suçlarını örnek vermektedir. Krallık mahkemesi elektriği, hırsızlık suçu bağlamında eşya olarak nitelendirmediği için eylemleri cezalandırmamış ve kişiler beraat etmiştir. Bunun üzerine elektrik hırsızlığı da diğer örneklerde olduğu gibi suç olarak düzenlenmiştir. Kurala ilişkin örnekler düzenlemeleri ile bu şekilde suçun unsurları kapsamında değerlendirilemeyecek hallerin kanunda açıkça düzenlenmesine gerek kalmamakta ve böylece kıyas yasağı dolanılmaktadır.⁴⁹

*Freund*⁵⁰ hukuki sonuçların somutlaştırılmasında önemli boşlukların kanun koyucu tarafından doldurulması gerektiğini vurgular. *Freund*'a göre her şeyden önce suçun çok ağır halleri düzenlemeleri şeklindeki kanun tekniğinin haddinden fazla kullanılması uygulamacı tarafından, suçun temel şekli ya da suçun ağır halleri için öngörülen ceza sınırlarını uygulamak suretiyle kendisine ölçülü gözükken hukuki sonucu elde etmek amacıyla bir ruhsat olarak değerlendirilip yanlış anlaşılabilir. Kurala ilişkin örnekler metodunun kullanılması da suçun çok ağır halleri düzenlemelerinde olduğu gibi, her bir müstakil olayda ceza normunun ceza sorumluluğunu doğuran unsurlarının hukuki sonuca göre farklı şekilde doldurulmasının hâkime bırakılması ceza hukukundaki hukuki güvenliğin ağır kaybına sebebiyet verir.⁵¹ Bu suretle Anayasa m. 102/2'de düzenlenen kanunilik ilkesi yeteri kadar dikkate alınmamıştır. *Freund* tasarıda⁵² (o güne kadar yapılanın, bir başka ifadeyle örnek verilmeden düzenlenen suçun ağır hallerinin aksine) unsurların örnekleme yoluyla düzenlenmesini o güne kadar olan durumun iyileştirilmesi olarak değerlendirirse de zikretmiş olduğu gereklilikleri karşılamadığını vurgulayarak, suçun çok ağır hallerinin

⁴⁷ Krş. Gunther Arzt, “Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele” (1972) JuS 576, 576.

⁴⁸ *Zieschang* (n 25) 563 vd.

⁴⁹ *ibid* 564.

⁵⁰ Georg Freund, “Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts-Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern” (1997) 109 (9) ZStW 455, 470.

⁵¹ *ibid* 471.

⁵² 6. Ceza Hukuku Reformu Tasarısı.

ve dolayısıyla kurala ilişkin örneklerin kanunda bağlayıcı bir şekilde nitelikli hal olarak düzenlenmeleri gerektiğini savunmaktadır.⁵³

Wessels, kanun koyucunun suçun çok ağır hallerini örnek vermeden düzenlediği durumlarda bu halleri “belirli” bir şekilde düzenlemediğinden ve ağırlaştırıcı hallere ilişkin değerlendirmeyi, bunların ne zaman ve hangi şartlar altında bulunduğu saptanmasını tam olarak hâkime bıraktığından dolayı söz konusu düzenlemelerin hukuki güvenliği ihlal ettiği ifade etmektedir.⁵⁴ Ancak *Wessels* kurala ilişkin örneklerin söz konusu olduğu durumlarda ise hukuki güvenliğin azaldığı endişesinin tek taraflı olduğunu vurgulayarak kanun koyucunun kazuistik kanun yapma tekniği ile unsurların (çok ağır hallerin) kanunda belirtilmediği durum arasında bir uygulama yaptığını ve bununda olumlu bir gelişme olduğunu savunmaktadır.⁵⁵ *Calliess*’de bu görüşe paralel olarak cezalandırılabilirliğin kanunen belirlenmiş olması gerektiğini ve kanunun içerik olarak akla uygun ve kanıtlanabilir bir temele dayanarak yorumlanabilir olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu şekilde bir belirlilik kurala ilişkin örneklerde söz konusu değildir, çünkü örnek olarak sayılan hallerin dışındaki farklı durumlarda ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirilebilmektedir.⁵⁶

2. Düzenlemelerin Anayasaya Uygun Olduğu Yönündeki Görüşler

Öğretide *Wahle*⁵⁷ ihlal biçiminin ilgili normda yeteri kadar anlatıldığı durumlarda normun belirli ve belirlilik ilkesine de uygun olduğunu vurgulamaktadır. Ona göre suçun çok ağır halleri düzenlemelerinde ihlal biçimi suçun temel şeklinde belirgin bir şekilde saptanmıştır. *Wahle*’ye göre suçun çok ağır halleri müessesesinin amacı yalnızca, davranışın önceden belirlenmiş bir değer (temel şeklin) nitelikli ihlali olduğunun belirtilmesidir. Düzenlemeler değer ihlal biçimini ilk kez oluşturmayı amaçlamamaktadır.

Hettinger’e⁵⁸ göre suçun çok ağır halleri şeklindeki düzenlemeler izin verilen bir yapıya sahiptir. Bu kabulün temelinde, hâkimin uygulaması için ona geniş

⁵³ Freund (n 50) 471; Burada *Freund* her ne kadar suçun çok ağır hallerinin kanunda açıkça ve bağlayıcı olacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini vurgulasa da bazı durumlarda nitelikli hallerin şekli şartlarının bulunmasına rağmen uygulanmaması gerektiği gerçeğini de göz önünde bulundurmıştır. (Nitelikli halin söz konusu olmasına rağmen ağır cezayı gerektirmeyen haksızlığın varlığı) Şekli şartların bulunmasına rağmen nitelikli hallerin uygulanmamasını sağlamak için amaçsal yorum kullanılabilirse olsa da bu durumun kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiğini ve uygulamacı tarafından da uygulanmama halinin üst mahkeme tarafından kontrol edilecek şekilde ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁵⁴ *Wessels* (n 25) 295 vd.

⁵⁵ ibid 309 vd.

⁵⁶ *Calliess*, (1975) JZ (n 29) 117.

⁵⁷ Eberhard Wahle, Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle im Strafrecht (1996) 107 vd.

⁵⁸ Michael Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB) (Duncker Humblot Verlag 1982) 206.



bir ceza makası ve buna paralel olarak geniş bir takdir alanı oluşturma yetkisine haiz olan kanun koyucunun, söz konusu ceza sınırlarını sınıflandırmasının engellenemeyeceği düşüncesi yatmaktadır. *Hettinger*'e göre bu tür bir kanun yapma tekniğinin amacı, ceza makasının geniş olduğu durumlarda somut olay adaletini sağlamak için belirli hallerde makası tekrar sınırlandırmak ve böylece hukuki güvenliğin ve hukukun tatbikindeki birlikteliğin sağlanmasını temin etmektir.

3. Kıyas Yasağı

Kurala ilişkin örnekler uygulamasında kıyas yasağının ihlal edilip edilmediği tartışmalı hususlardan bir diğeridir.⁵⁹ Öğretide kıyas yasağının değişime uğradığı ifade edilmektedir. Ceza kanununun yapıldığı dönemde hukuki güvenlik düşüncesinden dolayı kıyas yasağı, yasak olan davranışların ve cezayı ağırlaştıran bütün hallerin belirlenmesinde önemli bir anlama sahipti ve kıyasın failin aleyhine kullanımı mümkün değildi. Bugün ise kanun koyucunun daha ziyade somut olay adaletinin sağlanması amacıyla suçun çok ağır hallerini ya da örnekleme suretiyle çok ağır halleri düzenleyerek hâkime benzer durumlarda kanuni olarak Anayasa'nın 103/2 maddesine aykırı olmayacak şekilde kıyasen uygulamayı mümkün hale getirdiği savunulmaktadır.⁶⁰

Burada Alman Anayasa Mahkemesi'nin⁶¹ otomobilin silah olarak değerlendirilemeyeceğine dair vermiş olduğu bir karar dikkate değerdir. Bu karara göre, Anayasa m. 103/2 uyarınca kıyas yasağı sadece suçun unsurlarını değil aynı zamanda ceza tehdidi içeren ve böylece cezayı ağırlaştıran kuralları da kapsamaktadır. Daha yüksek bir ceza öngören suçun çok ağır halleri ile bağlantılı (kurala ilişkin örnekler) cezanın belirlenmesi halleri de bundan dolayı anayasadaki belirlilik ilkesine göre değerlendirilmelidir. Mahkeme bu gerekçe ile kurala ilişkin örnek olarak Alm. CK m. 113/2 Nr. 1'de düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunun silahla işlenmesi halini, otomobilin kullanıldığı bir olayda kabul etmemiştir. Çünkü aksi durum kıyas yasağını ihlal etmektedir. Bu olayda mahkeme otomobilin silah olarak değerlendirilmesinin kıyas yasağını ihlal ettiğini tespit etse de, otomobilin yine aynı bentte düzenlenen "suçun başkaca tehlike meydana getiren bir araç" kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini tartışmadan, burada

⁵⁹ Öğretide cezasızlığı ya da cezanın azaltılmasını sağlayacak şekilde fail lehine kıyasın yapılabileceği kabul edilmektedir. Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Baskı, C.H. Beck Verlag 2020) Bölüm 4 kn 29; Johannes Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Baskı, Nomos Verlag 2020) § 2 kn 16; Walter Gropp ve Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Baskı, Springer Verlag 2020) § 3 kn 21 vd.

⁶⁰ Bernd Hecker, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Baskı, C.H. Beck Verlag 2019) § 1 kn 28.

⁶¹ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 1. 9. 2008 - 2 BvR 2238/07, (2008) NStZ 3627.

kanunda zikredilmeyen “çok ağır halin” varlığından hareket edilerek maddenin uygulanabileceğini vurgulamıştır.⁶² Bu şekilde bir taraftan kıyas yasağı ileri sürülerek maddenin (söz konusu ağır halin) uygulanmaması ve diğer taraftan maddede sayılmayan bir ağırlaştırıcı halin kabul edilebileceğinin vurgulanması öğretide eleştirilmektedir.⁶³

Kurala ilişkin örneklerin söz konusu olduğu durumlarda Anayasa’ya uygun bir şekilde yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Anayasa’nın 103/2 ile ceza kanununun 1. maddesi uyarınca failin aleyhine olarak kurala ilişkin örneklerin kabul edilerek kıyas yasağının ihlali ve böylece hâkimin kanunda yazan haller (örnekler) dışında kanunda yazılı olmayan durumları suçun çok ağır hali olarak kabul edip uygulaması ve daha ağır bir şekilde cezalandırmanın temelini oluşturması hukuka uygun görülmemektedir.⁶⁴ *Calliess*,⁶⁵ burada zikredildiği şekilde bir uygulamanın engellenmesi ve hakimın takdir yetkisinin sınırlandırılarak tipikliğin garanti fonksiyonunun yerine getirilmesi için çok ağır hallerin yalnızca, kanunda sayılan örneklerin söz konusu olduğu durumlarda uygulanması ve bunun dışında kalan hallerin kıyas yoluyla uygulanmaması gerektiğini, ancak örneklerin tipik olarak söz konusu olduğu bazı durumlarda da bu hallerin uygulanmayabileceğini ifade ederek, bu şekilde bir uygulamanın anayasal bağlamda kanun koyucunun amacına daha uygun olduğunu savunmaktadır. Burada *Calliess* kanunda kullanılan “Suçun ağır hali kural olarak vardır, eğer...” (*Ein besonderer shwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn...*) formülü yerine “Suçun çok ağır hali yalnızca aşağıdaki durumlarda söz konusu olabilir, (ancak her zaman değil), eğer...(nur, aber nicht immer) formülünün uygulanmasını önermektedir. *Calliess* suçun çok ağır hallerinin örnek verilmeden düzenlenen halleri ile örnek verilmeden düzenlenen çok hafif hallerinin anayasaya aykırı olduklarını, ancak kurala ilişkin örneklerin sayıldığı hallerde yukarıda zikredildiği şekilde yorum yapılırsa anayasaya uygun ve sınırlayıcı bir yorumun söz konusu olacağını vurgular.⁶⁶

Ayrıca öğretide kurala ilişkin örneklerinde kıyasın mümkün kılınmasının uygulamada hâkimin, kanunda açıkça belirlenen unsurların anlamını sınırı aşacak şekilde yorumladığı durumlarda belirlilik ilkesini anlamsız kılabileceği ifade edilmektedir. Kanunda örnekleme yönteminin kullanılmış olması bu şekilde bir uygulamayı hukuka uygun hale getirmemektedir. Buna göre yorum

⁶² ibid 3629.

⁶³ Roland Schmitz, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-37 (4. Baskı, C.H. Beck Verlag 2020) § 1 kn 72.

⁶⁴ Rolf-Peter Calliess, “Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht-Zum Problem von Tatbestand und Rechtsfolge im 6. Strafrechtsreformgesetz” (1998) NJW 929, 935.

⁶⁵ ibid 935, *Calliess* kanun koyucu tarafından tercih edilen bu yöntemi “sözde modern kanun yapma tekniği” olarak ifade etmiştir.

⁶⁶ ibid 935; karşı görüş için bakınız Eisele, Die Regelbeispiele (n 14) 159 vd.



metotları tamamen sınırsız değildir. Belirlilik ilkesi ve dolayısıyla kıyas yasağı ile hâkimin takdir yetkisinin belirgin kavramsal sınırları vardır.⁶⁷

IV. KASTIN KAPSAMINDA BULUNMASI GEREKEN UNSURLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Suç teorisinde kastın kapsamında bulunması gereken unsurlar suçun maddi unsurları olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda kurala ilişkin örnekler müessesesinin hukuki niteliğinin vasıflandırılması aynı zamanda buna bağlı olarak çeşitli sonuçlar da doğuracaktır. Kurala ilişkin örnekler suçun unsuru olarak kabul edildiğinde bu hallerin de kastın kapsamında olması gerekmektedir⁶⁸, aksinin kabulü halinde ise; yani düzenlemeler cezanın belirlenmesi hali olarak nitelendirildiğinde, kastın bunları da kapsayıp kapsamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Alm. CK'da kurala ilişkin örnekler yalnızca kasıtlı suçlarda düzenlenmiştir. Ancak bununla birlikte kurala ilişkin örneklerin madde metninde belirtildiği bazı durumlarda, söz konusu hal bakımından taksirin yeterli görüldüğü örneklemeler de kanunda yer almaktadır.⁶⁹ Bütün bu hususlarla birlikte kanun koyucunun zaman zaman nitelikli hali kurala ilişkin örneğe dönüştürülmesi, bazen de kurala ilişkin örnek olarak kanunda yer alan düzenlemeyi nitelikli hale dönüştürmesi çözümü daha da zorlaştırmaktadır.

Öğretide⁷⁰ kanun koyucunun suçun çok ağır hallerini nitelikli hallerde olduğu gibi suçun haksızlığının artmasından (haksızlık içeriğinin artması) dolayı daha ağır bir şekilde cezalandırdığı ve böylece çok ağır hallerin de kastın kapsamında olması gerektiği ifade edilmektedir. Hırsızlık suçunun çok ağır hallerinin düzenlendiği Alm. CK 243. maddesinin 1969 yılına kadar, diğer birçok kurala ilişkin örnekler düzenlemesinde olduğu gibi, nitelikli hal olup kurala ilişkin örnekler içeren çok ağır hale dönüştürülmesinin bu kabule uygun olduğu vurgulanmaktadır. Alm. CK m. 242 I 2 Nr. 4'te kurala ilişkin örnek olarak düzenlenen hırsızlık suçunun bir kiliseden, ibadete adanmış bir malın alınması şeklinde işlenmesi çok ağır halinin kabul edilebilmesi için, failin kastının söz konusu eşyanın ibadete adanmış bir eşya olduğunu kapsıyor olması gerekir.⁷¹

Kurala ilişkin örnekleri cezanın belirlenmesi hali olarak değerlendiren öğretinin önemli bir kısmı kast benzeri bir durumun varlığını arayıp kastı

⁶⁷ Winfried Hassemer ve Walter Kargl, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1 (5. Baskı, Nomos Verlag 2017) § 1 kn 73.

⁶⁸ Eisele, (2006) JA (n 33) 312.

⁶⁹ Alm. CK m. 218/II 2 Nr. 2: Çocuk düşürtme suçunda failin taksirli olarak, gebe olan kadının hayatı bakımından ya da sağlığının ağır bir şekilde bozulması bakımından tehlikeye sokulması hali suçun çok ağır halinin örnekleri olarak düzenlenmiştir. (Neticesi sebebiyle ağırlaşmış kurala ilişkin örnek).

⁷⁰ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele (n 6) § 11 kn 50.

⁷¹ Eisele, (2006) JA (n 33) 312.

arayan görüş ile aynı sonuca varmaktadırlar. Bu görüş uyarınca kurala ilişkin örneklerde de failin bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir.⁷² Bu görüş uyarınca Alm. CK 15 ve 16. maddelerdeki düzenlemeler kurala ilişkin örneklerin suçun unsurlarına benzerliği dolayısıyla kurala ilişkin örneklerde de failin lehine olarak kıyas yoluyla uygulanır. Ayrıca kanunda belirtilen örneğe (ağır duruma) yönelik olarak kastın bulunmadığı durumlarda, eylemin taksirli bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde olayın haksızlık içeriğinin kasıtlı gerçekleşen duruma kıyasla azlığından dolayı, suçun çok ağır halinin varlığı karinesi gerçekleşmemiş olacaktır.

V. TEŞEBBÜS BAKIMINDAN KURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kurala ilişkin örnekler bakımından önem arz eden hususlardan bir diğeri bu hallere teşebbüsün kabul edilip edilmeyeceğidir. Şüphesiz bu konuda yapılacak olan değerlendirme de kurumun hukuki niteliğine verilecek anlama göre değişecektir. Suçun kanunda sayılan çok ağır hallerine teşebbüsün söz konusu olabilmesi için her şeyden önce ilgili suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasına gelmesi gerekir. Bununla birlikte temel şekle teşebbüs edilmiş olması çok ağır hale de teşebbüs edildiği anlamına gelmemektedir. Suçun çok ağır hali bakımından da teşebbüs için gerekli olan doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanması şartı gerçekleşmiş olmalıdır.⁷³

A. Temel Şekle Teşebbüs-Tamamlanmış Kurala İlişkin Örnek

Suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasında kalıp çok ağır hallerden olan kurala ilişkin örneklerden birinin tamamlanması hali söz konusu olabilir. Failin işyerine hırsızlık yapmak amacıyla zorla girmesi ancak herhangi bir eşya alamaması halinde Alm. CK m. 243 I 1 Nr. 1'deki suçun çok ağır hali olan işyerine zorla girme gerçekleşmiş ancak suçun temel şekli olan taşınır bir eşyanın alınması teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bu durumda öğretide ağırlıklı olarak suçun temel şekline teşebbüsün cezalandırılması mümkün olduğunda, eğer suçun çok ağır halinin karine etkisi söz konusu ise suçun çok ağır haline ilişkin ceza miktarının uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle failin gerçekleştirmiş olduğu hareketler suçun çok ağır hali olarak değerlendirilebiliyorsa bu hale teşebbüs kabul edilmektedir.⁷⁴

⁷² Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich ve Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil* (3. Baskı, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2015) § 14 kn 32; krş. Sternberg-Lieben ve Schuster (n 22) § 15 kn 27.

⁷³ Eisele, (2006) JA (n 33) 314.

⁷⁴ Roland Schmitz, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4 §§ 185-262 (4. Baskı, C.H. Beck Verlag 2021) § 243 kn 86; Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf (n 72) § 14 kn 36; Sternberg-Lieben ve Schuster (n 22) § 243 kn 44; Eisele, (2006) JA (n 33) 314; BGH, (1985) NStZ 217 vd.; Bu noktada ayrıca konutta hırsızlığın nitelikli hal olarak düzenlendiği Alm. CK 244. maddeye gönderme yapılmaktadır. Konutta hırsızlık amacıyla



Suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığı bu durumda tartışılan hususlardan bir diğeri bu durumda suçun temel şekli gerçekleşmediğinden dolayı, kurala ilişkin örneğin karine etkisinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve çok ağır hallerin gerektirdiği ceza miktarının yalnızca teşebbüsün cezalandırılmasının düzenlendiği 23. madde ve cezada indirim yapılmasını gerektiren nedenlerin düzenlendiği 49. madde uyarınca indirilip indirilmeyeceğidir. Bu durumda suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasında kalmasının karinenin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında yapılacak değerlendirmede önem arz ettiği kabul edildiği gibi, nitelikli hallerde olduğu gibi temel şeklin teşebbüs aşamasında kalmasının kurala ilişkin örneğin karine etkisi üzerinde etkisi olmadığı kabul edilmektedir. Son halde kişinin cezasının belirlenmesinde 23. ve 49. maddelerin dikkate alınacağı ifade edilmektedir.⁷⁵

B. Temel Şekle ve Kurala İlişkin Örneğe Teşebbüs

Suçun çok ağır halleri düzenlemelerinin söz konusu olduğu suçlar bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer konu suçun temel şekli ile çok ağır hali olarak kanunda yer verilen örneklerinin teşebbüs aşamasında kalmış olmasıdır. Öğretinin bir kısmına göre kurala ilişkin örneğe teşebbüs mümkün değildir. Bu konuda ilk olarak kurala ilişkin örneklerin suçun unsuru değil cezanın belirlenmesi hallerinden olduğundan dolayı teşebbüsün mümkün olmadığı aksi yöndeki bir kabulün Anayasada düzenlene kıyas yasağına aykırı olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca kurala ilişkin örneklerin karine etkisinden söz edilebilmesi için söz konusu halin tamamlanması gerektiği ve teşebbüs aşamasında kalmış bir durumun varlığı halinde kurala ilişkin örneğin gerçekleşmemiş olacağı ifade edilmektedir.⁷⁶

Aksi yöndeki görüş ise bu durumda kurala ilişkin örneğin karine etkisini kabul etmekte ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre Alm. CK 23 II.⁷⁷ maddesi teşebbüs aşamasında

zorla girip herhangi bir şey alamayan kişi hakkında nitelikli hale teşebbüs hükümleri uygulanabilecekken, işyerine aynı tür hareketlerle girip herhangi bir şey çalamayan kişi hakkında suçun çok ağır halinin uygulanmaması isabetli görülmemiştir. bakınız Eisele, (2006) JA (n 33) 314.

⁷⁵ Eisele, (2006) JA (n 33) 314; Eisele, Die Regelbeispielsmethode (n 14) 301 vd.

⁷⁶ Gössel (n 34) 193; Zieschang (n 25) 566, *Zieschang* hırsızlık suçu özelinde şu hususları ifade etmektedir: Öğretide kurala ilişkin örneklere farklı anlamlar yüklenmesinde kanun koyucu da kusursuz değildir. Kanun koyucunun 243. maddede yeni bir ceza aralığı belirlemek suretiyle kurala ilişkin örneklerin yalnızca faile ilişkin cezanın belirlenmesi hali olmadığını, bu durumlarda yeni bir haksızlık tipi meydana getirdiğini vurgulamıştır. Ayrıca kanun koyucu aynı hal bazen nitelikli hal bazen de suçun çok ağır hallerinin örneği olarak düzenlemek suretiyle de bu duruma katkı sunmuştur. Örneğin suçun meslek ya da sanat haline getirilerek işlenmesi hırsızlık suçunda kurala ilişkin örnek olarak düzenlenmiş iken suç eşyasının satın alınması satılması suçunda ise nitelikli hal olarak düzenlenmiştir;

⁷⁷ Alm. CK m. 23 II: Teşebbüs tamamlanmış suça göre daha az cezalandırılabilir. (m. 49 I).

kalan suç ile tamamlanmış suç arasında kural olarak herhangi bir farklılık öngörmemektedir. Ayrıca kurala ilişkin örnekler suçun unsurlarına benzemekte ve suçun nitelikli hallerinden önemli oranda ayrılmamaktadırlar.⁷⁸

C. Tamamlanmış Temel Şekil- Teşebbüs Aşamasında Kalmış Kurala İlişkin Örnek

Bu durumda da ortaya çıkan problem suçun çok ağır halinin teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde kurala ilişkin örneklerin karine etkisinin söz konusu olup olmayacağıdır. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre suçun daha ağır halinin karine etkisinin belirlenmesinde temel şeklin hangi aşamada kaldığı önemli değildir. Ayrıca bu haller cezanın belirlenmesi hallerinden olduğu için teşebbüse de elverişli değildir.⁷⁹ Aksi görüşe göre ise suçun ağır halinin teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde dahi kurala ilişkin örneğin karine etkisi gerçekleşmiş olacak ve bu hale teşebbüsün kabul edilmesi gerekecektir. Öğretide ayrıca suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda karinenin gerçekleşebileceğini kabul edip, temel şeklin tamamlanması durumunda kabul etmemenin isabetsiz olduğuna da vurgu yapılmaktadır.⁸⁰

VI. İŞTIRAK BAKIMINDAN KURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kurala ilişkin örneklerin suçun unsuru olarak kabul edilmesi halinde ACK m. 25 vd. düzenlenen faillik ve şerikliğe ilişkin hükümler nitelikli hallerde olduğu gibi kurala ilişkin örneklerde de uygulanacaktır.⁸¹ Fiile ilişkin örneklerin söz konusu olduğu durumlarda şerik de bağlılık kuralı uyarınca bu halden sorumlu olacaktır. Ancak bununla birlikte özel kişisel nedenlerin söz konusu olduğu durumlarda çok ağır hal, kendisinde bulunan suç ortağı bakımından uygulanacaktır. Örneğin hırsızlık suçunun çok ağır hallerinden biri olan suçun meslek ya da sanat haline getirilerek işlenmesi (ACK m. 243 I 2 Nr. 3) hali hangi suç ortağının şahsında gerçekleşmiş ise yalnızca o bu ağır halden dolayı cezalandırılacaktır.⁸²

Öğretide ayrıca suçun çok ağır halleri cezanın belirlenmesi hali olarak kabul edilip bağlılık kuralının uygulanmayacağı kabul edildiği gibi, bu haller cezanın belirlenmesi hali olarak değerlendirilse de bağlılık kuralının uygulanacağı da kabul edilmektedir. İlk görüşe göre şeriklerin yapmış olduğu katkı olayın tamamı değerlendirildiğinde çok ağır hal olarak nitelendirilebiliyorsa bu

⁷⁸ Eisele, (2006) JA (n 33) 315; Josef Fabry, “Der besonders schwere Fall der versuchten Tat” (1986) NJW 15, 19 vd.

⁷⁹ Zieschang (n 25) 566; Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf (n 72) § 14 kn 39.

⁸⁰ Fabry (n 78) 20; bakınız Eisele, (2006) JA (n 33) 315.

⁸¹ Bknz. Gropp ve Sinn (n 59) § 2 kn 62 vd.

⁸² Eisele, (2006) JA (n 33) 315.



durumda şerik de çok ağır halden sorumlu tutulur.⁸³ Bu durumda şeriklerin katkıları değerlendirilerek sonuca varılmaktadır. Bu görüşe göre de özel kişisel nedenler yalnızca şahsında bulunan kişiler bakımından uygulanır. Öğretide ağırlıklı olan diğer görüşe göre, fail tarafından gerçekleştirilen fiile ilişkin kurala ilişkin örnekler bakımından bağıllık kuralı benzeri bir sorumluluk söz konusudur. Şerik suçun çok ağır halinin gerçekleştirilmesi bakımından kasıtlı hareket etmişse, çok ağır hal şerik bakımından da gerçekleşmiş olacaktır.⁸⁴

VII. İÇTİMA BAKIMINDAN KURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kurala ilişkin örnekler suçun unsuru olarak görüldüğünde içtima bakımından da bunlar bakımından yapılacak değerlendirme nitelikli hallerden farklı olmayacaktır. Bu durumda kanunların içtimanın söz konusu olduğu ve kurala ilişkin örneklerin suçun diğer unsurları yanında özel norm olduğu kabul edilmektedir.⁸⁵ Öğretide hırsızlık suçunun çok ağır hallerinin örneklerinden biri olan kapalı bir yerde gerçekleşen hırsızlık eyleminde, örneğin düzenlenmiş olduğu normun konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçlarını tükettiği ve yalnızca hırsızlığın çok ağır halinden cezalandırmanın yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bu örnekte failin hırsızlıktan dolayı cezalandırılması suretiyle kapalı yere girmesi ve mala zarar vermesi eylemlerinin haksızlık içeriğinin tüketilmektedir.⁸⁶

SONUÇ

Alm. CK'da yer alan suçun çok ağır halleri, çok hafif halleri ve suçun çok ağır hallerinin örnekleme yoluyla düzenlenmeleri TCK'daki nitelikli hallerle içerik itibariyle benzeşse de hukuki nitelikleri ve uygulanma koşulları itibariyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Suçun nitelikli hallerinin söz konusu olduğu durumlarda bunların somut olayda gerçekleşmeleri halinde uygulanmaları zorunlu iken kurala ilişkin örneklerin var olduğu durumlarda uygulanmaları zorunluluk arz etmemektedir. Bununla birlikte kanunda sayılan örneklerden (çok ağır hal örneklerinden) herhangi biri gerçekleşmemiş olsa dahi hâkim tarafından bu ağırlıkta görülen davranışlar ya da somut olayın diğer özellikleri bu kapsamda değerlendirilebilecek ve kurala ilişkin örneklerin uygulama alanı daha da genişletilebilecektir. Bu durum kanuni düzenlemelerin aksi ispat edilebilir bir karine teşkil etmesinden ve madde metninde sayılan hallerin yalnızca örnek mahiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır. Gerek

⁸³ Gunter Heine ve Frank Schuster, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Baskı, C.H. Beck Verlag 2019) § 283a kn 10.

⁸⁴ Schmitz, MK Band 4 (n 74) § 243 kn 82.

⁸⁵ Eisele, Die Regelbespielsmethode (n 14) 354 vd.; Eisele, (2006) JA (n 33) 317.

⁸⁶ Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf (n 72) § 14 kn 52; Eisele, (2006) JA (n 33) 316; aksi yönde görüşler için: Schmitz, MK Band 4 (n 74) § 243 kn 93.

TCK'da gerekse Alm. CK'da düzenlenen nitelikli haller ise katalog şeklinde düzenlenmiş olup zikredildiği üzere bağlayıcıdır. Ayrıca bu hallerin kıyas yoluyla genişletilebilmesi de mümkün değildir. Aksi yönde bir uygulama kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Alm. CK'da yer alan kurala ilişkin örnekler müessesesine getirilen en önemli eleştirilerden biri kanaatimizce suçun nitelikli halleri ile kurala ilişkin örneklerin düzenleme itibariyle benzerlik göstermeleridir. Hatta öyle ki kanun değişiklikleri ile bazen kurala ilişkin örnekler (suçun çok ağır halleri) nitelikli hale bazen de nitelikli haller kurala ilişkin örneğe dönüştürülmektedir. Buradaki yer değiştirmenin esasında, hukuki anlamda temeli olduğundan bahsetmek güçtür. Yine benzer şekilde aynı nitelikteki hareketlerin aynı hukuki değer bakımından bazen nitelikli hal bazen de kurala ilişkin bir örnek olarak düzenlendiği yukarıda ifade edilmişti. Bu şekilde bir düzenleme yöntemi de bu iki hal arasındaki ayrımı yapmayı güçleştirmektedir.

Ceza kanunlarında düzenleme yapılırken kanun koyucuyu kanunilik ilkesi dışında sınırlandıran bir hüküm söz konusu değildir.⁸⁷ Suç ve ceza politikası uyarınca kanun koyucu çeşitli etkenleri de göz önünde bulundurarak belli bazı davranışları suç olarak ya da nitelikli hal olarak düzenleyebilmektedir. Kurala ilişkin örnekler müessesesi de bu bağlamda suç ve ceza politikası bakımından gerekli görülebilir. Ancak bununla birlikte kurala ilişkin örnekler şeklindeki düzenlemelerin -kanunilik ilkesine uygun olup olmadıkları bir tarafa bırakılırsa- bir başka ifadeyle bu şekilde bir kanun yapma tekniğinin dahi kendi içinde tutarlı ve öngörülebilir olması gerekir. Mevcut düzenlemeler bakımından değerlendirme yapıldığında suçun temel şeklinde olduğu gibi her bir duruma ilişkin maddi nitelikteki bütün unsurlar kurala ilişkin örneklerde de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Burada belirtilen unsurlar temel şekilde olduğu gibi bazen deskriptif bazen ise normatif niteliktedir. Bundan dolayı bu haller aslında suçun unsuru olarak değerlendirilmelidir. Bu düzenlemelerin bağlayıcı olup olmaması her ne kadar eksiklik olarak görülmesi de suçun unsuru olarak kabul edilmeleri gerekir.

Gelişen ve değişen toplum düzeni ve bunları etkileyen sosyolojik, ekonomik ve en önemlilerinden biri olan teknolojik gelişmeler hayatın her alanını etkilediği gibi ceza hukukunu da etkilemektedir. Bu alanlarda meydana gelen hızlı gelişim ve değişim ceza hukukunu ilgilendiren kanunlarda da dinamik bir yapının tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Bu dinamik yapı gereksiniminin

⁸⁷ Yazılı olmasa da haksızlıkla mücadelede ceza hukuku yaptırımlarına en son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gerekir. Adem Sözüer, "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu" (2013) 71 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Önsöz) 3 vd.; Soner Demirtaş, "Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi" (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 493, 493 vd.



bir sonucu olarak Alm. CK'da düzenlenen suçun çok ağır hallerini oluşturan kurala ilişkin örnekler düzenlemeleri önem arz etmektedir. Kanun koyucunun daha fazla cezayı gerektiren haller (nitelikli haller ya da kurala ilişkin örnekler) bakımından nasıl bir yöntem tercih edeceği önemlidir. Burada kazuistik bir yöntem tercih edilebileceği gibi Alman kanun koyucunun kurala ilişkin örnekler hallerini düzenlediği şekliyle dinamik bir yöntem de tercih edilebilir.

Yukarıda zikredilen değişim ve gelişim ile somut olay adaletinin sağlanması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda Alm. CK'daki bu kurum Türk ceza hukuku bakımından örnek teşkil edebilir. 7331 sayılı Kanun ile TCK'da yapılan değişiklikler bu bakımdan önem arz etmektedir. Bu kanun ile TCK'da düzenlenen kasten öldürme, yaralama, eziyet, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarındaki nitelikli haller, söz konusu suçların kişinin “boşandığı eş”⁸⁸ karşı işlenmesi nitelikli halinin eklenmesi burada zikredilen kurumun önemi bakımından dikkat çekicidir. Kanun değişikliğine kadar kişinin boşanmış olduğu eşine karşı bu suçları işlediği durumlarda cezayı ağırlaştırılan halin uygulanması kanunen söz konusu değildi ve kanun koyucu bu ihtiyacı karşılamak amacıyla kanuna “boşandığı eş” ibaresini ekleyerek sorunu kanaatimizce “görünürde ve sınırlı bir şekilde” ortadan kaldırmıştır. Ancak bununla birlikte aralarında resmi anlamda herhangi bir evlilik birlikteliği gerçekleşmeyen kişilerin (birliktelik sırasında veya bu birliktelik son bulduktan sonra) birbirlerine karşı bu suçları işlemeleri halinde eğer başka bir nitelikli hal yoksa suçun temel şekli uygulanacak, bir başka ifadeyle bu nitelikli hal uygulanamayacaktır. Oysaki somut olayın özelliklerine göre bu durumlarda dahi nitelikli halin uygulanması olması gereken hukuk açısından gereklidir. Bununla birlikte somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak bazı hallerde kanunda zikredilen ağırlaştırıcı hallerin uygulanmaması da gerekebilir. Kurala ilişkin örnekler şeklindeki düzenlemelerin söz konusu olduğu durumlarda şu husus özellikle vurgulanmalıdır ki olay hâkimi, çok ağır halin varlığını tespit ettiği durumlarda bu hali neden uyguladığını ya da varlığına rağmen neden uygulamadığını gerekçeli ve denetime elverişli bir şekilde ayrıntılı olarak açıklamalıdır.

Sonuç olarak bütün unsurları ile belirlenmiş ve kanunilik ilkesinin gereklerine uygun bir şekilde vazedilmiş olan suçun temel şeklinin yanında somut olay adaletini sağlamak amacıyla Alm. CK'da düzenlenen kurala ilişkin örnekler müessesesi Türk ceza hukuku bakımından da tartışılmalıdır. Kanun koyucudan suçu bütün unsurlarıyla ayrıntılı bir şekilde ve kazuistik bir yöntemle belirlemesi ve böylece bütün olasılıkları kapsayacak şekilde düzenleme yapması beklenebilir bir durum değildir. Bununla birlikte hâkimin her bir yargılamada somut olayların farklılıklarını göz önünde bulundurabilmesi

⁸⁸ Burada zikredilen değişiklikler ya da kanun maddeleri yalnızca örnek mukabilinden verilmiştir. Kanunda benzer sorunları içeren farklı maddeler de bulunmaktadır.

mümkündür. Hukuki güvenlik ilkesinden vazgeçmeden somut olaylardaki çok yönlü durumları göz önünde bulundurarak adil bir yargılamanın yapılması da hukuk düzeni bakımından elzemdir.

KAYNAKÇA

Arzt G, “Die Neufassung der Diebstahlbestimmungen, Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele“ (1972) JuS 576-581.

Arzt G, Weber U, Heinrich B ve Hilgendorf E, Strafrecht Besonderer Teil (3. Baskı, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2015).

Baumann J, Weber U, Mitsch W ve Eisele J, Strafrecht Allgemeiner Teil (12. Baskı, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2016).

Calliess RP, “Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht-Zum Problem von Tatbestand und Rechtsfolge im 6. Strafrechtsreformgesetz” (1998) NJW 929-935.

Calliess RP, “Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafrecht” (1975) JZ 112-118.

Doğan K, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).

Demirtaş S, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi” (2019) 21 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan 491-515.

E StGB 1962 m. 61 (<https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>, ET: 13.06.2020).

Eisele J, Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht (Mohr Siebeck Verlag 2004).

Eisele J, “Die Regelbeispielsmethode: Tatbestands- oder Strafzumessungslösung?” (2006) JA 309-316.

Fabry J, “Der besonders schwere Fall der versuchten Tat” (1986) NJW 15-20.

Freund G, “Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts-Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern” (1997) 109 (9) ZStW 455-489.

Frister H, Strafrecht Allgemeiner Teil (9. Baskı, C.H. Beck Verlag 2020).

Gössel KH, “Über die sog. Regelbespieltechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung” Festschrift Hirsch 183-205.

Gropp W ve Sinn A, Strafrecht Allgemeiner Teil (5. Baskı, Springer Verlag 2020).



Hecker B, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Baskı, C.H. Beck Verlag 2019).

Heine G ve Schuster F, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Baskı, C.H. Beck Verlag 2019)

Hettinger M, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB) (Duncker Humblot Verlag 1982).

Horn E, Die besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafgesetzbuch (2001).

Jescheck HH ve Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (5. Baskı, Duncker Humblot Verlag 1996)

Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil (2. Baskı, Walter de Gruyter Verlag 1991)

Kaspar J, Strafrecht Allgemeiner Teil (3. Baskı, Nomos Verlag 2020).

Krahl M, Tatbestand und Rechtsfolge (Verlag Vittorio Klostermann 1999).

Maiwald M, "Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele" Festschrift Gallas 137-162.

Maiwald M, "Zur Problematik der besonders schweren Fälle im Strafrecht" (1984) NStZ 433-440.

Matthies D, Exemplifikationen und Regelbeispiele (De Gruyter Verlag 2009).

Maurach R, Schroeder FC, Maiwald M, Hoyer A ve Momsen C, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1-Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte (11. Baskı, C.F. Müller Verlag 2019).

Radtke H, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-37 (4. Baskı, C.H. Beck Verlag, 2020).

Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre (5. Baskı, C.H. Beck Verlag 2020).

Schmitz R, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-37 (4. Baskı, C.H. Beck Verlag 2020).

Schmitz R, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 §§ 185-262 (4. Baskı, C.H. Beck Verlag 2021).

Sözüer A, "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu" (2013) 71 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71 Sayı 1 (Önsöz) 1-21.

Sternberg-Lieben D ve Schuster F, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Baskı, C.H. Beck Verlag 2019).

- Wahle E, Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle im Strafrecht (1996).
- Wessels J, “Zur Problematik der Regelbeispiele für schwere und besonders schwere Fälle” Festschrift Maurach 295-310.
- Wessels J, Beulke W ve Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau (50. Baskı, C.F. Müller Verlag 2020).
- Hassemer W ve Kargl W, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1 (5. Baskı, Nomos Verlag 2017).
- Yenisey F ve Plagemann G, Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (2. Baskı, Beta Yayıncılık 2015).
- Zieschang F, “Besonders schwere Fälle und Regelbeispiele-ein legitimes Gesetzgebungskonzept ?” (1999) Jura 561-568.



TÜRK HUKUKUNDA KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETMEK FİİLİNE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE SORUNLARI

*The Historical Development and Problems of the Sanctions Implemented
in Turkish Law Against Dud Cheque*

Safa ERŞAN*

Özet

Bir kambiyo senedi olan çek, tedavül kabiliyeti ve yaygın kullanımı sebebiyle diğer kambiyo senetlerinden ayrı bir öneme sahiptir. Çekin karşılıksız çıkması durumunda uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusu Türk hukukunda öteden beri tartışmalı bir alan olarak yerini korumaktadır.

Karşılıksız çek keşide etmek fiiline ilişkin ayrı düzenlemenin yapıldığı ilk tarih olan 1985 yılından bugüne kadar altı farklı düzenleme yapılmıştır. Bu süreç içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 Numaralı Protokolün 1. maddesinde yer alan “borç için kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı” hükmü tartışmaları başka bir boyuta taşımıştır. İç hukukumuzda yapılan yeni düzenlemeler de sorunu çözememiş ve tartışmaları nihayete erdirememiştir. 1985 yılında hürriyeti bağlayıcı bir cezayla başlayan yaptırım süreci, 2016 yılında Çek Kanunu’nda yapılan son düzenlemelerle adli para cezası yaptırımıyla sonlandırılmıştır.

Bu çalışmada çekin karşılığının bulunmaması durumunda Türk hukukunda öngörülen yaptırımların tarihsel süreç içerisindeki gelişimi; değişikliklerin gerçekleştiği dönemlerde doktrinde olan tartışmalar ile yargı kararlarına da yer verilerek incelenmiş ve görüşlerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: karşılıksız çek, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, borç için hapis yasağı, karşılıksız çekte yaptırım sistemi ve tarihçesi

Abstract

The cheque, which is a bill of exchange has different importance than other bills of exchange due to its circulatory ability and widespread use. The issue of the sanction that will be implemented if the check is “dud cheque” remains a controversial area in Turkish law for a long time.

Six different amendments have been made since 1985, the first date when separate arrangements regarding dud cheque were made. In this process, the provision that “no one can be deprived of his freedom for debt” included in Article 1 of the Additional Protocol No.4 of the European Convention on Human Rights has taken the discussions

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Trabzon Cumhuriyet Savcısı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, safa.ersan@hotmail.com, <http://orcid.org/0000-0002-2915-3604>

to another dimension. The new regulations made in our domestic law have not solved the problem and could not end the discussions. The sanction process, which started as a prison sentence in 1985, ended with a criminal fine sanction with the last amendment to the Cheque Law in 2016.

In this study, the historical development of the sanctions implemented in Turkish law against dud cheque was evaluated with the discussions in the doctrine and judicial decisions according to periods when the changes took place and our opinions were given.

Key Words: dud check, prohibition of issuing a check and opening of check accounts, ban on imprisonment for debt, sanction system and its history against dud check

GİRİŞ

Ticaret Kanunu anlamında bir kambiyo senedi olan çek, tedavül kabiliyeti ve ödeme aracı olarak kolaylıklar sağlaması nedeniyle ekonomik hayatta diğer kambiyo senetlerinden ayrı bir yere sahiptir. Ekonomik düzenin sağlanması, ticari hayatın sorunsuz şekilde devam edebilmesi için keşide edilen çeklerin karşılığının bulunması zaruridir. Aksi taktirde, toplumda çeke olan güven sarsılacak ve çeklerin kabulünde tereddütler ortaya çıkacak, çekten beklenen fayda da sağlanamayacaktır. Bu faydanın sağlanması amacıyla, esasında bir özel hukuk müessesesi olan çeke ilişkin düzenlemelere kamu hukuku enstrümanları da dahil edilmiştir.

Çekin karşılıksız kalması halinde bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı ve yaptırım uygulanacaksa da bu yaptırımın ne olacağı sorusu hukukumuzda öteden beri tartışmalıdır. Bu tartışmalar karşılıksız çek keşide etmek fiiline ilişkin düzenlemelerin oluşmasında etkin rol oynamış, çek hamillerinin korunması ve karşılıksız çek keşidelerinin önlenmesi amacıyla toplamda altı kez düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin başlangıcı olan 19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun¹ kadar, TBMM'nin bir yorum kararı kapsamında karşılıksız çek keşide etmek fiili, dolandırıcılık suçu içinde değerlendirilmekteydi. Daha sonra mezkûr suça ilişkin önce 19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiş ve daha sonra bu kanunun yerine 14.12.2009 tarihinde 5941 sayılı Çek Kanunu² kabul edilmiştir.

Karşılıksız çek keşide etmek fiilinin ilk defa ayrı bir suç olarak kabul edildiği 19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunla başlayan adli süreç, 31/1/2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanunla³ sona ermiş ve 2016 tarihine kadar idari nitelikteki yaptırımların uygulanması kabul edilmiştir. 15.07.2016 tarihli

¹ T.C. Resmî Gazete, T: 03.04.1985, S: 18714.

² T.C. Resmî Gazete, T: 20.12.2009, S: 27438.

³ T.C. Resmî Gazete, T: 03.02.2012, S: 28193.

ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla⁴ adli sürece geri dönmüş ve karşılıksız çek keşide etmek fiili bir suç olarak tekrardan kabul edilmiştir. 3167 sayılı kanunun uygulandığı dönemde, 3863 sayılı Kanun⁵ ve 4814 sayılı Kanun⁶ ile uygulanacak yaptırımlara ilişkin değişiklikler gerçekleştirilmiş ancak devam eden tartışmalar ve kanunun beklenen faydayı sağlayamaması sebebiyle yeni bir kanun için çalışmalara başlanmış, 14.12.2009 tarihinde 5941 sayılı Çek Kanunu kabul edilerek çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemine sebebiyet verilmesi suçu düzenlenmiştir. 5941 sayılı kanunun uygulandığı dönemde de eleştiriler devam etmiş, 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanunla 5941 sayılı Kanun üzerinde önemli değişiklikler yapılmış ve mezkûr suç kabahate dönüştürülerek idari yaptırım öngörülmüş fakat bu değişiklik de istikrarı sağlayamamış, 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, “karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi” yeniden suç olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, karşılıksız çek fiiline ilişkin hukukumuzda uygulanan adli ve idari nitelikteki yaptırımların tarihsel süreç içindeki gelişimi ve görüşlerimiz ifade edilecektir. Çalışma konusuyla sınırlı olarak sadece karşılıksız çek keşide etmek fiiline etki eden hususlar ve yaptırımlar incelenecek olup mevcut olan tartışmalar, yargı kararları ve doktrin görüşleri incelenen döneme göre yansıtılmaya çalışılacaktır.

A. 1985 TARİHLİ 3167 SAYILI KANUN ÖNCESİ DÖNEM

3167 sayılı Çekle Ödenmelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önce, mevzuatımızda çekin karşılıksız kalmasına yönelik herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemiştir. Gerek 1926 tarihli Ticaret Kanunu⁷, gerekse 1956 tarihli Ticaret Kanunu’nda⁸ karşılıksız çeklere ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Ticaret Kanunu’nda konuya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması bazı Avrupa ülkelerindeki yasal düzenlemelerle paralellik göstermekteydi.⁹ Şöyle ki; bu dönemde Almanya’da özel kanun olarak değerlendirilebilecek, cezai bir yaptırım içeren düzenlemeler yoktu. Bu fiillere karşılık olarak Alman Ceza Kanunu’nun 263. maddesine göre dolandırıcılık hükümleri uygulanmaktaydı. Yine Hollanda mevzuatında da Almanya’ya benzer bir düzenleme mevcut olup garanti edilmemiş çekler hakkında şartları varsa, Hollanda Ceza Kanunu’nun 326.

⁴ T.C. Resmî Gazete, T: 09.08.2016, S: 29796.

⁵ T.C. Resmî Gazete, T: 26.01.1993, S: 21477.

⁶ T.C. Resmî Gazete, T: 08.03.2003, S: 25042.

⁷ Kabul Tarihi: 26.05.1926, T.C. Resmî Gazete, T: 26.06.1926, S:406.

⁸ Kabul Tarihi: 29.06.1956, T.C. Resmî Gazete, T: 09.07.1956, S:9353.

⁹ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2019, s. 407.



maddesine göre dolandırıcılık hükümleri uygulanabiliyordu. İngiltere bakımından da benzer bir durum söz konusu olup 1968 yılında uygulanmaya başlayan hırsızlık hakkındaki kanunun 515. ve 516. maddeleri kapsamında karşılıksız çekler cezalandırılıbiliyordu.¹⁰

Ülkemizde bu dönemde her ne kadar özel bir cezai çek düzenlemesi olmasa da belli koşulların varlığı halinde karşılıksız çek keşide edenlerin cezalandırılması bir TBMM yorum kararı¹¹ kapsamında mümkündü. 1929 tarihli TBMM yorum kararı, 1926 yılında oluşturulan ve 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun 610. maddesine karşılıksız çek keşidesini cezalandırmak amacıyla eklenen hükmün, kanunun meclisteki müzakeresi esnasında metinden çıkarılması üzerine, hükümetin bu amacı sağlamak amacıyla bir fıkrayı maddeye ekleme önerisinin reddedildiği gerekçede ortaya çıkmıştır.¹² Mezkûr karar, kanunun belirli maddeleri arasında bulunmadığından, yollama yoluyla cezalandırmaktan ziyade var olan bir maddeyi yorumlayıcı niteliktedir.¹³ Zaten yasama organı yorum ve yollama kararı ile suç ve ceza yaratamayacağı için meclis kararı bu şekilde anlaşılmalıdır.¹⁴ Kanun koyucu bu kararıyla kendi nihai iradesini belli ettiği için buna herhalde uyulması gerekecektir. Mezkûr kararın mealinde dolandırıcılık suçunun tüm unsurlarının aranması gerektiği belirtilirken, dolandırıcılık suçunun unsurlarından sayılmayan “lakaydi” ve “ihmal” suretiyle de karşılıksız çek keşide edilmesinin dolandırıcılık suçu hükmünce cezalandırılacağına belirtilmesi haklı olarak eleştirilmiştir.¹⁵ Kanun maddesinde sayılmayan ve dolandırıcılık suçunun taksirle de işlenebileceği izlenimi veren bu ifadeler, anayasal ilkelerden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyebilecek niteliktedir. Dahası, bu ifadelerin uygulamaya da yansımaları olmuş, mahkemeler de hükmü yanlış yorumlamış ve Yargıtay'ın da

¹⁰ Sulhi Dönmezer, “Karşılıksız Çek”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, S:1-4, 1977, s. 307-313.

¹¹ T:17.1.1929, S:471.

¹² İlgili gerekçe şu şekildedir: “*Karşılığı olmadığı halde çek keşide edenlere ceza tertibine dair Ticaret Kanununun 610. maddesine bir fıkra ilâvesi teklif olunmuş ise de TCK. nın 503. maddesi çek keşide edenlerin hareketine tamamen tetabuk etmekte bulunması hasebiyle cürüm telâkki olunmasını da tahtı teminde bulunduğundan bu surette karşılığı olmadan çek keşide edenlerin cezaî bir tehdid’i kanuniden vareste kalabilmelerine imkân olmadığı ve böylece muhatabın yedinde çek muhteviyatını ödeyecek karşılık parası veya sair nakti olmayanların sania, hile, lâkaydi ve ihmal ile çek keşide ettikleri takdirde hamilin izar suretiyle bir dolandırıcılık cürmünü mürtecip olacakları aşîkâr ve bilhassa Ceza kanununun umumî hükmününün tatbiki halinde bazan hesabının kat’i neticesini bilmeyerek zuhulen çek keşide edenlerin hareketlerini de yine ahkâm’i cezaiyede aranan kast’i cürmününün fiktanı hasebiyle cürüm telâkki olunmamasını da taht’i teminde bulunduğundan Ticaret kanununun mezkûr 61.0. maddesine bir fıkra ilâvesine mahal olmadığı heyet’i umumiyenin 7.1.1929 tarihli 22. inikadının 1. celsesinde tekarrür etmiştir.*” (Dönmezer, a.g.m., s. 314)

¹³ A.e., s. 315.

¹⁴ Hayri Domaniç, *Karşılıksız Çek*, İstanbul, Arpaz Matbaacılık, 1983, s. 42.

¹⁵ Dönmezer, a.g.m., s. 316.

bu çelişkiyi gideremediği ifade edilmiştir.¹⁶ İlgili dönem bakımından hâkim olan görüşe göre dolandırıcılık suçu kapsamında, karşılıksız çek keşide etmek fiilinin cezalandırılabilmesi için suçun kasten işlenmiş olması gerekmektedir.¹⁷

Bu dönemde karşılıksız çek keşide edenler hakkında, şartların bulunması durumunda dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştik. 765 sayılı TCK'nın¹⁸ 503. vd. maddelerinde düzenlenen dolandırıcılık suçu, bir kişiyi aldatabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başka bir kişinin zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlamak şeklinde ifade edilmiş olup bu fiilin yaptırımı da bir yıldan üç yıla kadar hapis ve sağladığı haksız menfaatin bir misli kadar ağır para cezasıdır.¹⁹ Suçun oluşabilmesi için “bir kimseyi hulus ve saffetinden (iyi niyetinden) yararlanacak mahiyette sanialar ve hileler yaparak hataya düşürüp, o kimsenin veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlanması gerekir.”²⁰ Suçun oluşabilmesi için sayılan tüm bu unsurların aynı anda mevcut olması zaruridir. Aksi takdirde, suçun oluşması mümkün değildir.²¹ Suçun unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: ²²

Çeki düzenleyenin ya da ciro edenin dolandırmak kasıt ve niyetiyle hareket etmiş olması gerekir. Yani karşılıksız çek düzenleyen ya da ciro eden kimse dolandırmak amacı ile sanialar ve hileler yaparak hareket etmişse kasıt unsuru oluşmuştur ancak bu durumda dahi, çek düzenleme ya da kullanmayla kişi kendisine bir yarar sağlamamışsa veya bir başkasının zararı yoksa suç oluşmayacaktır.

¹⁶ Domaniç, a.g.e., s. 42.

¹⁷ Dönmezer, a.g.m., s. 316; Domaniç, a.g.e., s. 43.

¹⁸ T.C. Resmî Gazete, T: 13.03.1926, S: 320.

¹⁹ 565 sayılı TCK m. 503.

²⁰ Suçun unsurlarının kapsamlı açıklaması için bkz.: Zeki Baydar, “Yargıtay Kararları Işığında Karşılıksız Çek ile Dolandırıcılık Suçu ve Bu Suçun Tekemmül Anı ile İlgili Bazı Tahsil, Tenkit ve Düşünceler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:4, 1981, s. 660.

²¹ Karşılıksız çek keşide etmek fiilinin, hangi durumlarda dolandırıcılık suçunun aracı olamayacağı haller için bkz.: Domaniç, a.g.e., s. 71-83.

²² Haluk Atalan, “Güncel Bir Sorun: Karşılıksız Çek”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:1, 1983, s. 36-40; Domaniç, a.g.e., s. 67-71; Baydar, a.g.m., s. 660-662.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 1981/6-360, K: 1981/428, T: 14.12.1981: “...*Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre; müccerret karşılıksız çek keşide edilmesi suçunun oluşması için yeterli görülmemekte, TCK. nun 503.maddesindeki diğer unsurların varlığı kaydedilir ki, karşılıksız çek keşide edilmesinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğundan söz edilebilir. Bütün cürümlerde olduğu gibi burada da öncelikle sanığın dolandırıcılık kastı ile hareket ettiğinin tesbiti gereklidir. Bir diğer deyişle, sanık lehdarı dolandırmayı kastederek ve bunun için onun iyiniyetinden (hulus ve saffet) yararlanıp bir takım hile ve sanialar yaratarak (karşılığı olmadığını bildiği halde çek keşide etmesi) bundan kendisi veya bir başkası için yarar sağlaması ve lehdarı da zarara sokması halindedir ki karşılıksız çek keşide etmek suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşabileceği kabul edilebilecektir.*” (Domaniç, a.g.e., s. 46)



Çek düzenleyen ya da ciro eden kişinin sania ve hileleri başkalarını aldatacak nitelikte olmalıdır. Yani lehtar ya da kendisine çek ciro edilen kişi, çekin kanuni ibraz süresi içinde ödeneceğine inandırılmış olması gerekmektedir. Hile ve saniaların değerlendirilmesi bakımından, mağdurun kültür seviyesini, ticari durumunu ve kişisel özelliklerini de göz önüne alarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Dolandırılan kimsenin hulus ve saffet sahibi olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, dolandırılan kimse iyiniyetli olarak çeke güvenmiş ve kendi bilgi birikimi, hayat tecrübesi bakımından iyiniyetli olduğunun tespit edilmiş ya da edilebilir olması gerekir. Burada mağdurun subjektif özellikleri dikkate alınır ve ona göre bir değerlendirme yapılır. Örneğin; çekin düzenlenmesi anında ödenmeyeceği bilinen bir çekin karşılıksız kalması durumunda suç oluşmayacaktır.

Mağdurun ya da bir üçüncü şahıs aleyhine haksız bir zarar ortaya çıkmalıdır. Ortaya çıkan bu zarar ile failin keşide ettiği karşılıksız çek arasında da bir illiyet bağı olmalıdır. Yukarıda sayılan diğer unsurlar bir arada olsa dahi, eğer bir zarar ortaya çıkmamışsa ve/veya ortaya çıkan bu zarar ile karşılıksız çek arasında bir illiyet bağı kurulamıyorsa burada suç oluşmayacaktır ve dolayısıyla karşılıksız çek keşide etmenin de cezai bir yaptırımı olmayacaktır.

Bu haksız zararın, keşideci, ciranta veya üçüncü şahsın malvarlığına haksız bir yarar olarak yansımış olması gerekmektedir. Karşılıksız çek keşide eden kişi, fiili sebebiyle bir yarar sağlamıyor ancak bir başkası yararına haksız kazanç oluşuyorsa bu durumda dahi suç oluşacaktır. Bu sayılan unsurların tümünün mevcut olması gerekir, aksi takdirde dolandırıcılık suçunun oluşması, yani karşılıksız çek keşide etmek fiilinin de bu anlamda cezalandırılması mümkün değildir.

Yine bu dönemde tartışmaya sebep olan bir husus da şekil şartlarına uymayan, bazı unsurları kasten eksik olarak düzenlenmiş çeklerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunudur. Bu konuda çelişkili kararları olan Yargıtay da sorunu çözüme kavuşturamamıştır. Bir kararında eksik unsurlu çek bakımından suçun oluşmayacağını kabul eden Yargıtay²³, başka bir kararında suçun oluşacağına hükmetmiştir.²⁴ Çekin zorunlu unsurlarını taşımayan bir senedin eski Ticaret Kanunu kapsamında adi

²³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 1979/8601, K: 1971978/8591, T: 21.12.1979: “Karşılıksız olarak çekilen çek, düzenleme yönünden özel hukuk hükümlerine göre kusurlu olsa da hâkimi yanılığa düşürerek aldatmaya yeterli bulunmuş ve keşide eden yararına haksız bir yarar sağlamışsa, bu durum dolandırıcılık suçunda aranan hile ve sania öğelerini oluşturur.” (Baydar, a.g.m., s. 665)

²⁴ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 1978/1599, K: 1978/1672, T: 14.03.1978: “... Çekildiği gün ve çekilme yerini kapsamayan çek, olağan bir yollama yönerimi (emri) niteliğindedir. Bu nedenle karşılıksız olmasından ötürü, dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesine olanak vermez...” (Baydar, a.g.m., s. 666)

bir havale sayılıp, dolandırma kastına binaen cezalandırılması mümkün olduğu belirtilmiştir.²⁵ Şekli unsurları eksik ihdas edilen senet çek vasfını taşıyamıyor ancak dolandırıcılık suçunun unsurlarına tam olarak hizmet ediyorsa, yine dolandırıcılık suçunun oluşacağı ancak gerekçenin karşılıksız çek düzenleme fiili olarak gösterilemeyeceği ifade edilmiştir.²⁶ Diğer yandan, noksan veya kusurlu çek keşide edilmesi durumunda da ayrıca bir yaptırım öngörülmesi gerekliliği de savunulmuştur.²⁷ Bizce burada dikkat edilmesi gereken husus, karşılıksız çek keşide etmenin münhasıran bir suç oluşturmamasıdır. Yani çekin karşılıksız kalması tek başına yeterli olmayıp başkaca şartlar da gerekmektedir. İncelediğimiz dönem itibarı ile önemli olan dolandırmak kastı ile bir çekin düzenlenmesi ve karşılıksız bırakılmış olmasıdır. Aslında buradaki senet bir çek niteliğinde olmasa dahi, dolandırmak kastı ile düzenlenen adi bir senet de bu kapsamda dolandırıcılık suçuna konu olup cezalandırılabilecektir. Bu açıklamalar bağlamında, çekin zorunlu unsurlarını taşımayan ve ibraz ya da vade tarihinde ödenmeyen senetlerin, dolandırmak kastı ile düzenlendiği ispat edildiği takdirde dolandırıcılık suçunun oluşacağı ifade edilebilir.

Bir başka tartışma konusu ise suçun hangi anda oluştuğu noktasındadır. Karşılıksız bir çekin düzenlendiği anda mı yoksa ibraz tarihinde mi suçun oluşacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yine bu konuda da Yargıtay kararlarında bir istikrar sağlanamamıştır.²⁸ Genel kabul ise çekin ibraz tarihinde suçun oluşacağıdır.²⁹ Çünkü ibraz tarihine kadar zararın gerçekleşip gerçekleşmediği henüz belli değildir.³⁰ Karşılıksız çek ibraz edilmemişse veya kanuni ibraz süresi geçtikten sonra ibraz edilmişse bir suç söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.³¹ Çekin ibrazından önce karşılıksız kaldığının saptanması mümkün olmayacağı gibi, hiç ibraz edilmeden de bir suç oluşacağını söylemek mümkün değildir. Bu sebeplerle, çekin yetkili hamil tarafından muhataba ibrazı anında suçun oluşacağını söylemek mümkündür.³²

Sonuç olarak incelenen dönemde, keşide edilen bir çekin karşılıksız kalması bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir.³³ Karşılıksız kalan bir

²⁵ Domaniç, a.g.e., s. 81.

²⁶ Ayşe Nur Ersoy, “5941 Sayılı Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Çeklerde Karşılıksız İşlemine Sebepiyet Verilmesinin Cezai ve İdari Yaptırımları”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S:1, 2019, s. 268.

²⁷ Baydar, a.g.m., s. 666.

²⁸ Bu konudaki çelişkili Yargıtay kararları için ve daha detaylı bir değerlendirme için bkz.: Baydar, a.g.m., s. 667-670.

²⁹ Dönmezer, a.g.m., s. 318-319; Atalan, a.g.m., s. 39; Domaniç, a.g.e., s. 82.

³⁰ Dönmezer, a.g.m., s. 319.

³¹ Atalan, a.g.m., s. 39.

³² Bu konuda, döneme ait çeşitli Yargıtay kararları ve bunların detaylı incelemesi için bkz.: Domaniç, a.g.m., s. 42-59.

³³ Kendigelen, a.g.e., s. 407.



çekin cezalandırılabilmesi, dolandırıcılık suçunun tüm unsurlarının bir arada bulunmasına bağlıydı. Mezkûr yorum kararı, mevcut olan bir maddenin yorumlanması ve bu bağlamda dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunması gerektiğinin ifadesi olmasına rağmen, kendi içinde çelişen bir ifadeyle “ihmalen veya lakaydi ile çek düzenleme” kavramlarının da yoruma katılmasıyla, suçun taksirle de işlenebileceği izlenimini vermekteydi. Buna rağmen, “ihmalen veya lakaydi ile çek düzenleme” kavramlarına dayanarak yaptırım uygulanması ilgili dönem için mümkün değildir.³⁴ Zira, TBMM’nin mezkûr yorum kararı her ne kadar bağlayıcı da olsa Anayasal bir ilke olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önüne geçebilecek nitelikte değildir. Bu doğrultuda sözleşmeden doğan borç için verilen çeklerin karşılıksız kalması durumunda, hukuki ilişkinin şartlarının detaylı şekilde incelenmesi, sözleşmenin kapsamında ne gibi bir hilenin mevcut olduğunun araştırılması gerektiği ve sadece keşide edilen çekin karşılıksız kalmasının cezalandırılmayacağı Yargıtay tarafından da ifade edilmiştir.³⁵

B. 1985 TARİHLİ 3167 SAYILI KANUN DÖNEMİ (1985-2009)

1. 1985 Tarihli 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’da Düzenlenen Yaptırımlar

1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda ve 1956 tarihli Ticaret Kanunu’nda karşılıksız çek düzenlemesine ilişkin bir cezai yaptırım öngörülmediğini ve 1985 tarihine kadar dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümlerin uygulandığını yukarıdaki bölümde ayrıntılarıyla belirtmiştik. Karşılıksız çek düzenleme fiillerinin birçoğunda dolandırıcılık suçuna ilişkin unsurların ve özellikle dolandırma kastı ile karşılıksız çek keşide edilmesinin aranması sebebiyle, karşılıksız çek keşide edenlerin büyük bir kısmı cezai yaptırıma muhatap olmamışlardır.³⁶ Diğer bir söylemle, karşılıksız çek keşide edenlerin herhangi bir cezai yaptırımla karşılaşmaması, çekte olan güveni sarsmış, ülkede çek

³⁴ Bkz.: Kendigelen, a.g.e., s. 407: Bu dönemde karşılıksız çek keşide eden kişilerin, kastının bulunmadığından dolayı eylemlerinin cezasız kaldığı ifade edilmiştir.

³⁵ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 1976/274, K: 1976/320, T: 20.01.1976: “Düzenlendiği tarihte, çekin muhatap bankada karşılığı bulunmadığını bildiği anlaşılan mağdurun çeki bu şekilde kabul etmiş bulunması karşısında hataya düşürüldüğü bahse konu olamaz. Yasaya ve uygulamalara göre dolandırıcılık suçunun tekevvünü için lehtarın çekin karşılığının bulunmadığını bilmemesi ve bu suretle aldatılması gereklidir.” (Dönmezer, a.g.m., s. 318.) Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 1976/1590, K: 1976/1710, T: 01.03.1976: “...öte yandan kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı dikkate alınarak; lehtarın, başvurma zamanında çekin karşılığının bulunmadığını bilmesi halinde de dolandırıcılık suçunun tekemmül edemeyeceği doktrinde yazarların çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir... Öğleden sonra bankaya ibrazı hususun da müşteki ile konuşup anlaşarak suç konusu çekin müştekiye verildiği... Anlaşılmış ve öğleden sonra çek karşılığını fazlasıyla aşan paranın aynı gün çalışma saatinin bitiminden önce sanık tarafından çek hesabına aktarıldığı görüldüğünden...” (Yargıtay Kararlar Dergisi, C:4 S:2, Şubat 1978, s. 297)

³⁶ Kendigelen, a.g.e., s. 407.

kullanımının ve karşılıksız çek keşide sayısındaki artışın neticesinde doktrinde ve uygulamada karşılıksız çek keşide etmek fiilinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği düşüncesi öne çıkmış, hatta bunun bir zorunluluk olduğu savunulmuştur.³⁷ Çekin ödeme aracı olması ve ticari hayattaki önemi nedeniyle, çek hamillerinin korunması ve çekte güvenilirliği sağlamak amacıyla, kaynağı Fransız Çek Kanunu olan³⁸ 19.03.1985 tarihli 3167 sayılı Çekte Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun³⁹ yürürlüğe girmiş ve böylece önceki bölümde incelediğimiz TBMM yorum kararının hükmü kalmamıştır.⁴⁰

3167 sayılı Kanun'un⁴¹ kabulü ile hukukumuzda karşılıksız çek keşide etmek fiili dolandırıcılık suçundan ayrılmış, özel bir suç olarak cezai yaptırıma muhatap olmuştur. Bu düzenlemelerle, karşılıksız çek keşide eden kişilerin hapis tehdidi altında olmasıyla birlikte alacakların tahsili yönünde daha çok güven yaratması hedeflenmiştir.⁴² Kanun genel gerekçesinde ise özetle; “Hazırlanan Tasarı ile Ticaret Kanununda çekle ilgili olarak yer alan prensipler güçlendirilirken, çek hamillerinin korunması hususunda çek keşide edenlere ve bankalara mükellefiyetler getirilmektedir. Ayrıca karşılıksız çek keşide edenler yönünden bu kanun tasarısı ile caydırıcı olabilecek cezai müeyyideler getirilmekte ve konulan esaslara aykırı hareket edenlerin fiillerinin cezasız kalmaması göz önünde tutulmuş bulunmaktadır.” denilmek suretiyle yaptırımların gerekliliği ifade edilmiştir.⁴³

3167 sayılı Kanunda karşılıksız çek keşide etmek fiili özel bir suç tipi olarak düzenlenmiş ve bu suçun yaptırımı olarak hapis cezası öngörülmüştür. Özel bir suç tipi olarak düzenlenen karşılık çek keşide etmek fiili, ayrıca şekli bir suç olarak düzenlenmiş olup çekin hangi amaçla keşide edilmiş olduğunun bir önemi olmayıp (iradi olmayan haller hariç) karşılıksız çıktığı an suç tamamlanmış olur.⁴⁴ Yani karşılıksız çek suçundan sorumlu tutulabilmek için,

³⁷ Zeki Yıldırım; Ekrem Çetintürk, “İbraz Edilen Çek ile İlgili Olarak Karşılıksız İşlemi Yapılması Hakkında Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:103, 2012, s. 31- 32.

³⁸ Fatma Kurşun, “Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 44.

³⁹ T.C. Resmî Gazete, T: 03.04.1985, S:18714.

⁴⁰ Alev Deniz Dursun, *Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 90.

⁴¹ 3167 Sayılı Çek Kanununun dayanağın Fransız Çek Kanunu'dur. Şöyle ki, 3167 Sayılı Çek Kanunu'nun dayanağı olan hüküm tasarısının kaynağını Fransız Çek Kanunu oluşturur.

⁴² Hakan Albayrak; Ahmet Bozdağ, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılama Hakkında Bir İnceleme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S:33, Y:9, 2018, s. 245.

⁴³ Mehmet Özdamar, “Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:6, S:1, 2002, s. 101.

⁴⁴ Murat Başman, “3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik ve Bir Yargıtay Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:3-4, 1993, s. 57.



çekin karşılıksız çıkmış olması yeterlidir, ayrıca bir sonucun meydana gelmesi aranmamaktadır. Diğer taraftan, karşılıksız çek keşide etmek suçunda failin kusuru aranmamıştır. Objektif sorumluluk olarak ifade edilen bu duruma göre çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması yeterli olup ayrıca kusurlu olup olmadığı incelenmeyecektir.⁴⁵ Başka bir ifade ile iradi olarak karşılıksız çek keşide edenlerin kastının ya da taksirinin⁴⁶ (kusurunun) olmasının bir önemi bulunmayıp, çekin karşılıksız çıkması yeterlidir.⁴⁷

3167 sayılı Kanun bakımından suçun oluşabilmesi için iki önemli şartın yerine gelmiş olması gerekir. Buna göre; tüm geçerlilik koşullarını içeren⁴⁸ bir çekin bulunması ve bu çekin karşılıksız kaldığının usulüne uygun olarak tespit edilmiş olması aranmıştır.⁴⁹ Çek vasfına haiz, süresi içerisinde muhataba ibraz edilmiş ve karşılığı bulunmamış bir çekle ilgili olarak, bankaca gerekli ihtarlar yapılmış ise artık ceza verme konusunda hakimnin hiçbir takdir yetkisi yoktur.⁵⁰ 3167 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre, "İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, 4 üncü maddeye göre ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Mahkeme ayrıca işlenen suçun mahiyetine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir müddet için failin bankalarda çek hesabı açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar verir. Yasaklama kararı bütün bankalara duyurulmak üzere T.C. Merkez Bankasına bildirilir." Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, bu suç şikâyete tabidir ve hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçilebilir. Ayrıca failin 8. maddeye göre⁵¹ düzeltme hakkı kapsamında çek hamilinin

⁴⁵ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E: 1989/7-213, K: 1989/280, T: 09.10.1989: "... yasa çek yönünden objektif sorumluluk esasını benimsemiş soyut karşılıksız çek keşidesi, bu eylemin iradi olması koşulu ile suç teşkil edeceği öngörülmüştür. Karşılıksız çek keşidesi iradi bir harekete dayanmıyorsa, örneğin; çalınma, kaybolma, sahibinin elinden hile ile alınma gibi hallerde keşidecinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Yasa, objektif sorumluluk esasını getirirken kovuşturma yapılmasını, hamilin şikâyetine bağlı olması, keşidecinin düzeltme hakkını kullanması, bu hakkı kalmasa bile yasada öngörülen süre içerisinde hamilin zararlarının karşılanması hallerinde, keşideci hakkında kovuşturma yapılamayacağı ve cezalandırılmayacağı hükmünü koymak suretiyle objektif sorumluluğu hafifletici ve iyiniyetli keşideciyi koruyan prensipleri de getirmiştir..." (Dursun, a.g.e., s. 90)

⁴⁶ Bu durum doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bu hususa ilişkin bkz.: Talih Uyar, "Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, S:5-6, 1987, s. 676-677.

⁴⁷ Kendigelen, a.g.e., s. 408.

⁴⁸ Ticaret Kanunu'nda aranan tüm geçerlilik şartlarına haiz olmayan bir çekin bulunması durumunda bu suç oluşmayacaktır. Duruma göre, dolandırıcılık ya da sahtecilik suçları gündeme gelebilecektir.

⁴⁹ Uyar, a.g.m., s. 673.

⁵⁰ Başman, a.g.m., s. 357.

⁵¹ 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesine göre: "Hesap sahibi ihtar mektubunu aldığı veya 12'nci maddeye

zararını gidermesi veya düzeltme hakkı bulunmuyorsa ilgili maddede belirtilen süre içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte muhatap bankaya ya da herhangi bir şubesine yatırması durumunda şikâyet hakkı doğmayacaktır. Şikâyetten itibaren veya hükümden sonra kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçmek suretiyle kamu davasını ve cezayı ortadan kaldırmak mümkündür. Hüküm kesinleştikten sonra şikâyetten vazgeçmek ceza ve neticelerini etkilemez. Yine hem hükümden önce hem de ceza kesinleşinceye kadar çek bedeli ile tazminat ve gecikme faizinin ödenmesi, kamu davasını ortadan kaldırmaz.⁵² Burada önemli olan husus, 8. madde kapsamında düzeltme hakkı kullanarak çek hamilinin zararının giderilmiş olması veya düzeltme hakkı yoksa ilgili maddedeki süre içerisinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizinin muhatap bankaya ya da herhangi bir şubesine yatırılması durumunda suçun ortadan otomatik olarak kalkmayacağıdır. Bu durumda sadece şikâyet hakkı ortadan kalkacak, şikâyet yapıldıktan sonra bu ödemeler gerçekleşse dahi, suçun ortadan kalkması için şikâyetten vazgeçilmiş olması gerekmektedir. Şöyle ki; düzeltme hakkı için öngörülen süre geçtikten sonra, keşidecinin çek bedelini faiz ve tazminatı ile birlikte ödeyerek mevcut zararı gidermesine rağmen hamilin şikâyetini geri almaması sebebiyle keşidecinin hapis cezasına maruz kalması eleştirilere sebep olmuştur. Çek bedelini bankada bulunduramayan ve gerçekte dürüst olan borçlunun, paranın ödenmesi anında alacaklının insafına bırakıldığı, küçük miktarlı çeklerde dahi alacaklıların hakkı olmayan paralar karşılığında şikâyetinden vazgeçtiği, şikâyetten vazgeçme kurumunun uygulamada bir dönem şantaj amaçlı kullanıldığı ifade edilmiştir.⁵³ Bu soruna çözüm olarak, açılan davanın, şikâyetçinin vazgeçmesi veya karşılıksız çek tutarının tazminat ve gecikme faiziyle birlikte ödenmesi halinde düşeceğinin düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁴ Bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz üzere 1993 tarihinde yapılan değişikliklerle bu durum çözüme kavuşturulmuş ve ifade edilen şekilde değiştirilmiştir.

2. 1993 Tarihli 3863 Sayılı Kanun ve Yaptırımlara İlişkin Değişiklikler

3167 sayılı kanun karşılıksız çek keşide etmek fiilini bağımsız bir suç olarak düzenlemiş ve bu suçun yaptırım olarak da 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörmüştü. Uygulama ve doktrin suçun objektif sorumluluk esasına dayandığı, failin kast veya taksirinin aranmadığı, borcun ödenmemesine etki

göre almış sayıldığı tarihten itibaren yedi işgünü içinde çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü %10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırdığı takdirde çek keşide etme hakkını yeniden kazanır. Düzeltme hakkı, karşılıksız çekin ibraz tarihini takip eden bir yıl içinde ancak iki defa kullanılabilir.”

⁵² Başman, a.g.e., s. 357.

⁵³ Kendigelen, a.g.e., s. 408; Başman, a.g.m., s. 357.

⁵⁴ Uyar, a.g.m., s. 679.



eden sebeplerin dikkate alınmadığı, suçun şekli bir suç olarak düzenlendiği ve bu hususun ceza hakiminin takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırdığı ve sadece karşılıksız çekin tespitiyle yetkili bir icra memuru haline getirdiği, tüm sayılan bu sebeplere ek olarak ceza hukukunda eski bir yaklaşım olan “borç için borçlunun hapsi” sistemine geri dönüldüğü ve aynı zamanda ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle fazlaca eleştirilmiştir.⁵⁵ Bu konudaki ağır eleştiriler neticesinde 14.01.1993 Tarihli ve 3863 Sayılı 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerin Korunması Hakkında Kanunun 16. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanunla⁵⁶ 16. maddenin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiştir.⁵⁷ Yapılan değişikliklerle, mahkûmiyet hükmü kesinleşmeden önce olduğu gibi hükmün kesinleşmesinden sonra da şikâyetten vazgeçme veya çek bedeli ile tazminat ve gecikme faizinin ödenmesi halinde de kamu davası ve cezanın ortadan kalkacağı öngörülmüştür.

İlgili bölümde⁵⁸ belirtildiği üzere, karşılıksız kalan çek bedelinin tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte ödenmiş olsa bile şikâyetten vazgeçmeyen kötü niyetli alacaklıların davranışları, sistemin bir tehdit aracı olarak kullanılmasına sebep olmuştu. 3863 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle birlikte, karşılıksız kalan çek bedelinin veya karşılıksız kalan kısmın %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde de vazgeçme şartı aranmaksızın, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilir. Ayrıca düzeltme hakkı kullanıldığında da yine şikâyet hakkı doğmayacaktır. Bu düzenleme, karşılıksız kalan çekler bakımından öngörülen sorumluluğu hafifletmiş ve daha adil bir çözüm öngörmüştür.

3863 sayılı Kanun’un geçici maddesine göre, “Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş veya hüküm infaz edilmiş ise, yürürlük tarihini takip eden 3 ay içinde çek tutarının veya karşılıksız kalan bölümünün % 10 tazminat ve gecikme faizi ile birlikte muhatap Banka

⁵⁵ Yıldırım; Çetintürk, a.g.m., s. 35; Başman, a.g.m., s. 358.

⁵⁶ T.C. Resmî Gazete, T: 26.01.1993, S: 18714.

⁵⁷ Değiştirilen maddenin yeni hali şu şekilde olmuştur: “Bu fiillerden dolayı takibat yapılması çek hamilinin şikâyetine bağlıdır. Şikâyet süresi çekin bankaya ibraz tarihinde başlar. Şikâyetten vazgeçmekle, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği gibi, keşidecinin çek bedelinin karşılıksız kalan kısmının %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde de vazgeçme şartı aranmaksızın, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilir. Fiili işleyenin 8 inci maddeye göre düzeltme hakkını kullanmak suretiyle hamilin zararını karşılamış olması veya düzeltme hakkı yoksa, anılan maddede belirtilen müddet içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmının %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde şikâyet hakkı doğmaz.”

⁵⁸ Bu husus için bkz.: s. 465.

ya veya herhangi bir şubesine yatırılması veya yine bu sürede şikâyetten vazgeçilmiş olması halinde kamu davası ve cezanın bütün neticeleri ile ortadan kaldırılmasına karar verilir.”

1993 tarihli 3863 sayılı Kanun her ne kadar adilane bir çözüm öngördüğü için yerinde bir değişiklik olarak telakki edilse de acele olarak çıkartıldığı ve uygulama bakımından başkaca sorunlara sebep olduğu için ayrıca eleştirilmiştir.⁵⁹ 1993 tarihli Kanundan önce de mevcut olan ve suç için öngörülen hapis cezasının Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki eleştirilerin her geçen gün daha da artması sebebiyle, 2003 yılında 4814 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle bu tartışmalara son verilmek istenmiştir.

3. 2003 Tarihli 4814 Sayılı Kanun ve Yaptırımlara İlişkin Değişiklikler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 Numaralı Protokolün 1. maddesinde yer alan “borç için kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı” hükmü, Avrupa Birliği uyum süreci kapsamında Anayasamıza da eklenmek istenmiş ve bu amaçla 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 38 maddesine “Hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı” hükmü 8. fıkra olarak eklenmiştir.⁶⁰ Bu değişiklikten sonra karşılıksız çek keşide etmek suçunu düzenleyen 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili maddesince öngörülen hapis cezasının, Anayasa'nın 38. maddesindeki değişiklikten dolayı Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüş ve aykırılığın giderilmesi talep edilmiş, bu

⁵⁹ Başman'ın eleştirilerinden bir tanesi şu şekildedir: “Yasanın bizce en önemli eksikliği, çek bedeli, %10 tazminat ve gecikme faizinin sadece muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırılma şartıdır. Bu mecburiyet uygulamada tahmin edilemeyecek kadar fazla sorun doğmasına yol açmaktadır ve açacaktır da. Zira karşılıksız kalan çeklerin büyük bir bölümü icra takibine konu olmuş, bir bölümü kısmen ödenmiş, bir bölümü tamamen ödenmiş veya takip harici ödenmiş, ancak şikâyetten vazgeçme olmadığından cezai takibat devam etmiştir. Şimdi, çekin icra takibine konu olması durumunda çekin bir kısmını icra dairesine yatıran borçlu-sanık, cezanın ortadan kalkması için çek bedelinin tamamı ile diğer ödemeleri yeniden muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmak zorunda kalacaktır. Daha sonra da icraya yatırmış olduğu paranın geri alınması için dava açmak durumunda kalacaktır. Yine icra takibinde talep edilebilen çek tazminatı %5 iken, bankaya yatırılacak miktar 9 10 dur. Bunun tam aksi olarak icrada reeskont faizi -bugünkü uygulama ile %54- ödenecek iken bankaya yatırılacak faiz miktar ı % 30 dur. Yani kısaca bir kargaşa meydana gelecek, icra takibinde veya elden haricen ödenen miktarlar daha sonra dava yolu ile geri istenecektir. Yine, cirantanın icra takibi yapması durumunda, bu takipte cirantaya para ödeyen borçlu-sanık cezai takipten kurtulmak için çeki bankada yazdırır iken hamil durumunda bulunan kişi adına para yatırmak durumunda kalacaktır.” (Başman, a.g.m., s. 358-361)

⁶⁰ Yıldırım; Çetintürk, a.g.m., s. 36.



beklentiler ilgili dönemde görülmekte olan davalar bakan ceza mahkemelerini de etkilemiş ve davalara ara verilmiştir.⁶¹ Yerel mahkemeler, karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin davaları bekletmiş ve anayasaya aykırılık iddialarının çözüme kavuşmasını beklerken, Yargıtay'da karşılıksız çek suçlarıyla ilgili bir dosya hakkında, uyum yasası çıkarılıncaya kadar bekleme kararı almıştır. Bu karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yaptığı itirazı, Ceza Genel Kurulu reddetmiştir.⁶² Yargıtay'ın vermiş olduğu mezkûr karar, kendi yetkilerini aştığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Çünkü Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu uyarınca Yargıtay'ın yapacağı incelemede bozma kararı için kanununa aykırılık gerektiği ve uyum kanununun beklenmesi ya da Anayasa'ya aykırılık gibi bir sebep bozmaya temel olamayacağı,⁶³ bu sebeple zımnî olarak da olsa bir durma kararı veremeyeceği ifade edilmiştir.⁶⁴ Bu dönemde bazı yerel mahkemeler konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşımış⁶⁵ ancak Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla itirazı reddetmiş ve Çek Kanunu'nun 16. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına 11.12.2002 tarihinde karar vermiştir.⁶⁶ Bu ret kararı doktrinde uzun süre tartışılan karşılıksız çek keşide

⁶¹ Hanife Dirikkan, “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Eleştirisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1, 2002, s. 1.

⁶² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2001/10-249, K: 2001/257, T: 20.11.200: “*Kambiyo senedi niteliğinde bir çek keşide edilmesi her iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Dolayısıyla karşılıksız çek keşide etmek suçu iradi olarak düzenlenen çekin bankaya ibrazında oluşan, yaptırımı özgürlüğü bağlayıcı ceza olan ve objektif sorumluluk esasına dayanan bir suç olduğundan, Anayasa'nın 38. maddesinin 9 (8). fıkrasındaki kuralla çelişmektedir.....Üst norm olan ve lehe bulunan Anayasa hükmü ile çelişen bir kuralın uygulanabilirliğinden söz edilmesine olanak bulunmadığından, çelişkiyi gideren yeni bir yasal düzenleme yapılmasının beklenmesinde ve buna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.*” (Özdamar, a.g.m., s. 4-5)

⁶³ Dağlar Ekşi, “4814 Sayılı Kanun'la Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Karşılıksız Çek”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:21, S:2, 2003, s. 209.

⁶⁴ Caner Hacıoğlu, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:7, S:1-2, 2003, s. 129-130.

⁶⁵ Yerel mahkemelerin gerekçeleri için bkz.: Özdamar, a.g.m., s. 4-6.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E: 2002/165, K: 2002/195: “... Anayasa'nın 38. maddesine eklenen sekizinci fıkrada, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı öngörülmüş, maddenin gerekçesinde de “... 4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır ...” denilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetleri arasında düzenlenen çek, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havedir. Hatır senetlerinde olduğu gibi, taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda çek, başlı başına borç kaynağı biçiminde

etmek fiilinin bir borç olarak nitelendirip nitelendirilemeyeceği noktasında yoğunlaşan tartışmalara⁶⁷ cevap olabilecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına rağmen kanun koyucu 2003 tarihli 4814 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” kapsamında karşılıksız çek keşide etmek suçuna ilişkin olarak değişikliğe gitmek istemiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde⁶⁸ ekonomik suça ekonomik cezanın kabul edildiği, değişen Anayasa maddesi gereğince de karşılıksız çek keşide etme suçuna öngörülen hapis cezasının Anayasa'ya aykırı hale gelmiş olduğuna işaret edilmiştir. “3167 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasının nedeni olarak gösterilen bu gerekçelerin, çek ilişkisinin hukuki mahiyeti ve Ek 4 No'lu Protokol hükmü karşısında isabetli olmadığı, zira Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetleri arasında düzenlenen çekin bir sözleşme olmayıp özel bir havale olduğu, çekin temel ilişkide bir sözleşmenin mevcut olup olmamasından

ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç için dahi çek keşide edilebilmektedir. Çeki elinde bulunduran hamil, keşideci ile lehtar arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmektedir. O halde, çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmaktadır. İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi gerekmektedir. Oysa çek temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir. Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.” (Özdamar, a.g.m., s. 5-7)

⁶⁷ Bu görüşler için bkz.: dipnot 61-71.

⁶⁸ “3167 sayılı Kanunda keşide edilen çekin karşılığının bulunmaması hali, şekli bir suç olarak düzenlenmiş ve bu suça hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Dünyadaki ekonomik ve sosyal gelişmelere paralel olarak hukuk sistemlerinde yalnızca sözleşmeden doğan borçların yerine getirilememesi nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemesi yönünde düzenlemeler yapılmaktadır. Bu bağlamda kısaca ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ olarak anılan ‘İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi’ne ek 16.9.1963 tarihli ve 4 numaralı Protokol’de ‘Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz’ hükmüne yer verilmiştir. Bu gelişmeler doğrultusunda 17.10.2001 tarihli ve 24556 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanununun 15 inci maddesiyle Anayasasının 38 inci maddesine ‘Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz’ hükmü eklenmiştir. Anayasada yapılan değişiklik ve Türkiye'nin onaylamış olduğu 4 numaralı Protokol hükümleri karşısında, 3167 sayılı Kanunun karşılıksız çek keşide edilmesi için hürriyeti bağlayıcı ceza öngören hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir.” (Dirikkan, a.g.m., s. 5)



bağımsız biçimde kambiyo hukukuna özgü borç doğuran ve çifte yetki sağlayan özel bir havale olduğu, Anayasa'nın ilgili maddesine aykırı olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.”⁶⁹ Yine Anayasa'nın 38. maddesinin borcun “yerine getirilememesinden” bahsettiği, keşidecinin çekin karşılığının bulunmadığını bilerek çek keşide ettiğine göre, borcun yerine getirilememesi durumundan söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür.⁷⁰ Açıklanan tüm bu sebeplerle, 2003 tarihli 4814 sayılı Kanun değişikliğinden önce hüküm altına alınan hapis cezasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olmadığı doktrinde çoğunluk tarafından savunulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin kararda ifade ettiği gibi, bir kambiyo ilişkisi olan çek keşidesinin, diğer borç kaynakları bakımından da gündeme gelmesi mümkün olduğundan sözleşmesel bir ilişki olarak ifade edilemeyeceği fikri doğru görünmektedir.⁷¹

3167 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasının bir diğer nedeni de karşılıksız çek dolayısıyla açılan ceza davası sayısındaki önemli artış olmuştur.⁷² 3167 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan dava sayısının artışı üzerinde durulmuştur. Doktrinde de eleştirilere konu olan bu durumun esas nedeni hukuki olmaktan ziyade ekonomiktir, zira 1990'lı yıllar ve 2000'li yıllarda ortaya çıkan ekonomik bozuklukların ve çekin ödeme aracı olmaktan ziyade kredi aracı olarak kullanılması dava sayısında artışa yol açmıştır.⁷³ Gerekece de belirtildiğinin aksine, adli para cezasının da hükme bağlanması için de aynı şekilde bir yargılamanın yapılmasının gerekli olduğu, dahası ağır para cezasının amaca hizmet etmediği dikkate alındığında, alacaklıların alacağına kavuşabilmek için yargısal yolu daha etkin kullanmaya girişme ihtimalleri olduğundan dava sayısında bir düşüş olmayacağı ifade edilmiştir.⁷⁴

⁶⁹ Dirikkan, a.g.m., s. 5; Ekşi, a.g.m., s. 209-2010; Özdamar, a.g.m., s. 3; Ufuk Çetiner, Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:1, 2002, s. 173-181.

⁷⁰ Dirikkan, a.g.m., s. 5; Ekşi, a.g.m., s. 209.

⁷¹ Doktrinde, karşılıksız çekte öngörülen hapis cezası yaptırımının Anayasaya aykırı olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bu konuda Sn. Domaniç 4814 sayılı kanunla getirilen değişikliklerin de aykırılık sorununu çözmediğini ve karşılıksız çekte cezai yaptırım öngörülmesinin Anayasaya ve hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Bu görüşler için bkz.: Hayri Domaniç, “Karşılıksız Çekte Hapis Cezası Anayasaya Aykırıdır.”, *Legal Hukuk Dergisi*, S:11, 2003, s. 2737-2743.

⁷² “3167 sayılı Kanunla ilgili olarak açılan ceza davası sayısı, 1986 yılında 10 644 iken; bu sayı 1990 yılında 134 622'ye, 1999 yılında 320 320'ye, 2000 yılında 262 611'e ulaşmıştır. 2001 yılında ise bu sayı 307 381 olmuştur. 3167 sayılı Kanundan dolayı açılan davaların, toplam ceza davaları içindeki oranı ise, 1999 yılında yüzde 18,4; 2000 yılında yüzde 15; 2001 yılında da yüzde 13,5'tir.” (Ersoy, a.g.m., s. 276)

⁷³ A.e.

⁷⁴ Dirikkan, a.g.m., s. 21; Ekşi, a.g.m., s. 208.

4814 sayılı Kanun ile karşılıksız çek keşide etmek fiiline öngörülen yaptırım değiştirilmiştir.⁷⁵ 3167 sayılı kanunun yeni 16. maddesinin ilk fıkrasına göre, “üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksenmilyar liradan fazla olamaz.” İlgili hüküm uyarınca verilecek para cezası bir üst sınıra tabi tutulmuştur, yani suçtan dolayı verilecek olan adli para cezası seksen milyar liradan fazla olamayacaktır. Ayrıca bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilecektir. Aynı zamanda yeni düzenlemeye göre mahkeme, işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verecek, bu karar tüm bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilecektir. Ekonomik suçta ekonomik yaptırım ilkesinden yola çıkan kanun koyucu, bu düzenlemeyle karşılıksız çek keşide etmenin yaptırımını para cezası olarak belirlemiştir.⁷⁶

Diğer yandan, 4814 sayılı Kanun ile karşılıksız çek keşide etmek suçuna ilişkin failler genişletilmiştir. Şöyle ki; değişiklikten önce sadece karşılıksız çeki keşide eden kişiler fail olarak nitelendirilmişken, değişiklikten sonra hesap sahibi, özel hukuk tüzel kişileri bakımından ise yetkili temsilcinin fail olabileceği düzenlenmiştir.⁷⁷ Karşılıksız çeki keşide eden gerçek kişi temsilci ya da organ için para veya hapis cezası (tekerrür halinde) öngörülmüşken,

⁷⁵ İlgili değişiklik metni şu şekildedir: Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4’üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksen milyar liradan fazla olamaz. Bu miktar, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ek 2’nci maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suçun, organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi halinde özel hukuk tüzelkişisi hakkında da birinci fıkra uyarınca para cezasına hükmolunur. Ayrıca yetkili temsilci tarafından yararına çek keşide edilen hesap sahibi gerçek kişi hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır.

Mahkeme, ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verir. Yasaklanma kararı bütün bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilir.

Kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan her çek yaprağı ayrı bir suç oluşturur.

⁷⁶ Özdamar, a.g.m., s. 39.

⁷⁷ Ekşi, a.g.m., s. 213.

yararına senet keşide edilen gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisi için de her seferinde çek bedeli kadar ağır para cezası yaptırımını hükme bağlanmıştır.⁷⁸

4814 sayılı kanunla, karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin bir sorun daha çözülmüştür. Değişiklikten önce içtimai olarak net olmayan, her bir çek yaprağı için ayrı ayrı mı yoksa tek bir cezaya mı hükümlenacağına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. 3167 sayılı Kanunun m. 16/4 gereğince, kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan her çek yaprağı ayrı şekilde suç oluşturacaktır. Buna bağlı olarak, bölümlere ayrılmış bir borç için keşide edilen birden fazla çekin karşılıksız çıkması halinde, bu çeklerin her biri için ayrı ayrı şikâyette bulunulması gerekecek ve her karşılıksız çek için ayrı ayrı cezaya hükümlenacaktır.⁷⁹ Karşılıksız çek keşide etmek fiili, ayrıca dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi diğer suçlara da temas ediyorsa, bu suçlardan dolayı da sorumluluk ortaya çıkacaktır.⁸⁰

Karşılıksız çek suçuna ilişkin unsurlardan biri de kanunen geçerli olarak düzenlenmiş bir çek olması gerekliliğidir. Bu anlamda eski Ticaret Kanunu m. 692'de sayılan şartlara haiz bir senedin yeterli olduğunu belirtmiştik. 4814 sayılı Kanun, bu sayılanlara ek olarak, hesap sahibinin vergi kimlik numarası kaydını da taşıması gerektiğini ifade etmiştir.⁸¹ Diğer bir deyişle, hesap sahibinin vergi kimlik numarası çekin zorunlu unsuru olarak çekin üzerinde bulunmalıdır. Eğer bu şartlara haiz bir senet bulunmuyorsa, karşılıksız çek ekşide etme suçu oluşmayacak, unsurları varsa dolandırıcılık suçu gündeme gelebilecektir.

C. 2009 TARİHLİ 5941 SAYILI KANUN DÖNEMİ

1. 2009 Tarihli 5941 Sayılı Çek Kanunu ve Düzenlenen Yaptırımlar

3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birçok defa değişikliğe uğramış ve bu maddelerden bazıları Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüştür. Yapılan bu değişikliklere rağmen karşılıksız çek keşide edilmesinin ve ileri tarihli çeklerin önüne geçilemediği⁸²

⁷⁸ Özdamar, a.g.m., s. 40.

(Bu konuda yapılan detaylı açıklamalar ve eleştiriler için ayrıca bkz.: Dirikkan, a.g.m., s. 21-23; Ekşi, a.g.m., s. 213-214; Özdamar, a.g.m., s. 39-43; Hacıoğlu, a.g.m., s. 134-138)

⁷⁹ Ekşi, a.g.m., s. 216.

⁸⁰ Hacıoğlu, a.g.m., s.139.

⁸¹ A.e., s.140.

⁸² “Öyle ki, 2008 yılında yalnızca tahsil amacıyla takasa verilen çeklerin bedellerinin toplam miktarı 265 milyar TL civarında seyretmiştir. Aynı yılda milli gelirimizin 950 milyar TL olduğu dikkate alındığında, bu miktar oransal açıdan %28 gibi çok ciddi bir rakama tekabül etmektedir. Çek suçlarından ötürü açılmış dava sayısı ise, 1986 yılında yalnızca 10.644 iken, 2009 yılı Ekim ayı itibariyle yerel mahkemelerde 273.000, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nda 65.000, Yargıtay 10. Ceza Dairesi’nde 22.557 olmak üzere toplam

görülmüştür.⁸³ Diğer yönden 3167 sayılı Kanunda, 4814 sayılı Kanunla yapılan esaslı değişikliklere rağmen sisteme yönelik eleştiriler devam etmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁸⁴ yürürlüğe girince, 3167 sayılı Kanunun 5237 sayılı Kanunla teorik ve dogmatik yönden uyuşmadığı düşünülmüş ve bu dönemde yeni bir kanun yapılması fikri kabul edilmiştir.⁸⁵ “Çekin güvenli bir ödeme aracı olarak itibar kazanmasında toplumsal yarar bulunmasına rağmen 3167 sayılı Kanunun bu konuda başarılı olamaması, dolayısıyla “sağlıklı çek kullanım önlemlerine ihtiyaç duyulması”; karşılıksız çek ile mücadelenin ağır hapis cezaları ile önlenemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle, “suçu önleyici önlemlere yönelmesi gereği” ve “kara para aklanması ile terörün finansmanında çekin de rol oynamasına engel olunmasının zorunluluk arz etmesi” vb. gerekçelerle yeni bir kanun hazırlanması kaçınılmaz olmuştur.⁸⁶

3167 sayılı Kanununun amacı, kanunun adında da belirtildiği gibi çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunması olmasına rağmen 5941 sayılı Kanun amaç bakımından çok daha geniş düzenlenmiştir. “Kanunun “gizli, gerçek dışı ve sahibini perdeleme amaçlı hesaplara engel olmak”, “karşılıksız çek düzenlenmesini caydırarak çekte itibar kazandırmak”, “çeki güvenli bir ödeme aracı haline getirip genel ekonomiye katkı sağlayıcı bir konuma oturtmak” gibi toplumsal ve kamusal amaçlarının da bulunduğu”, bütün bu nedenlerle Kanunun kamuyu da koruduğu vurgulanmıştır.⁸⁷ Çekin hukukî niteliği dikkate alındığında çekte, “kayıt dışı ekonominin kayıt altına alınmasının sağlanması”, “terörün finansmanının önüne geçilmesi” ve “kara paranın aklanmasının engellenmesi” gibi hukukî niteliği ile bağdaşmayacak işlevler yüklenmesi doktrinde eleştirilmiş ve özel hukuka ilişkin bir kanunun bu denli geniş olarak kamu hukuku hükümleriyle düzenlenmemesi ve asıl amacı çekin güvenilirliğinin sağlanması ve çek hamillerinin korunması olan

360.557 adettir. Ülkemizde Çek Kanunu ile ilgili olarak açılan davaların, toplam ceza davaları içerisindeki oranı %15 gibi ciddi bir rakamdan oluşmaktadır³. Bunun yanında, 2002 yılında karşılıksız çıkan çek sayısı 742.968, 2008 yılında 1.537.194, 2009 yılında ise 1.910.650 adettir. Zikredilen rakamlardan da anlaşılacağı üzere, karşılıksız çek suçları ve dolayısıyla bu suçtan mahkûm olanlar rakamsal yönden sürekli artış eğilimi göstermekte, bu durum savcılıklar ve mahkemeleri birer tahsil (icra) dairesine dönüştürerek altından kalkılamayacak iş yükü altına sokmuş bulunmaktadır. Y-Çek K'nun yürürlüğünü takip eden 2010 yılında ise karşılıksız çıkan çek sayısı 900.272'dir. 2010 yılının ilk 6 aylık diliminde bu sayı 492.298'ken, 2011 yılı ilk altı aylık diliminde 267.684'tür.” (Murat Kayaççek, “5941 Sayılı Çek Kanununa İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama ve Doktrin), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, C:1, S:8, 2012, s. 26)

⁸³ Kendigelen, a.g.e., s. 411.

⁸⁴ T.C. Resmî Gazete, T:12.10.2004, S: 25611.

⁸⁵ Ersoy, a.g.m., s. 279.

⁸⁶ Şafak Narbay, “5941 Sayılı Çek Kanunu'nun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, S:43, 2010, s. 65.

⁸⁷ A.e., s. 68.

Çek Kanunu'nun amacını aştığı belirtilmiştir.⁸⁸

5941 sayılı Kanun, karşılıksız çek keşide etmek fiilini 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre, “üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre “üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir. Görüleceği üzere kanun koyucu bu dönemde, karşılıksız çek keşidesine 2003 yılında olduğu gibi yine adli para cezası öngörmüş ancak etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma imkânı tanımıştır.⁸⁹

Karşılıksız çek suçunun oluşabilmesi için öncelikle 6762 sayılı TTK m. 692’de altı bent halinde sayılan unsurları ihtiva eden geçerli bir çek bulunmalıdır, 5941 sayılı Kanun m. 2/f. 3’e göre bir çekin geçerliliği TTK’daki zorunlu unsurları taşımasına bağlı olduğundan ayrıca Çek Kanunu’nda sayılan unsurları taşıması gerekli değildir. Ayrıca, 4814 sayılı Kanunla değişik 3167 sayılı Kanun m. 3/f. 2’de bir çek yaprağında bulunması gereken ve 6762 sayılı TTK. m. 692’de yer almayan “hesap sahibinin vergi kimlik numarası” hükmü 5941 sayılı kanun ile zorunlu unsur olarak aranmamıştır.⁹⁰

Karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme suçu bakımından fail bizzat hesabın sahibidir. Hesap sahibinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkün olmasına rağmen suçun faili yalnızca gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiye ait olan bir hesapta bulunan çekin karşılıksız çıkması durumunda fail olarak kabul edilecek kişiler sırasıyla şöyledir; tüzel kişinin mali işlerini takip etmekle görevli olan yönetim organı üyesi, eğer böyle bir görevlendirme yapılmamışsa yönetim organı üyesi olan gerçek kişi ya da kişilerdir. Ayrıca tüzel kişilerde, çekin düzenlendiği zamanda görevde olan kişiler değil, çekin karşılıksız olduğunun tespit edildiği andaki yönetim organı üyesi/üyeleri sorumlu olacaktır.⁹¹ Çek kanunu m.5/f. 3’e göre, “çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir.” Borçlar

⁸⁸ Hasan Pulaşlı, *Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 8; Narbay, a.g.m., s. 68.

⁸⁹ Kendigelen, a.g.e., s. 412.

⁹⁰ Narbay, a.g.m., s. 72.

⁹¹ Ersoy, a.g.m., s. 281.

Kanunu'ndaki gerçek kişi tacirlerin ticari mümessil ile ticari vekillerinin, tacir adına çek düzenleyebilmesine ilişkin hükümler Çek Kanunu m.5/f.3 hükmüyle hukuken ortadan kaldırılmıştır.⁹² Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve karşılıksızdır işlemi yapılan çek sebebiyle vekilin hiçbir şekilde hukukî ve cezaî yönde sorumlu olamayacağı, düzenlenen çekin de geçersiz olacağı anlamı çıkacağı belirtilmiştir.⁹³

Karşılıksız çek keşide etme suçu, kanun metninde “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifade, suçun taksirle işlenip işlenemeyeceği noktasındaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu eleştirilere cevap olarak; karşılıksız çek suçuna ilişkin tanımda objektif sorumluluk esasına yol açacak nitelikte belirsiz ifadeler olmadığı, madde metninde suçun taksirle işlenebilmesine imkân verecek ifadelerin yer almadığı, tipiklikte geçen sebebiyet verme kavramı ile taksirli değil ihmali hareketin kastedildiği hususları yanında, TCK m. 21 ve m. 22 hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde karşılıksız çek suçunun ancak bilerek ve istenerek, yani “kastla” işlenebilen bir suç olduğunu savunanlar olmuştur.⁹⁴ Kanunun genel gerekçesinde⁹⁵ ise suçun taksirle işlenebileceği hususu, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle hesapta karşılık bulundurulmaması olarak ifade edilmiştir.

Suçun oluşabilmesi için çekin ibrazı gereklidir. İbraz anında karşılıksız işlemi yapılmasıyla suç oluşacaktır. Böylece çekin karşılıksız olarak düzenlenmesi değil, süresinde ibrazında rağmen karşılıksız bırakılması suç sayılmıştır.⁹⁶ Hesapta karşılık bulunmamasına rağmen bankanın “hatırlı müşterilerini” korumak kaygısıyla karşılığı bulunmayan çeki ödemesi halinde bu suç oluşmayacaktır.⁹⁷ Cezaî yaptırımın uygulanması açısından 5941 sayılı Kanunun getirdiği en önemli yeniliklerden biri ise çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilmesi şartının

⁹² A.e., s. 282.

⁹³ Kayaççek, a.g.m., s. 276.

⁹⁴ A.e., s. 277.

⁹⁵ “Söz konusu suçun oluşabilmesi için, çekin karşılığının, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani en azından taksirle, ilgili çek hesabında bulundurulmaması gerekir. Anayasa'nın 38'inci maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç, objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla, kişinin, elinde olmayan sebeplerle ortaya çıkan zorunluluk hali dolayısıyla, örneğin doğal afet, savaş, kaza geçirmesi gibi bir sebeple, çekin karşılığını ilgili hesapta zamanında bulunduramamış olması halinde, ceza sorumluluğu olmayacaktır. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf> (Çevrimiçi), E.T: 17.05.2020.

⁹⁶ Kendigelen, a.g.m., s. 412.

⁹⁷ Ersoy, a.g.m., s. 282.



aranmasıdır.⁹⁸ Kanuni ibraz müddeti içinde ibraz edilen ve “karşılıksızdır” işlemi yapılan çekte ilişkin hesapta, daha sonradan karşılığın bulundurulması suçun oluşmasını engellemeyecek fakat bu durum etkin pişmanlık hükümleri bağlamında değerlendirilecektir.⁹⁹

3167 Sayılı kanun döneminde 4814 sayılı Kanunla getirilen içtima hükmüne göre, karşılığı bulunmayan çekler bakımından, lehtar aynı kişi olsa dahi, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. 5941 sayılı Kanunda aynı hükmü benimsemiştir. Yani karşılıksız kalan her bir çek yaprağı ayrı bir suç kabul edilerek gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun, karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin öngördüğü yaptırım adli para cezasıdır. Buna göre karşılıksız kalan her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur fakat hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Madde hükmünde bir alt sınır belirlenmediği için TCK'nın m. 52/f.1'de düzenlenen adli para cezasına ilişkin genel hükümler dikkate alınacaktır.¹⁰⁰ Bu hükme göre adli para cezasının alt sınırı beş gündür fakat sonuç olarak hükmedilecek adli para cezasının miktarı, çek meblağının karşılıksız kalan miktarından az olamayacaktır. Adli para cezasının ödenmemesi durumunda, incelediğimiz dönem bakımından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un¹⁰¹ m.106/f.3 hükmüne göre, “hükümlünün tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli müddet içinde adli para cezasını ödememesi durumunda, Cumhuriyet savcısının kararıyla ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir.” Bu hüküm doktrinde eleştirilmiş ve uygulama bakımından eşitsizliklere yola açacağı belirtilmiştir.¹⁰²

⁹⁸ Kendigelen, a.g.e., s. 411.

⁹⁹ Çetin Arslan, “Karşılıksız Çek Suçunda Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C:1, S:5, s. 175.

¹⁰⁰ Kayaççek, a.g.m., s.278.

¹⁰¹ T.C. Resmî Gazete, T: 29.12.2004, S: 25685.

¹⁰² “Mevcut düzenleme bilhassa infaz sırasında adli para cezasının ödenmemesi durumunda dönüştürülecek tazyik hapsinin miktarı itibarıyla türlü eşitsizliklere yol açıcı niteliktedir. Şöyle ki, farklı faillere ait olan ve bağlı buldukları hesapta hiç karşılıkları bulunmayan 10.600 TL bedelli iki ayrı çek olduğunu düşünelim. Aynı miktar çekten dolayı alt sınırdan, yani çekin karşılıksız kalan (örneğinizde 10.000 TL) kısmı kadar ceza alan faillerden birisi adli para cezasının ödenmemesi halinde 100 gün, bir diğeri 500 gün hapis yatabilecektir. Zira her iki fail de temel (alt sınırdan) ceza almış olmasına rağmen, bir günlük paraya çevirme tutarı olarak 20-100 TL arasında yapılacak takdire göre gün miktarı değişkenlik gösterecek, belirlenen gün sayısının bir günü 100 TL'den paraya çevrilen daha az, 20 TL'den çevrilen beş kat daha fazla hapis yatmış olacaktır. Görüldüğü üzere, cezanın belirlenmesine ilişkin kriterlerin tam heterojen yapı göstermemesi, aynı miktar çekten dolayı belirlenen gün sayısının herkes için farklı sonuç vermesini sonuçlamakta; bu durum da ceza adaletine aykırılığı gündeme getirmektedir. Y-Çek K m. 5/1 hükmünün sırf bu yönüyle Anayasa'nın “eşitlik ilkesine” (m. 10) aykırı düşmediğini kesin dille söylemek bize

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin ayrıca bir güvenlik tedbiri de öngörülmüştür. Buna göre, “mahkeme adli para cezasıyla birlikte ayrıca çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek keşide edenler ve karşılıksız çekin bir sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır.”

Son olarak, 5941 sayılı Kanunla yapılan diğer önemli bir değişiklik ise düzeltme hakkının yerine 6. maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin getirilmesidir.¹⁰³ Bu hükümle, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebep olan fail ya da faillere, cezai sorumluluktan kurtulabilmelerine imkan tanınmıştır. Şöyle ki; “karşılıksız kalan çek bedelinin çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir.” Diğer bir söylemle, fail kamu davası açılıncaya kadar zararı ödeyebileceği gibi kamu davası açıldıktan sonra hüküm verilmeye kadar da zararı ödeyebilir. Hatta hüküm verildikten sonra ancak kesinleşmeden önce veya hüküm kesinleştikten sonra da zararı ödeyebilir.¹⁰⁴ Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı ilan olunur. Ayrıca şikâyetten vazgeçme hâlinde de aynı şekilde sonuçlandırılır.

Görüldüğü gibi, 5941 Sayılı Çek Kanunu, karşılıksız çek keşide etmek fiilini bir suç olarak görmeye devam etmiş ve bu suçun yaptırımı olarak da adli para cezasını kabul etmiştir. Adli para cezasının ödenmemesi durumunda, bu para cezasının ilgili kanun uyarınca hapis cezasına çevrileceği düzenlenmiş ancak failin pişmanlık duyarak çek bedelini ve yasal faizlerini ödemek suretiyle hakkındaki davanın düşmesine veya cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına imkân tanınmıştır.

2. 2012 Tarihli 6273 Sayılı Kanun ve Yaptırımlara İlişkin Değişiklikler

Hukumumuzda karşılıksız çek keşide etmek fiiline karşı cezai bir yaptırım öngörülmesi öteden beri tartışılmıştır. Karşılıksız çek keşide edilmesi fiiline karşı öngörülen yaptırımlara yönelik eleştirilerde; borcunu ödeyemeyen

mümkün görünmemektedir.” (Kayançiçek, a.g.m., s. 279)

¹⁰³ Arslan, a.g.m., s. 173.

¹⁰⁴ A.e., s. 172.



keşideci hakkında infaz aşamasında hapis cezası uygulanması, zor durumda olan kişilerin durumunu daha da kötüleştirme ve borçlarını ödemesini imkânsız hale getirmekte olduğu, ayrıca bu fiil için öngörülen adlî nitelikteki yaptırımların ceza hukukuna hakim olan bazı ilkelere uygun düşmediği, karşılıksız çek keşide etmek fiilinin suç olmaktan çıkartılmak suretiyle fiilin tamamen yaptırımsız bırakılmasının da uygun olmayacağı nedeniyle; karşılıksız çek keşide etmek fiili için çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde idarî nitelikte bir yaptırım uygulanmasının amaçla orantılı olacağı belirtilmiştir.¹⁰⁵

Yapılan eleştirileri de dikkate alan kanun koyucu, 2012 yılında, “6273 Sayılı Çek Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la yapılan değişiklikle, karşılıksız çek keşide etmek fiilini bir suç olarak düzenlemekten vazgeçmiş ve daha önce doktrinde dile getirilen, sözleşmeden kaynaklanan borçlardan dolayı hapis cezası verilemez ilkesini ve artan dava dosyalarını gerekçe göstererek, karşılıksız çek keşide etmek fiilini bir kabahat olarak düzenleyip karşılığında idari bir yaptırım öngörmüştür.¹⁰⁶ Değişikliğin yerindeliliğinin eleştirisi bir yana, daha önceki değişikliklerde çek ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan borcun normal bir sözleşme ve sözleşmeden doğan borç olarak yorumlanamayacağını dikkate alan kanun koyucunun, Anayasa Mahkemesi’nin çekin özel bir havale olduğunu ve karşılıksız çek keşide etmek fiiline karşılık adli bir yaptırım öngörülmesinin anayasaya uygun olduğunu belirten kararına¹⁰⁷ rağmen, kendisiyle çelişmek suretiyle yaptığı bu değişiklik ayrıca eleştirilmiştir.¹⁰⁸

Yapılan değişikliğe göre, karşılıksız çek keşide etmek fiili bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Buna göre, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi halinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı idari yaptırımına karar verilecektir. Bu kabahatin oluşması için, daha önce suç olarak düzenlenen

¹⁰⁵ Yıldırım; Çetintürk, a.g.m., s. 38.

¹⁰⁶ “6273 sayılı Kanun’a ilişkin Kanun Tasarısı’nın Genel Gereğesine göre, 5941 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasının nedenlerinden biri yaptırımların orantılılığı ve ceza hukukunun son çare olma özelliğidir. Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken ölçülülük ilkesine uygun davranılmalıdır. Suç işleyen kişiye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekmekte olup hukuki ya da idarî sorumluluğun yeterli olduğu durumlarda adlî nitelikteki cezalar verilmemelidir. Ayrıca ekonomik nitelik arz eden suçlara, hapis cezasından ziyade ekonomik yaptırımlar uygulanmalıdır. 5941 sayılı Kanun, çek üzerinde karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesi suçu için adli para cezası verilmesini hükme bağlamıştır. Ancak bu cezanın ödenememesi durumunda infazı hapis cezası şeklinde gerçekleştirilmektedir. Zaten borcunu ödeyemeyen bir kişinin cezasının hapis cezası olarak infaz edilmesi ise bu kişinin ticarî hayatını sekteye uğratmakta ve borçlarını ödeyebilme olasılığını neredeyse ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, karşılıksız çeklere ilişkin davalar yargının iş yükünü önemli ölçüde artırmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilmemelidir.” (Ersoy, a.g.m., s. 285)

¹⁰⁷ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E: 2002/165, K: 2002/195, T: 11.12.2002.

¹⁰⁸ Kendigelen, a.g.e., s. 413.

karşılıksız çek keşide etmek fiiline ilişkin şartların oluşması gerekecektir. Şöyle ki; öncelikle TTK uyarınca çekin zorunlu unsurlarını taşıyan bir senet, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında bu idari yaptırım uygulanacaktır. Buna göre kabahat, düzenleme tarihine göre saptanacak kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edildiği anda karşılığının tam olarak bulundurulmaması halinde tamamlanmış olmaktadır.¹⁰⁹ Yine TTK uyarınca meşru hamil tarafından çekin biraz edilmiş olması gerekir ve karşılıksız işleminin yapılması ve durumun usulüne uygun olarak tespit edilmesi gerekir.¹¹⁰

6273 sayılı kanunla, idari yaptırıma muhatap olacak kişilerde farklılık olmuştur. Buna göre, 6273 sayılı kanundan önce çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması halinde cezai sorumluluk tüzel kişilerin ilgili organlarında bulunan gerçek kişilere aitti. 6273 sayılı değişiklikten sonra söz konusu fiilin kabahate döndürülmesi sebebiyle tüzel kişiler hakkında doğrudan idari yaptırım uygulanabilecektir.¹¹¹

Karşılıksız çek keşide etmek fiiline ilişkin tartışmaların bir kısmı bu dönemde de devam etmiştir. Bu fiil suç olarak düzenlendiği dönemde yani 2012 tarihine kadar, fiilin sadece kasten işlenebileceğini savunanlar olduğu gibi objektif sorumluluk şeklinde düzenlendiğini savunanların da olduğunu yukarıda belirtmiştik. 6273 sayılı Kanuna kadar kasten işlenebileceği ve taksirle işlenebileceği yönünde görüşler bulunmaktaydı. 6273 sayılı Kanun değişikliğiyle bu fiil kabahat olarak düzenlendiği için taksirli olarak da işlenmesi mümkün olacaktır.¹¹² Diğer bir söylemle, ilgili kişi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilmesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle, hesabında yeterli miktarda para bulundurmayarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına neden olması yeterlidir. Karşılıksız çeki keşide eden kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde borcunu ödeyebileceğini söyleyebiliyorsa, fiilin taksirle işlenmiş olduğu anlaşılır. Buna göre, basiretli bir tacir gibi hareket etmediğinden dolayı, tacirin beklediği satışları yapamaması ya da kar elde edememesi gibi nedenlerle çek karşılığının bulundurulmaması durumunda, kişinin taksirli hareket ettiğinin kabulü gerekir.¹¹³

¹⁰⁹ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 312.

¹¹⁰ Şamil Demir, “5941 sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:1, s. 232.

¹¹¹ Yıldırım; Çetintürk, a.g.m., s. 67.

¹¹² Öztan, a.g.e., s. 312.

¹¹³ Yıldırım; Çetintürk, a.g.m., s. 69.



5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun¹¹⁴ "İçtima" başlıklı 15. maddesine göre, "bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır." Bu hüküm genel kural olmakla birlikte, 6273 sayılı Kanunla çekler bakımından özel bir düzenlemeye gidilmiştir.¹¹⁵ Bu düzenlemeye göre, "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet verme eylemi suç olmaktan çıkarılmış olsa da, karşılıksız çıkan bir çekle ilgili olarak dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi başka bir suçun unsurları da mevcut ise bu suç hükümlerine göre yaptırım uygulamak mümkündür. Bu durumlarda da çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilecektir.¹¹⁶

6273 sayılı kanuna göre, eski ifade ile karşılıksız çek keşide etmek fiiline öngörülen yaptırım bir idari yaptırımdır. İlgili değişikliğe göre, "üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması hâlinde, altı ay içinde hamilin talepte bulunması üzerine, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi hakkında, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da çek hesabı sahibinin yahut talepte bulunanın yerleşim yeri Cumhuriyet savcısı tarafından, her bir çekle ilgili olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararının bir sonucu olarak yasaklanmış gerçek veya tüzel kişi, elindeki bütün çek yapraklarını ait olduğu bankalara iade etmek zorundadır. Bu kişi adına yeni bir çek hesabı açılmaz."¹¹⁷ Kanun koyucu, hakkında idari tedbir kararı verilmiş olan kişilerin tekrardan karşılıksız çek suçunu işlemesini engellemek amacıyla bazı yükümlülükler de getirmiştir. Buna göre, "hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün içinde, düzenlemiş bulunduğu ve henüz karşılığı tahsil edilmemiş olan çekleri, düzenleme tarihlerini, miktarlarını ve varsa lehtarlarını da göstermek suretiyle, muhatap bankaya liste hâlinde vermekle yükümlüdür.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına karşı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir. Tedbir kararına karşı,

¹¹⁴ T.C. Resmî Gazete, T: 30.03.2005, S: 25772.

¹¹⁵ A.e., s. 70.

¹¹⁶ Öztan, a.g.e., s. 312.

¹¹⁷ 5941 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 6. fıkrasına göre: "Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, buna rağmen çek düzenlerse, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

5941 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 7. fıkrasına göre: "Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi adına çek hesabı açan banka görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

savcılığın idari yaptırım kararının tebliğinden itibaren en geç on beş gün içerisinde sulh ceza hakimliğine başvuru yapılabilirler.¹¹⁸

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararının kalkması bazı durumlarda mümkün olmaktadır.¹¹⁹ İlk olarak, karşılıksız kalan çek bedeli düzenleme tarihinden itibaren tarihinden 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden işleyecek faizi ile birlikte tamamen ödendiğinde, Cumhuriyet savcısı çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına karar verir. İkinci olarak, tedbir kararını veren Cumhuriyet başsavcılığına talebin geri alınması için yapılacak bir başvurunun varlığı hâlinde de çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kaldırılarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na bildirilecektir. Bu düzenleme sayesinde, alacaklın tatmin edilmesi sağlanarak çekten kaynaklanan ihtilafın sona erdirilmesi amaçlanmaktadır.¹²⁰ Ayrıca idari yaptırım niteliğindeki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin kayıt, her halükârda girildiği tarihten itibaren on yıl geçmesiyle Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından karşılığının faiziyle birlikte ödenip ödenmediği dikkate alınmaksızın kendiliğinden silinir ve bu işlem ilân olunur.¹²¹

3. 2016 Tarihli 6728 Sayılı Kanun ve Yaptırımlara İlişkin Değişiklikler

5941 sayılı Çek Kanunu'nda 6273 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesinin suç olarak düzenlenmesinden vazgeçilmiş ve eylem kabahat olarak düzenlenmişti. Yapılan değişikliklere rağmen karşılıksız çek keşideleri engellenememiş, özellikle ilgili dönemde karşılıksız çek sayısında önemli derecede artış gözlemlenmiştir.¹²² Ticaret hayatında hareketin fazlaşması ve güvenlik ihtiyacı, çek kullanımının yaygınlaşması ve karşılıksız çek sayısında artış olması nedeniyle çek hamillerinin korunması için yeni düzenlemelerin

¹¹⁸ Demir, a.g.m., s. 236.

¹¹⁹ 6723 sayılı Kanun'la 5941 sayılı Kanun'un 6. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir

“Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması

MADDE 6 – (1) Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödenmesi hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilân olunur.

(2) Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararının verildiği yer Cumhuriyet başsavcılığına başvurularak talebin geri alınması hâlinde de birinci fıkraya hükmü uygulanır.

(3) Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin kayıt, kaydın girildiği tarihten itibaren her hâlde on yıl geçmesiyle Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından resen silinir ve bu işlem ilân olunur.”

¹²⁰ Yıldırım; Çetintürk, a.g.m., s. 75.

¹²¹ Demir, a.g.m., s. 242.

¹²² Ersoy, a.g.m., s. 289.



yapılması zarureti gerekçesiyle oluşturulan “6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” kapsamında, karşılıksız çeklerle etkin mücadele amaçlanmaktadır.¹²³

6273 sayılı Kanunla karşılıksız çeklere sadece idari yaptırım öngörülmesi neticesinde ticaret hayatında olumsuz etkilerin görüldüğü düşüncesi üzerine, 6728 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler ile karşılıksız işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesi fiili tekrardan suç olarak kabul edilmiştir. Değişiklik neticesinde Çek Kanunu m. 5’ e göre, “üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur ve hükmedilecek adli para cezası çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz.” Bu düzenleme kanun koyucunun karşılıksız çek konusunda daha önceden öngörmüş olduğu düzenlemeler ile paralellik göstermektedir fakat maddenin ilk halinde bulunan; “çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre, ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamaz” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹²⁴ Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir.

6728 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle, daha önceden de olduğu gibi Çek Kanunu m. 5’ e göre, “mahkeme, adli para cezası ile birlikte, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına, bu yasağın bulunması hâlinde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder.” Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının hükümlerle birlikte verilebilmesi mümkün olduğu gibi, yargılama sırasında resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak da verilebilir. Buna göre icra mahkemesi, koruma tedbiri olarak yargılama sırasında resen, bir güvenlik tedbiri olarak ise yargılama sonunda hükümlerle birlikte bu tedbirlere hükmedecektir.¹²⁵ Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına karar verilebilmesi için o çekle ilgili olarak verilmiş bir yasak kararının bulunması gerekir. Başka bir dosyada verilmiş olan tedbir kararının devamına hükmedilemez çünkü her bir çek yaprağı ve her bir suç birbirinden bağımsızdır.¹²⁶

¹²³ Yılmaz Yördem, “6728 sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Karşılıksız Çek Sorunsalı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S: 33, Y: 9, s. 349.

¹²⁴ Bkz.: Anayasa Mahkemesi E: 2016/191, K: 2017/131, T: 26.07.2017.

¹²⁵ Kendigelen, a.g.e., s. 447.

¹²⁶ İsmail Ercan, *Karşılıksız çek ve Cezai Sonuçları: “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Neden*

Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre “çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması halinde bu tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlüdür. Birinci fıkra uyarınca hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilenler, yasaklılıkları süresince sermaye şirketlerinin yönetim organlarında görev alamazlar. Ancak, hakkında yasaklama kararı verilenlerin mevcut organ üyelikleri görev sürelerinin sonuna kadar devam eder.” Kanuna göre, adli para cezasına muhatap olacak kişiler çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü kişiler olarak ifade edilmişken, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı tedbirine muhatap olacak kişilerin çerçevesi daha geniş tutulmuştur.¹²⁷

6728 sayılı Kanununun 70. maddesinde, TTK m. 780/f.1'de sayılan unsurlara, banka tarafından verilen seri numarası ve karekod eklenmiştir. TTK m.781/f.1'de sayılan unsurları ihtiva etmeyen bir senet çek sayılmayacaktır. Dolayısıyla banka tarafından verilen seri numarası ve karekod çekin zorunlu unsurlarındandır.¹²⁸

Karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi suçunun yani karşılıksız çek keşide etmenin cezalandırılabilmesi için öncelikle TTK uyarınca çekin zorunlu unsurlarını taşıyan bir senedin, üzerinde bulunan düzenleme tarihine göre meşru hamil tarafından, kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılığının tam olarak bulundurulmaması halinde karşılıksız işleminin yapılması ve durumun usulüne uygun olarak tespit edilmesi gerekir.¹²⁹

6728 sayılı Kanun ile yeniden getirilen adli para cezası, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmamakla birlikte, hapis cezasına dönme noktasında diğer cezalara göre bazı farklılıklar arz etmektedir. 5941 sayılı Kanun m.5/f.11 hükmüne göre, “verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir.” Buna göre, adli para cezasını ilamı Cumhuriyet Başsavcılığına verildikten sonra Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye 5275 sayılı Kanun m. 20' ye göre bir ödeme emri tebliğ eder. Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belirlenen süre içinde adli para cezasını ödemezse bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı

Olma Suçu”, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 188.

¹²⁷ A.e., s.189.

¹²⁸ Yördem, a.g.m., s. 363.

¹²⁹ Dursun, a.g.e., s. 99-100.



Hakkında Kanun'un 106. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir. Bu karar doktrinde eleştirilmiş ve kanunun değişiklikten önceki haline nazaran yaptırımın daha da ağırlaştırıldığı öne sürülmüştür.¹³⁰

Karşılıksız kalan her bir çek için ayrı ayrı adli para cezasına hükmedilir. Aynı borç ilişkisi çerçevesinde birden fazla çek verilmiş olması durumunda da sonuç değişmeyecek, gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve karşılıksız kalan her bir çek yaprağı için ayrı ayrı adli para cezası verilecektir.¹³¹ Karşılıksız çek keşide etmek suretiyle dolandırıcılık suçunun da işlenmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Benzer şekilde, karşılıksız çeklerin sahtecilik suçu, hırsızlık suçu ile beraber de işlenmesi mümkün olup bu durumlarda da gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.¹³²

Çek Kanunu'nun 6728 sayılı Kanunla değişik 5. maddesinin 10. fıkrasına göre, bu suç nedeniyle ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanamayacak, ödenmeyen adli para cezasının hapis cezasına çevrilerek infazından başka ihtimal olmayacaktır.¹³³ Çek Kanunu m. 5'te düzenlenen adli para cezası ve bu adli para cezasının ödenmemesinden dolayı dönüştürülen hapis cezası, ceza hukuku anlamında suç için öngörülen bir cezai yaptırım olmasına rağmen, infaz şekli ve sonuçları bakımından tazyik hapsinin de bazı özelliklerini bünyesinde barındırmaktadır.¹³⁴

Çek Kanunu'nun 6. maddesinde, karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verileceği hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine bildirilir ve ilan olunur. Şikâyetten vazgeçme durumunda da aynı şekilde yargılama esnasında davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir. Kişi, mahkûm olduğu cezanın tamamen infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde yasağın konulduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, hükmü veren mahkemeden çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasını isteyebilecektir.

¹³⁰ Kendigelen, a.g.e., s. 431.

¹³¹ A.e., s. 428.

¹³² Ersoy, a.g.m., s. 300.

¹³³ Albayrak; Bozdağ, a.g.e., s. 251.

¹³⁴ Kendigelen, a.g.e., s. 44; Albayrak;Bozdağ, a.g.m., s. 251.

SONUÇ

Ülkemizde karşılıksız çek konusu geçmişten bu yana en tartışmalı alanlardan biri olarak varlığını sürdürmektedir. Karşılıksız çeklere uygulanacak yaptırımlar konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş; bunlardan bazıları karşılıksız çeklerin özel hukuk çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini belirtirken, çoğunluk görüş ise kamu hukuku yaptırımlarının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Türk hukukunda karşılıksız çeklerin cezalandırılması ilk olarak bir TBMM yorum kararında ifade edilmiş ve bu karar kapsamında dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunması koşuluyla cezalandırılması mümkün olmuştur. Bu noktada karşılaştırmalı hukukta da benzer uygulamalar bulunmakla beraber, bunlardan bazıları ayrı bir suç ihdas etme yolunu izlemiş, bazıları ise dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmekle yetinmiştir. Ülkemizin durumuna bakıldığında, 2012 yılında öngörülen idari nitelikteki yaptırımlar bir tarafa bırakılırsa, 1985 yılından bu yana karşılıksız çekler ayrı bir suç olarak kabul edilmiş ve bu bağlamda hürriyeti bağlayıcı ceza ile adli para cezası ve bazı koruma tedbirleri öngörülmüştür.

Karşılıksız çeklere doğrudan hapis cezası uygulandığı dönemde, ekonomik suça ekonomik ceza öngörülmesi gerekliliği ifade edilmiş ve bu hapis cezasının taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere ve Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Şöyle ki; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 Numaralı Protokolün 1. maddesinde yer alan “borç için kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı” hükmü, Avrupa Birliği uyum süreci kapsamında Anayasamıza da eklenmek istenmiş ve bu amaçla 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa’nın 38. maddesine “Hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı” hükmü 8. fıkra olarak eklenmiştir. Bu dönemde en yoğun eleştiriler bu noktada toplanmış ve hürriyeti bağlayıcı cezadan vazgeçilmesi gerektiği ifade edilmiş fakat doktrinde çoğunluk görüş, bu maddede belirtilen “sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden” bahsedildiğinden hareketle, mevcut düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığını dile getirmiştir. Ayrıca bu dönemde ilgili hükümler Anayasa Mahkemesi’nin önüne de getirilmiş ve Anayasa Mahkemesi de bu hükümlerin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.¹³⁵ Buna rağmen devam eden eleştirileri de dikkate alan kanun koyucu, öngörülen doğrudan hapis cezasını 2003 yılında kaldırmış ve suçu ilk defa işleyenler için adli para cezası öngörmüştür. Hukukumuzda bu sistem 2012 yılına kadar benimsenmiş ve 2012 yılında adli yaptırımlara son verilerek idari nitelikteki yaptırımlar

¹³⁵ Bkz.: Anayasa Mahkemesi E: 2002/165, K: 2002/195, T: 11.12.2002.



kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden sonra, karşılıksız çeklerin sayısının arttığı noktada eleştiriler çoğalmış ve adli yaptırımlara dönülmesi gerekliliği yoğun şekilde ifade edilmiştir. Bir kez daha karar değiştiren kanun koyucu 2016 yılında adli yaptırımları tekrardan kabul ederek tartışmalara son vermek istemiştir.

Ülkemizdeki karşılıksız çek istatistiklerine bakıldığında, idari yaptırımların uygulandığı dönemde karşılıksız çek sayısında bir artış gözlemlenmektedir.¹³⁶ Diğer bir söylemle, karşılıksız çeklere adli yaptırımların öngörüldüğü dönemde, karşılıksız çek sayısında bir düşüş gözlemlenmekte, bu da çek müessesinden beklenen faydanın adli yaptırımlarla sağlandığını göstermektedir. Beklenen faydanın tam olarak sağlanması için elbette doğrudan öngörülen hapis cezası daha etkili olacaktır. Benzer şekilde, çekte olan güvenin azaltılmaması gerektiği de dikkate alınarak, en azından karşılıksız çek fiilinden mükerrir olanlara karşı doğrudan hapis cezasının öngörülmesi de yerinde olabilecektir. Fakat modernleşen dünyada, ekonomik ilişkilerin gelişmesi ve farklı boyutlara evrilmesi neticesinde ortaya çıkan ve sonuç olarak cezai yaptırımları gerektiren fiillere, hürriyeti bağlayıcı cezanın başvurulacak son çare ve istisna olarak öngörülmesi fikrini dikkate alarak, “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesinin uygulanması daha doğru görünmekle beraber, sadece bu ilke dikkate alınarak yapılacak düzenlemeler ise çekte olan güveni ortadan kaldıracaktır.

Ülkemizdeki güncel mevzuat, yukarıda desteklenen görüşle paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu sayede hem temel ilkelere riayet eden hem de çekten beklenen faydanın sağlanması noktasında ideale yakın olan bir düzenlemedir. Adli para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasına çevrilmesi her ne kadar ekonomik suça ekonomik yaptırım uygulanmadığını çağırırsa da toplumda çekte olan güvenin ve ticari hayatın düzenli işleyişi açısından, zorlama hapsi niteliğinde olan bu hapis cezasının gerekli olduğu söylenebilir. Zira bu hapis cezası ve mahkumiyete bağlı olan diğer tedbirler, kişinin çek bedelini ve kanunda belirtilen tazminatı ödemesi durumunda ortadan kalkacak ve kişi bu suçu işlememiş gibi olacaktır. Karşılıksız çek keşide etmek bir suç olarak düzenlenmemiş ya da en azından bir adli para cezası öngörülmemiş olduğu takdirde, ticari ilişkilerde güven unsuru zedelenecek ve çekten beklenen fayda sağlanamayacaktır. Bu sebeple, öncelikle adli para cezası ve bunun ödenmemesi durumunda farklı özellikleri olan hapis cezasına çevrilecek olması hem gerekli hem de yerindedir.

¹³⁶ https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2248/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Mart_2020.pdf, (Çevrimiçi), E.T: 17.05.2020.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK, Hakan; BOZDAĞ, Ahmet: “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılama Hakkında Bir İnceleme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:33, Y:9, 2018, s. 243-282.

ARSLAN, Çetin: “Karşılıksız Çek Suçunda Etkin Pişmanlık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C:1; S:5, 2011, s. 159-210.

ATALAN, Haluk: “Güncel Bir Sorun: Karşılıksız Çek”, Ankara Barosu Dergisi; S:1, 1983, s. 30-49.

BAŞMAN, Murat: “3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik ve Bir Yargıtay Kararı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:3-4, 1993, s. 357-361.

BAYDAR, Zeki: “Yargıtay Kararları Işığında Karşılıksız Çek ile Dolandırıcılık Suçu ve Bu Suçun Tekemmül Anı İle İlgili Bazı Tahsil, Tenkit ve Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, S:4, 1981, s. 655-671.

ÇETİNER, Ufuk: “Anayasanın 38. Maddesi Değişmesi Sebepiyetle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar”, Ankara Barosu Dergisi, S:1, 2002, s. 173-181.

EKŞİ, Dağlar: “4814 Sayılı Kanun’la Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açkısından Karşılıksız Çek”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:21, S:2, 2003, s. 209.

DEMİR, Şamil: “5941 Sayılı Çek Kanununda Düzenlenen İdari ve Ceza Yaptırımlar”, Ankara Barosu Dergisi, S:1, 2013, s. 201-220.

DİRİKKAN, Hanife: “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4; S:1, 2002, s. 1-37.

DOMANİÇ, Hayri: “Karşılıksız Çeke Hapis Cezası Anayasa Aykırıdır”, Legal Hukuk Dergisi, S:11, Kasım 2003, s. 2737-2743.

DOMİNİÇ, Hayri: Karşılıksız Çek, İstanbul, Arpac Matbaacılık, 1983.

DÖNMEZER, Sulhi: “Karşılıksız Çek”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, S:1-4, 1977, s. 303-324.

DURŞUN, Alev Deniz: Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.



EKŞİ, Dağlar: “4814 Sayılı Kanun ile Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çek Ödemelerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Karşılıksız Çek”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:21, S:2, 2003, s. 205-228.

ERCAN, İsmail: Karşılıksız Çek ve Cezai Sonuçları: Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Neden Olma Suçu, 2. Baskı, Ankara, 2019.

ERSOY, Ayşe Nur: “5941 Sayılı Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Çeklerde Karşılıksızdır İşlemine Sebebiyet Verilmesinin Cezai ve İdari Yaptırımları”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, 2019, s. 259-310.

HACIOĞLU, Caner: “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7; S:1-2, 2003, s. 129-159.

KAYANÇİÇEK, Murat: “5941 Sayılı Çek Kanununa İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri(Uygulama ve- Doktrin)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi; C:1; S:8, 2012, s. 261-292.

KENDİGELEN, Abuzer: Çek Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019.

KURŞUN, Fatma: ‘Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

NARBAY, Şafak: “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, S:43, 2010, s. 65-99.

ÖZDAMAR, Mehmet: “Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, 2002, s. 101-154.

ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

PULAŞLI, Hasan: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

UYAR, Talih: “Karşılıksız Çek Çekmek(Keşide Etmek) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, S:5-6, 1987, s. 671-683.

YILDIRIM, Zeki; ÇETİNTÜRK, Ekrem: “İbraz Edilen Çek ile İlgili Olarak Karşılıksız İşlemi Yapılması Hakkında Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:103, 2012, s. 27-84.

YÖRDEM, Yılmaz: “6728 Sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Karşılıksız Çek Sorunsalı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi; S:33, Y: 9, 2018, s. 347-368.

Çevrimiçi Kaynakça

https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2248/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Mart_2020.pdf (Erişim Tarihi: 17.05.2020)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf> (Çevrimiçi), E.T: 17.05.2020.



MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI VE TÜRLERİ

Definition, Establishment and Types of Deposit Agreement

Beyza ER*

Özet

Mevduat, gerçek veya tüzel kişiler tarafından ivazlı ya da ivazsız olarak, geri ödenmesi şartıyla para toplamaya yetkili kuruluşlara tevdi edilen paraları ifade etmektedir. Mevduat işleminin bankalar bakımından hayati önem taşıdığı ve ülke ekonomisine katkısının büyük olduğunu söylemek mümkündür. Bankaların kaynakları içerisinde mevduatın çok önemli bir yeri vardır. Çünkü banka nispeten düşük faizle topladığı mevduatı, kredi sözleşmesiyle ihtiyaç sahiplerine daha yüksek faizle vermek suretiyle aradaki faiz farkından kazanç elde etmektedir. Kişiler de mevduat sözleşmeleri aracılığıyla paralarını güvenli bir kuruluştaki saklama ve faiz geliri elde etme imkânına sahip olmaktadır. Mevduat sözleşmeleri çeşitli tasniflere tabi tutulmakta olup bunlar içerisinde tasarruf mevduatı sözleşmesi, gerçek kişiler tarafından tasarruf amacıyla yatırılan ve ticari işlemlere konu olmayan paraları konu edinmekle ayrı bir öneme sahiptir. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından tasarruf mevduatı sahibini koruyucu düzenlemeler getirilmiştir. Çalışmamızda ilk olarak mevduat kavramı kanuni düzenlemeler ve öğretilerdeki görüşler çerçevesinde açıklanacak ardından da mevduat sözleşmesinin unsurları, hukuki niteliği, kurulması ve türleri öğretilerde ileri sürülen çeşitli görüşler de ele alınarak ayrıntılarıyla incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Mevduat, Mevduat Hesabı, Mevduat Sahibi, Vadeli Mevduat, Tasarruf Mevduatı.

Abstract

Deposit refers to the money given by real or legal persons to the institutions authorized to collect money with or without consideration, provided that it is repaid. It can be urged that deposit transaction is of paramount importance for banks and has major contribution to national economy. Deposits have a very important place in the resources of banks. Because banks generate profit by collecting money with relatively lower interests and then giving money to needers with higher interests by loan contracts. Therefore, individuals have the opportunity to keep their money in a secure institution and obtain interest income through deposit agreements. Deposit agreements are categorized in various manners, and among these, savings deposit agreements have a special importance by subjecting the money deposited by real persons for savings and not subject to commercial transactions. In this regard, regulations have been

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Bankacılık Uzman Yardımcısı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, avbeyzaer@hotmail.com, <http://orcid.org/0000-0002-0738-1761>



introduced by the law-maker to protect the savings deposit holder. In this study, the term deposit will be discussed based on legal regulations and disciplinary views. Later on, the elements, legal characteristic, establishment and types of deposit agreement will be examined by referring to various views asserted.

Key words: Deposit, Deposit Account, Deposit Holder, Term Deposit, Savings Deposit.

GİRİŞ

“Mevduat” sözcüğü, Arapça kökenli olup “tevdi” sözcüğünden türemiştir¹. “Tevdi” sözcüğü ise, sözlük anlamı itibarıyla “verme, bırakma” anlamına gelmektedir². Tevdi işlemleri kapsamında her türlü taşınır eşya, kıymetli evrak ile paranın açık veya kapalı olarak bırakılması söz konusu olurken, bankacılıkta mevduat daha dar bir anlama sahiptir.³ Öğretide benimsenen tanıma göre bankacılık uygulamasında mevduat, gerçek veya tüzel kişiler tarafından ivazlı ya da ivazsız olarak ve geri ödenmesi şartıyla para toplamaya yetkili kuruluşlara tevdi edilen paraları ifade etmektedir⁴.

Türk hukuk sisteminde bankacılık faaliyetleri kapsamında çıkarılan yasal düzenlemeler incelendiğinde, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda⁵ veya başka bir kanunda mevduatın tanımına yer verilmemiş olup, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun⁶ 3.maddesinde ise mevduat ilk kez; “*yazılı ya da sözlü*

¹ Oruç Hami Şener, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, (2.Bası, Yetkin Yayınları 2019) 5; Kürşad Nuri Turanboy, ‘Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’ (1997) 1(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254; Ömer Naneli, ‘Türk Hukukunda Mevduat Hesabı Üzerine Çek Keşide Edilmesi’ (2018) (12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 532, 538; Yonca Yücel, ‘Tasarruf Sahiplerinin Hak Ve Menfaatlerinin Korunmasına Dair Mevzuat’ (2010) (87) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 464, 469; Selçuk Özer, Mevduat Rehni, (Der Yayınları 2017) 1; Sebahat Akyol, ‘Türkiye’de Mevduat Sigorta Sisteminin Genel Analizi’, (2018) 1(1) Ekonomi Maliye İşletme Dergisi 1, 2; Aliye Akgün, Mevduat Sözleşmeleri, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2018) 3.

² <www.sozluk.gov.tr> E.T. 23.11.2020.

³ Özer, (n 1) 2; Akyol, (n 1) 3; Akgün, (n 1) 3.

⁴ Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, (C.1, Yaklaşım Yayınları 2007) 115; Kemal Çevik, Banka Hukuku, (1.Bası, Turhan Kitabevi 2007) 276; İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, (C.1, Adalet Matbaacılık 1996) 130; Mustafa Çeker, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, (Karahana Yayınları 2004) 5; Alptekin Güney, Bankacılık İşlemleri, (9.Bası, İnkılâp Kitabevi 2015) 41; Aytaç Şemsi, ‘Mevduat, Havale, EFT’ Ferudun Kaya (ed) Bankacılık Giriş ve İlkeleri (5.Bası, Beta Basım 2017) 225; Mehmet Vurucu, Mustafa Ufuk Arı, A’dan Z’ye Bankacılık, (C.I, 2.Bası, Seçkin Yayıncılık 2017) 337; Haluk Konuralp, ‘Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği’, (1980) (1) Ankara Barosu Dergisi 14; Süleyman Kalender, ‘Banka Mevduatı Zamanlaşımı’ (2018) 2(1) Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 14, 15; Nuri Erdem, ‘Vadelerine Göre Mevduat Hesabı Türleri’ (2005) 1(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 253, 254; Özer, (n 1) 3; Akgün, (n 1) 4.

⁵ RG 23.06.1999/23734.

⁶ RG 01.11.2005/25983.

olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para” şeklinde tanımlanmıştır.

Uygulamada mevduat kavramı sıklıkla mevduat sözleşmesi ve bankacılık faaliyetlerini ifade etmek içinde kullanılsa da mevduat, hukuki ilişkiye verilen bir ad veya hukuki bir fiil olmayıp tevdi edilmiş bir miktar para anlamına gelmesi sebebiyle ancak hukuki ilişkinin bir unsuru olarak nitelenebilir⁷. Yine banka hesabı da mevduat ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılmakta ise de esasen banka hesabı, banka ile sözleşme akdettikleri kişiler arasındaki çeşitli hukuki ilişkiler kapsamında gerçekleşen işlemlerin kaydedildiği, muhasebecilikte kullanılan bir yöntemdir⁸. Ancak sadece mevduat ilişkisi kapsamındaki banka hesapları değil; kredilerin, havalelerin, saklama hizmetlerinin kaydedildiği benzer başka hesaplar da vardır.

I. MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Bankacılık Kanunda mevduatın tanımı yapılmışsa da mevduat sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Kanundaki mevduat tanımı da dikkate alındığında mevduat sözleşmesi, bankanın kendisine tevdi edilen paraları güvenli bir şekilde saklama ve istendiğinde iade etmeyi taahhüt ettiği ve müşterinin ise dilediği miktardaki parayı bankanın kullanımına bırakmayı kabul ettiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Buna göre mevduat sözleşmesinin unsurları; bir miktar paranın varlığı, paranın yetkili kuruluşa yatırılması, paranın saklanmak üzere veya ödünç olarak bırakılması ve halka duyurulmak suretiyle para kabul edilmesi olarak sıralanabilir⁹.

A. Bir Miktar Paranın Varlığı

Bankacılık Kanunu’ndaki tanımda da açıkça yer verildiği üzere mevduat sözleşmesinin konusunu ancak bir miktar para oluşturabilir¹⁰. Mevduat sözleşmesinin konusu olan para Türk Lirası veya yetkili kuruluş tarafından kabul edilmesi halinde tedavülde olan herhangi bir yabancı ülke parası olabilir. Buna karşılık, hisse senedi, tahvil, altın, hazine bonusu ve tedavülden kalkmış paralar mevduat olarak kabul edilmez¹¹. Paranın virman, havale ya da EFT yoluyla yatırılması halinde de mevduat işlemi gerçekleşecek olup paranın

⁷ Konuralp, (n 4) 14; Turanboy, (n 1) 255; Akgün, (n 1) 4.

⁸ Turanboy, (n 1) 257; Yücel, (n 1) 470.

⁹ Ahmet Battal, Bankacılık Kanunu Şerhi, (Seçkin Yayıncılık 2006) 71; Şener, (n 1) 17; Çeker, (n 2) 10.

¹⁰ Çeker, (n 4) 11; Battal, (n 9) 71; Kalender, (n 4) 17; Naneli, (n 1) 538; Akgün, (n 1) 12.

¹¹ Çeker, (n 4) 11; Kalender, (n 4) 17, Ancak yazara göre; bankalarda açılan altın hesaplarında kaydi bir değer bulunması ve bu değer banka tarafından kullanılabilir olması nedeniyle mevduat olarak kabul edilmesi gerekmektedir.



bankaya fiziken teslimi şart değildir¹². Paranın asgari veya azami miktarı konusunda da bir sınırlama mevcut olmadığı gibi¹³ yatırılan para karşılığında faiz verilip verilmemesi de nitelendirmede önem taşımaz¹⁴.

Diğer taraftan, bankalara tevdi edilen her türlü para mevduat olarak nitelendirilemez. Nitekim Bankacılık Kanununun 60. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca resmi kuruluşlar ile özel kuruluşlar ve ticari ortaklıkların çalışanları için kurulan sandık ve vakıflara yatırılan paralar ile sigorta şirketlerinin işlemleri de mevduat kapsamına girmemektedir. Yine, bankaların emanet kasalarının müşterilerce kiralanması yoluyla kasanın içerisine konulan para, altın, gümüş ya da diğer değerlerin de bunların banka tarafından kullanılması mümkün olmadığından, mevduat olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁵.

B. Paranın Yetkili Kuruluşa Yatırılması

Mevduattan söz edebilmek için paraların, bu konuda yetkili bir kuruluşa yatırılması gerekir¹⁶. Bankacılık Kanununun “Mevduat ve katılım fonu kabulü.” başlıklı md.60/f.1; “*Kredi kuruluşları ile özel kanunlarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişi, aslen veya fer ’an meslek edinerek mevduat veya katılım fonu kabul edemez, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilan ve reklamlarında bu izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz.*” hükmünü amir olup anılan hüküm uyarınca

¹² Şener, (n 1) 25; Çeker, (n 4) 12; Nitekim günümüzde internet bankacılığı yaygın olarak kullanıldığından internet üzerinden dahi kişiler mevduat hesabı açabilmektedir.

¹³ Mevduat sözleşmesi yapabilmek için belirli bir miktarda para yatırılması zorunluluğu yoktur. Ancak sözleşme özgürlüğü kapsamında bankalar, (genellikle vadeli) mevduat başvurusunda bulunan kişilerin başvurusunu reddedebilecekleri gibi sözleşme yapmak için belirli bir miktarda para yatırılması koşulunu da ileri sürebilirler. (Çeker, (n 4) 22) Ayrıca yazara göre, bankanın iade yükümlülüğü hesaba para yatırılması halinde ortaya çıkacağından para yatırmaksızın mevduat ilişkisinin kurulmasının bir anlamı yoktur.

¹⁴ Kaplan, (n 4) 130; Erdem, (n 4) 254; İvazın sözleşmenin asli unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği yöndeki görüş için bkz. Çevik, (n 4) 276.

¹⁵ Reisoğlu, (n 4) 893; Çeker, (n 4) 6; Kalender, (n 4) 17. Bunların dışında, Bankacılık Kanunu md.60/f.4 uyarınca kalkınma ve yatırım bankalarının kredi müşterileri, ortaklıkları ve ortaklarından sağlayacakları fonlar ile bankalardan, para piyasaları, sermaye piyasaları ve organize piyasalardan kullanacakları fonlar da mevduat olarak nitelendirilemez.

¹⁶ Reisoğlu, (n 4) 808; Kaplan, (n 4) 130; Battal, (n 9) 72; Akyol, (n 1) 3; Güney, (n 4) 43; Yetkili kuruluşlar dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin mevduat toplamları Bankacılık Kanunu uyarınca izinsiz faaliyette bulunma suçunu oluşturur. Nitekim 150.maddenin ilk fıkrasında; gerekli izinleri almadan banka gibi mevduat kabul etme faaliyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin görevlileri için hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Ayrıca; faaliyet izni alınmadan ticaret unvanlarında, her türlü belge ve ilanlarında, kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda mevduat topladıkları izlenimi uyandıracak ifadeler kullanan kişilerin de hapis ve adli para cezası ile cezalandırılması düzenlenmiştir. (md.150/f.2) Uygulanan bir diğer müeyyide ise izinsiz olarak toplanan mevduatın Tasarruf Mevduatı Sigortası kapsamı dışında bırakılmasıdır.

hukukumuzda mevduat kabul etme yetkisi yalnızca kredi kuruluşları¹⁷ ile özel kanunlarına göre yetkili olanlara tanınmıştır. Kural olarak, mevduat kabul yetkisi kredi kuruluşu olan bankalara ait olmakla beraber mevduat bankaları dışında katılım, yatırım ve kalkınma bankalarına böyle bir yetki tanınmadığından¹⁸ hükümde yer alan kredi kuruluşu kavramından esasen mevduat bankası¹⁹ anlaşılmalıdır²⁰. Özel kanunlarına göre mevduat kabul etme yetkisi olan kuruluşlar ise Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri²¹ ile Posta ve Telgraf Teşkilatı'dır²². Anılan kuruluşların mevduat toplama faaliyetini icra edebilmeleri için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'ndan izin almaları gerekmektedir.

C. Paranın Saklanmak Üzere Veya Ödünç Olarak Bırakılması

Bankalara çeşitli amaçlarla bir miktar paranın yatırılması mümkün olmakla beraber mevduatın belirleyici özelliği paranın bankaya saklanmak üzere veya ödünç olarak yatırılması, bankanın mülkiyetine bırakılmasıdır²³. Öyle ki bankaya olan bir borcu ifa etmek, fatura borcunu ödemek, havale edilmek ya da bir borca teminat teşkil etmek üzere yatırılan paralar mevduat olarak nitelendirilemez²⁴. Paranın saklanmak üzere veya ödünç olarak yatırılması,

¹⁷ *Kredi kuruluşu: Mevduat bankalarını ve katılım bankalarını, ifade eder.* (Bankacılık Kanunu md.3)

¹⁸ Bankacılık Kanunu Madde 4; *Bankalar; diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla aşağıda belirtilen faaliyetleri gerçekleştirebilirler:*

a) Mevduat kabulü,

(...)

Mevduat bankaları birinci fıkranın (b) ve (t), katılım bankaları (a), kalkınma ve yatırım bankaları (a) ve (b) bentlerinde belirtilen faaliyetleri gerçekleştiremezler.

¹⁹ *Mevduat bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullanırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, ifade eder.* (Bankacılık Kanunu md.3)

²⁰ Reisoğlu, (n 4) 808; Vurucu-Arı, (n 4) 337; Yücel, (n 1) 471.

²¹ Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu, Kanun Numarası: 1581, Kabul Tarihi: 18.04.1972, RG 28.4.1972/14172.

²² Posta Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası 6475, Kabul Tarihi: 09.05.2013, RG 23.05.2013/28655. Posta Hizmetleri Kanunu'na göre PTT idaresine posta çeki işlemleri yapma yetkisi verilmiştir. Posta çeki işlemleri, PTT işyerleri ile elektronik ileti şeklinde çek hesabı açtıran kişilerce bir miktar paranın hesabına borç kaydı suretiyle kendisine veya üçüncü bir kişiye ödenmesine ya da üçüncü kişinin hesabına alacak kaydedilmesi hususunda PTT tarafından belirlenen yöntemlerle gerçekleştirilen işlemleri kapsamaktadır. Posta çeki hesabının niteliği itibarı ile mevduat olduğu belirtilmektedir. (Reisoğlu, (n 4) 808; Çevik, (n 4) 17).

²³ Reisoğlu, (n 4) 116; Şener, (n 1) 17; Çeker, (n 4) 6; Şemsi, (n 4) 225; Naneli, (n 1) 538;. Başlangıçta mudinin yatırdığı ve pozitif bakiye veren bir hesap, zamanla negatif bakiye vermişse artık bu durumda mudi tarafından yapılan bir tediyeden söz edilemeyeceğinden, mevduatın varlığından bahsedilemez. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 8083/206, 24.01.1991. (Şener, (n 1) 17, dn.37)

²⁴ Çeker, (n 4) 7; Akgün, (n 1)15.



mutlak surette iade edilme unsurunu da içinde barındırmaktadır. Nitekim Kanundaki tanımda da “*istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para*” ifadesine yer verilmekle paranın iade edilmesinin kararlaştırılmadığı durumlarda mevduat sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir²⁵.

Kişilerin bankalardan gayri nakdi kredi temin etmek üzere yatırdığı paranın mevduat niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda ise öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre²⁶, teminat amacıyla bankaya para yatırılması durumunda, riskin gerçekleşmesi ihtimalinde yatırılan para iade edilmemekte olup bu halde iade edilme unsurunu tam olarak karşılanmadığı için bu şekilde yatırılan paralar mevduat olarak nitelendirilmeyecektir. Öğretideki diğer bir görüş²⁷ ise, gayri nakdi kredi (teminat mektubu) kullanmak üzere teminat amacıyla bankaya para yatırılması halinde de taraflar arasında mevduat ilişkisinin mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre; bankaya yatırılan paranın geri alınması, yine bir vadeye (mektubun iadesi koşuluna) bağlanmış olup müşteri teminat mektubunu iade ettiğinde bankaya yatırdığı parayı da geri alacaktır.

D. Halka Duyurulmak Suretiyle Para Kabul Edilmesi

Mevduat ilişkisinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer unsur da bunun herhangi bir şekilde halka duyurulmuş olması gerekliliğidir²⁸. Halka duyurulma, belirli bir gruptan para toplanmasının mevduat kabul edilmeyeceği, mevduat kabulü işleminin halka açık ve herkesten²⁹ para toplama şeklinde olması gerektiğini ifade etmektedir³⁰. Duyuru yazılı veya sözlü olabilmesinin yanında internet, reklam, bir başkasından duyma gibi yollarla da olabilecek olup önemli olan husus herhangi bir şekilde duyurunun var olmasıdır³¹.

²⁵ Nitekim Bankacılık Kanunu'nun 61.maddesi; “4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz.” hükmünü amir olup bankaların mevduatı iadede kaçınmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla mevduat sözleşmesinde, mevduatın iade koşullarına yönelik olarak yapılacak olan düzenlemeler geçersiz olacağına da vade ve ihbar süresi hakkında konulacak olan şartlar geçerli olacaktır.

²⁶ Reisoğlu, (n 4) 116; Şener, (n 1) 20-22.

²⁷ Çeker, (n 4) 9.

²⁸ Şener, (n 1) 23; Çevik, (n 4) 276; Battal (n 9) 71; Naneli, (n 1) 539; Akgün, (n 1) 16; Halka duyurulmayı mevduat sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak kabul etmeyen görüş için bkz. Çeker, (n 4) 9.

²⁹ Herkes kelimesi ile kastedilen gerçek ve tüzel kişilerdir.

³⁰ Şener, (n 1) 23; Akgün, (n 1) 16.

³¹ Çevik, (n 4) 276; Battal (n 9) 71; Naneli, (n 1) 539; Kalender, (n 4) 16.

II. MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. Sözleşmenin Tarafları

1. Mevduat Kabul Etmeye Yetkili Kuruluşlar

Bu hususta mevduat sözleşmesinin unsurlarından biri olan “Paranın Yetkili Kuruluşa Yatırılması” unsuru hakkında yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olup, mevduat kabul etmeye yetkili kuruluşlar; mevduat bankaları ile özel kanunları uyarınca yetkili kılınan Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri ile Posta Telgraf Teşkilatı’dır³².

2. Mevduat Sahibi

Mevduat sözleşmesinde, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi mevduat sahibi olan tarafı oluşturabilir. Kural olarak hak ehliyetine sahip tüm kişiler, mevduat sözleşmesinde taraf olabilir³³. Mevduat sahibi olan gerçek kişi, Türk vatandaşı olabileceği gibi yabancı kişi de olabilir. Gerçek ve tüzel kişilerin fiil ehliyeti ile ilgili genel kurallar, mevduat sözleşmelerine de uygulanacaktır. Buna göre tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler tek başlarına geçerli bir şekilde mevduat sözleşmesi akdedebilirler³⁴. Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve kısıtlılar ise yasal temsilcilerinin rızası ile mevduat hesabı açabilir ve bu hesap üzerinde tasarrufta bulunabilirler³⁵. (TMK³⁶ md.16) Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizler, geçerli bir şekilde mevduat sözleşmesi akdedemeyecekleri gibi bu kişilerin akdettikleri mevduat sözleşmesi, yasal temsilcilerinin onayı ile de geçerli olmaz. Ancak, tam ehliyetsizler adına yasal temsilcileri mevduat sözleşmesi yapabilir.

Mevduat sahibi, bankadaki mevduat üzerinde hak sahibi durumundadır. Bu kapsamda alacağı temlik, hapis hakkı veya rehin, haciz veya ihtiyati tedbir, ehliyetsizlik gibi kısıtlamalar olmadığı sürece bankadaki mevduat üzerinde para çekme, havale, EFT gibi işlemler yaparak tasarrufta bulunabileceği gibi borcundan dolayı mevduatına haciz konması da mümkündür³⁷. Mevduat sahibi

³² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. I, B, s.494-495.

³³ Çeker, (n 4) 76; Kalender, (n 4) 17; Gerçek kişiler bizzat veya temsilcileri aracılığıyla, tüzel kişiler ise yetkili organları aracılığıyla mevduat sözleşmesi akdedebilirler.

³⁴ Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tüketim ödünç sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde, Türk Medeni Kanunu’nda yasal danışmanın onayının arandığı işlemler arasında “ödünç alma ve verme” de sayıldığından (TMK md.429/1-b.5), sınırlı ehliyetlinin mevduat sözleşmesi yapabilmesi için yasal danışmanın onayına ihtiyaç duyulacağı söylenebilir.

³⁵ Reisoğlu, (n 4) 810.

³⁶ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

³⁷ Çeker, (n 4) 77; Timuçin Muşul, Haciz ve Hacze İştirak, (Adalet Yayınevi 2019) 331 vd.; Mevduat hesabındaki mevduat alacağı İcra ve İflas Kanunu md.106/f.2 uyarınca menkul hükmünde olduğundan menkul haczi (İİK md.85/f.1) gibi icra müdürlüğünce bankaya md.88 kapsamında haciz müzekkeresi gönderilerek haczedilebileceği gibi borçlunun mevduat



olabilmek için bankadaki mevduat işleminin bizzat yapılması şart olmayıp, mevduat sahibi adına başkası tarafından hesap açılması veya para yatırılması suretiyle de mevduat sahibi sıfatı kazanılabilir. Bu açıdan mevduat sahibi ile mevduat hesabını açtıran kişi farklı şahıslar olabilir³⁸. Örneğin; anne veya babanın çocukları, dedenin torunu, kocanın karısı, işverenin işçileri adına hesap açtırması hallerinde mevduatı açtıran kişi ile mevduat sahibi birbirinden farklı olacaktır³⁹. Mevduat hesabı üzerinde tasarruf edebilmek için hesabı açtırmış olmak yeterli olmayıp mevduat sahibi sıfatını taşımak gereklidir. Bu kapsamda örneğin, işverenin işçi adına açtırdığı mevduat hesabına yatırdığı parayı daha sonra geri çekebilmesi mümkün değildir⁴⁰.

B. Sözleşmenin Şekli

Mevduat sözleşmesinin geçerliliği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁴¹ çerçevesinde bir şekil koşuluna bağlı değildir. Mevduat ilişkisinin doğması için banka ile mevduat sahibinin sözleşmenin zorunlu unsurları üzerinde yazılı veya sözlü olarak anlaşmaları yeterlidir⁴². Mevduat sözleşmesindeki irade beyanlarının banka şubesinde yüz yüze yapılması mümkün olduğu gibi bu işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi de mümkündür⁴³.

Öte yandan, Bankacılık Kanunu'nun "Müşteri Hakları" başlıklı 76.maddesinin ikinci fıkrasına göre; bankaların, Kanun'un 4. maddesinde yer alan faaliyet konularına ilişkin olarak bireysel müşterileri ile akdedecekleri sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar, kuruluş birlikleri tarafından belirlenecektir. Bu doğrultuda çıkartılmış olan, Mevduatın

hesabındaki para İİK md.88/f.1 uyarınca icra memuru tarafından fiilen el konulup muhafaza altına alınarak veya md.89 uyarınca 1.haciz ihbarnamesi gönderilerek de yapılabilir.

³⁸ Reisoğlu, (n 4) 811; Çeker, (n 4) 77; Mevduat sahibi sıfatını elde edebilmek için mevduat sözleşmesi veya hesap kartını imzalamak veya hesap cüzdanını almış olmak gerekli olmayıp hesap açılmış olması yeterlidir. (Çeker, (n 4) 77, dn.15; Battal, (n 9) 241) Hukuki niteliği itibarıyla, bir kimsenin başkası adına mevduat hesabı açtırması, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilebilir.

³⁹ Mevduat sahibi olacak kişinin hak ehliyetine sahip olması yeterli iken, işlemi yapacak olan kişinin mutlaka fiil ehliyetine haiz olması gerekmektedir.

⁴⁰ Buna karşılık anne veya babanın, çocukları adına açtıkları hesapta çocuğun tam ehliyetli olmasına kadar tasarrufta bulunması mümkün olmakla birlikte bu tasarruf yetkisi anne ve babanın velayet hakkından kaynaklanmaktadır. (TMK md.357/f.2)

⁴¹ RG 04.02.2011/27836.

⁴² Turanboy, (n 1) 261; Akgün, (n 1) 78; Çeker, (n 4) 20; Yazara göre; mevduat sözleşmesinin geçerliliği açısından mevduat cüzdanının düzenlenip düzenlenmemesi önem arz etmediği gibi bankaların müşterilerine hesap cüzdanı vermeleri de sözleşmenin şekle bağlı olduğunu göstermez. Ancak, sözlü olarak yapılan mevduat sözleşmelerinde ispat sorunu ile karşılaşıldığında, mevduat cüzdanı taraflar arasında bir sözleşme bulunduğunu ispata yarar. Aynı yönde bkz. Erdem, (n 4) 261; Turanboy, (n 1) 261.

⁴³ Çeker, (n 4) 21.

Kabulüne İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴⁴ ile kredi kuruluşları, müşterileri ile belirli hususları içeren çerçeve sözleşme düzenlemekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca, Türkiye Bankalar Birliği tarafından çıkarılan Tebliğde⁴⁵, bireysel müşteriler ile akdedilen tüm sözleşmelerin taraflarca imzalanmış bir örneğinin müşteriye verileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri sözleşmenin bir örneğinin müşteriye verilmesi düzenlemeleri mevduat sözleşmesinin yazılı yapılmasını zorunlu kılsa da, Borçlar Kanunu veya Bankacılık Kanunu'nda mevduat sözleşmeleri bakımından herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmüş olmayıp geçen hükümler, bankalara yönelik düzen hükmü niteliğini taşımaktadır⁴⁶.

C. Sözleşmenin Kurulması

Sözleşmelerin nasıl kurulacağı TBK'nın 1. maddesi ve devamında düzenlenmiş olup bu hükümler mevduat sözleşmelerine de uygulanır. Buna göre, hukukumuzda sözleşmeler rızai olduğu için (TBK md.1/f.1), mevduat sözleşmesi de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur⁴⁷. Mevduat sözleşmesinde, bir miktar paranın saklanması veya faiz geliri elde edilmek üzere bankaya yatırılması, paranın mülkiyetinin bankaya geçmesi ve iade zamanı geldiğinde de bankanın parayı mislen iade etmesi hususları, sözleşmenin esaslı unsurlarından olup tarafların asgari olarak sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları ile sözleşme kurulmuş olur⁴⁸. (TBK md.2/f.1)

III. MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Banka ile mevduat sahibi arasında yapılan mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin Bankacılık Kanununda bir düzenleme yer almayıp öğreti ve Yargıtay kararlarında da mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki görüşler; misli şeylerin saklanması (usulsüz tevdi) sözleşmesi, tüketim ödencü (karz)

⁴⁴ RG: 01.11.2006/26333.

⁴⁵ Türkiye Bankalar Birliği'nin Bankalar ile Bireysel Müşterileri Arasında İmzalanacak Sözleşmelerin Şekil ve İçeriğinde Yer Alması Gereken Asgari Hususlar ile Sözleşmelerin Uygulanacağı İşlemlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, (Çevrimiçi) <<https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/duzenlemeler/bireysel-sozlesmeler-tebliği/387>> E.T.:06.12.2020.

⁴⁶ Akgün, (n 1) 79.

⁴⁷ Çeker, (n 4) 23, dn.63; Şener, (n 1) 117; Turanboy, (n 1) 262; Akgün, (n 1) 83; Konuralp'a göre ise mevduat sözleşmesi, paranın bankaya teslimi ile kurulmuş olmaktadır. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak özellikle vadesiz mevduat sözleşmelerinde paranın yatırıldıktan sonra istenildiği zaman çekilebilmesi nedeniyle, henüz para yatırılmadan talep hakkının bulunduğu kabul edilmesinin çelişki yaratmasını göstermiştir. Yazar, mevduat sözleşmeleri bakımından vadeli-vadesiz ayrımı yapmaksızın sözleşmenin aynı sözleşme olduğunu kabul etmiştir. (Konuralp, (n 4) 19-21.)

⁴⁸ Akgün, (n 1) 85.

sözleşmesi, karma sözleşme ve kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğu yönünde ayrılmıştır⁴⁹.

A. Misli Şeylerin Saklanması (Usulsüz Tevdi) Sözleşmesi

Bir miktar para, misli eşya veya kıymetli evrakın saklanmak üzere bırakıldığı, saklayanın da bırakılan şeyle aynı miktar ve nitelikte şeyi iade etmekle yükümlü olduğu sözleşme türü, misli şeylerin saklanması sözleşmesidir⁵⁰. Misli şeylerin saklanması sözleşmesi TBK'da saklama sözleşmelerinin bir türü olarak düzenlenmiştir.

Misli şeylerin saklanması sözleşmesinin konusunun bir miktar para olabilmesi, saklayanın parayı kullanabilmesi ve iade zamanı geldiğinde geri vermekle yükümlü olması hususları mevduat sözleşmesinde de mevcuttur⁵¹. Bu durum, öğretilerdeki bazı yazarlar tarafından mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin misli şeylerin saklanması sözleşmesi olarak ileri sürülmesine neden olmuştur⁵². Öğretilerde bazı yazarlar ise vadeli ve vadesiz mevduat sözleşmelerini ayırarak, vadeli mevduat sözleşmelerinin tüketim ödencü sözleşmesi, vadesiz mevduat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin usulsüz tevdi sözleşmesi olduğu görüşündedir⁵³.

Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin misli şeylerin saklanması sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde, bu sözleşme hükümleri

⁴⁹ Tülay Aydın Ünver, 'Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği' (ed) Tufan Ögüz, Başak Baysal, Şükran Şıpka, Emrehan İnal, Hasan Erman, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, (On İki Levha Yayıncılık 2020) 137, 138; Çeker, (n 4) 25; Kaplan, (n 4) 198; Konuralp, (n 4) 16; Kalender, (n 4) 18; Yonca, (n 1) 470; Özer, (n 1) 5.

⁵⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (7.Bası, Yetkin Yayınları 2019) 767.

⁵¹ Misli şeylerin saklanması sözleşmesinin unsurları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Eren, (n 50) 768.

⁵² Mustafa Topaloğlu, 'Banka Mevduatı Üzerinde Takas ve Hapis Hakkı' (2004) (11) Adana Barosu Bülteni, 2; Nurettin Gürsel, 'Usulsüz Tevdi' (1950) 41(1) Adalet Dergisi 77, 87; Bu görüşü savunanlara göre; usulsüz tevdi sözleşmesinde asıl amaç, tevdi konusu paranın güvenli bir yerde saklanması olup, mevduat sözleşmesinde de mevduat sahibi, saklanmasını istediği parayı güvendiği bankaya tevdi etmekte, banka ise belirli bir süre sonra veya talep edildiğinde aynı miktarda mal yahut parayı iade etmeyi taahhüt etmektedir. Bu yönüyle vadesiz mevduat sözleşmesinin usulsüz tevdi sözleşmesine benzediği görülmektedir. YGHK, 11-2802/1047, 02.11.1983 sayılı kararında sözleşmenin hukuki niteliğinin saklama sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir; "...davacının açıkça aralarındaki sözleşme hükümlerine (Vedia sözleşme BK. m. 463) dayandığı ve olayda davalı bankanın göstermesi gereken özeni gerekli şekilde göstermediği..." ((1984) 10(3) Yargıtay Kararları Dergisi 350, 353), Aynı yönde karar için bkz.YGHK, 11-20/34, 09.02.2005, <www.lexpera.com> E.T. 25.11.2020.

⁵³ Şener, (n 1) 76; Erdem, (n 4) 259; Battal (n 9) 72; Akgün, (n 1) 67-71; Zira vadesiz mevduatta da banka, karşılığında bir faiz ya da başka bir ad altında ücret ödemeksizin müşterisinin kendisine tevdi ettiği parayı kullanmakta ve müşterisinin talep etmesi durumunda parayı derhal iade etmektedir. (Şener, (n 1) 72.)

uygulanacaktır. Misli şeylerin saklanması sözleşmesi kural olarak ücretsizdir. Ancak, açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir. (TBK md.561/f.2) Dolayısıyla paranın bankaya muhafaza için yatırıldığı kabulü halinde, bankanın paraya faiz ödemesi değil, tam aksine ona ücret ödenmesi gerekeceğinden, müşteriden muhafaza hizmetinin karşılığında bir ücret talep hakkı doğacaktır⁵⁴. Yine, misli şeylerin saklanması sözleşmesinde bir süre belirlenmiş olsa dahi saklatan, her zaman saklanana geri isteyebilir. (TBK md.561/f.4) Oysa Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesine göre banka muvafakat etmedikçe mudinin, vadeli yatırdığı parasını geri alması mümkün değildir. Bunun dışında, TBK'da tevdi edilmiş eşyaların ancak alacaklının rızasıyla takas edilebileceği öngörülmüştür. (TBK md.144/b.1) Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin saklama sözleşmesi olduğu kabul edildiği takdirde, banka mevduat sahibinin alacağı ile kendisinin mevduat sahibinden olan alacağını, alacaklının rızası olmadan takas edemeyecektir⁵⁵. Bankalar ise uygulamada, mevduat sözleşmesi akdederken sözleşmeye takas yapabileceklerine ilişkin kayıtlar koymaktadır⁵⁶.

B. Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi

Tüketim ödücü sözleşmesi, TBK md.386'ya göre; *“ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşme”*dir⁵⁷. Tüketim ödücü sözleşmesinin konusunun bir miktar para olabilmesi, sözleşme konusu şeyin mülkiyetinin karşı tarafa geçmesi ve şeyin mülkiyetini kazananın mislen geri vermeyi üstlenmesi mevduat sözleşmesi ile ortak unsurlardır⁵⁸. Öğretideki bazı yazarlara göre ise⁵⁹, banka tarafından mevduat olarak toplanan paraların işletilmesi, mevduat karşılığında faiz verilmesi ve sözleşme ile bankaya takas yetkisinin verilmesi sebebiyle mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği tüketim ödücü sözleşmesidir. Kimi yazarlar ise⁶⁰ yalnızca vadeli

⁵⁴ Ünver, (n 49) 143; Eren, (n 50) 769; Reisoğlu, (n 4) 117; Özer, (n 1) 7

⁵⁵ Eren, (n 50) 770.

⁵⁶ Kaplan, (n 4) 201; Erdem, (n 4) 256.

⁵⁷ Fahrettin Aral-Hasan Ayrancı-Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (12.Bası, Yetkin Yayınları 2019) 345; Murat Aydoğdu-Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (3.Bası, Adalet Yayınevi 2017) 702.

⁵⁸ Tüketim ödücü sözleşmesinin unsurları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Aral-Ayrancı, (n 57) 346-350.

⁵⁹ Kaplan, (n 4) 205-206; Güney, (n 4) 41; Yargıtay'ın da bu yönde görüş belirttiği eski kararları bulunmaktadır; *“Taraflar yekdiğerine karşı yüklendikleri vecaibe nazaran banka ile tevdiat sahibi, müstakriz ise bankadır. Karz akdi paranın bankaya tevdi ile beraber tamam olur ve hüküm ifade eder.”* Yargıtay Ticaret Dairesi, 1812/3707, 17.05.1955 (Çeker, (n 4) 25, dn.73)

⁶⁰ Şener, (n 1) 76; Erdem, (n 4) 259; Akgün, (n 1) 67-71. Bu görüşü savunanlara göre; vadesiz mevduat sözleşmesinde saklama amacı, vadeli mevduat sözleşmesinde ise faiz geliri elde etme amacı mevcuttur.

mevduat sözleşmesinin, tüketim ödünç sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tüketim ödünç olarak kabul edilmesi hâlinde, bu sözleşme hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Tüketim ödünç sözleşmesinde, ödünç veren verdiği şeyi her zaman geri isteyemez⁶¹. Ne var ki mevduatın geri çekilmesini düzenleyen Bankacılık Kanunu'nun 61.maddesindeki özel hüküm karşısında mudiler bankalardaki paralarını özel vade ve ihbar şartları dışında her zaman geri alabilme hakkına sahiptir. Yine, TBK'nın 387.maddesi gereği, tüketim ödünç sözleşmesinde faizin söz konusu olabilmesi için, tarafların bu hususu sözleşme ile kararlaştırmış olmaları gerekir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere ticari tüketim ödünçünde sözleşme ile belirlenmemiş olsa dahi faiz ödenmesi gerekir⁶². Ayrıca, mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tüketim ödünç olarak kabul edilmesi hâlinde takas yasağı da söz konusu olmayacak ve bu durumda bankalar, alacaklının rızasına gerek olmadan kendi alacakları ile mevduat alacağını takas edebilecektir⁶³.

C. Karma Sözleşme

Karma sözleşme, kanunda çeşitli sözleşme türleri için kabul edilen unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesiyle ortaya çıkan sözleşmedir⁶⁴. Öğretide mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğini, karma sözleşme olarak kabul eden yazarlar da mevcuttur⁶⁵. Nitekim Tekinalp, hesaba havale yapılması veya hesaptan havale yapılması gibi durumlarda, bankanın bir vekil gibi hareket ettiği gerekçesiyle vadesiz mevduat sözleşmesinin misli şeylerin saklanması ve vekâlet, vadeli mevduat sözleşmesinin ise ödünç ve vekâlet olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁶. Konuralp'a

⁶¹ TBK md.392 uyarınca geri verilme konusunda belirli bir gün veya bildirim süresi öngörülmemiş olsa bile, ödünç alan ilk istem tarihinden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödünçü geri vermekle yükümlü olmaz.

⁶² Aral-Ayrancı, (n 57) 706.

⁶³ Kaplan, (n 4) 201; Erdem, (n 4) 256; Turanboy, (n 1) 262.

⁶⁴ Eren, (n 50) 953; Aydoğdu-Kahveci, (n 57) 40.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 1095/6032, 01.07.1999; "...Türk doktrininde mevduat sözleşmesinin Borçlar Kanunu'ndaki hukuki niteliği oldukça tartışmalı bulunmaktadır. Zira bu sözleşmeye karz akdi niteliği veren yazarlar olduğu gibi, vedia, usulsüz vedia ve nihayet vekâlet ilişkisi olarak nitelendiren yazarlar da vardır. Bu sözleşmelerin her birinin edimin ifa yeri farklı ilkelere tabidir. Bu itibarla, mahkemece mevduatın, sadece para alacağına yönelik bir ödünç sözleşmesi gibi nitelendirme ile yetkili mahkemenin yoruma dayalı olarak belirlenmesi de isabetli bulunmamıştır. Kaldı ki, yukarıda da değinildiği gibi, mahkemenin nitelendirme şekli bakımından da taraflar arasındaki mevduat sözleşmesi yalın bir mevduat hesap sözleşmesi olmayıp, inanca işlem sözleşmesini de içeren karma nitelikli bir sözleşmedir." <www.lexpera.com> E.T.26.12.2020

⁶⁶ Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2009) 437.

göre ise, mevduat sözleşmesinde kişilerin saklama ve faiz elde etme amacı bir arada bulunmaktadır. Bankanın borçları olan faiz verme ve saklama, kanunda düzenlenmiş olan iki ayrı sözleşme tipine ait unsurlar olduğunu ve bunların kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirildiğini bu nedenle de mevduat sözleşmesinin karışık içerikli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁶⁷. Son olarak Ünver de; hesap sahibinin paranın işletilmesi suretiyle kazanç elde etme amacının ağırlıklı olduğu, bankanın ise bu parayı sermaye olarak kullanarak vade sonunda faiziyle birlikte hesap sahibine iade ettiği vadeli mevduat hesabı sözleşmelerinin tüketim ödücü ve vekâlet sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan, asıl amacı tevdi edilen paranın saklanması olan ve aynı zamanda vekâlet sözleşmesine ilişkin yükümlülükleri de içeren vadesiz mevduat sözleşmelerinin ise usulsüz tevdi ve vekâlet sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁶⁸.

Mevduat sözleşmesinin karma sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, karma sözleşmeler uygulanacak olan hükümlerin belirlenmesi gerekmektedir. Öğretide bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte⁶⁹ kıyas ve yaratma teorilerinin birlikte uygulanmasını savunan görüş⁷⁰ kabul edilecek olursa sözleşmeye, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalı; hüküm bulunmaması halinde TMK md.1/f.2⁷¹ çerçevesinde çözüm bulunmalıdır⁷².

D. Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşme

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, yasada düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin öğeleri tümüyle ya da bir bölümüyle içermez ve kendisine özgü öğelerden oluşur⁷³. Öğretide mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğini, kendisine özgü yapısı olan sözleşme olarak kabul eden görüş de mevcuttur⁷⁴.

⁶⁷ Konuralp, (n 4) 17-19.

⁶⁸ Ünver, (n 49) 159-165.

⁶⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eren, (n 50) 960-962; Aydoğdu-Kahveci, (n 57) 40.

⁷⁰ Bu görüşe göre; kanunda düzenlenen özel sözleşmelere ilişkin kurallar, karma sözleşmelere doğrudan doğruya değil, örnekseme yoluyla ve onların mahiyetleriyle bağdaştığı oranda uygulanmalı, hakkında hüküm bulunmayan hallerde ise hâkim kural yaratarak çözüme gitmelidir. (Aydoğdu-Kahveci, (n 57) 40.) Aynı yönde bkz. Eren, (n 50) 963.

⁷¹ Md.1/f.2; “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse ona göre karar verir.”

⁷² Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği karma sözleşme olarak kabul edilecek olursa, benimsediğimiz çözüm şekline göre, misli şeylerin saklanması, tüketim ödücü ve vekâlet sözleşmesi ile ilgili hükümler mevduat sözleşmesine doğrudan değil ancak karma sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak kıyas yolu ile uygulanabilecektir. (Ünver, (n 49) 167)

⁷³ Eren, (n 50) 963; Aydoğdu-Kahveci, (n 57) 25.

⁷⁴ Reisoğlu, (n 4) 118; Çeker, (n 4) 30; Naneli, (n 1) 542-543. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD,



Bu görüşü savunan yazarlara göre, mevduat sözleşmelerinde mevduat sahibi, faiz elde etme amacıyla olduğu için bu sözleşme tüketim öduncü sözleşmesine yaklaşmakta, güvenilir olan bankada parayı saklama isteğini de barındırması sebebiyle de saklama sözleşmesini işaret etmektedir⁷⁵.

Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğu kabul edildiği takdirde, sözleşmeye uygulanacak hükümler kendine özgü yapısı olan sözleşmeler için öngörülen çözümlere göre belirlenecektir. Kendine özgü yapısı olan sözleşme, kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tipleriyle benzerlik gösterdiği takdirde, bu sözleşmeye ilişkin hükümlerin kıyasen kendine özgü yapısı olan sözleşmeye uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁶. Bu çözüm şekli doğrultusunda, tüketim öduncü ve misli şeylerin saklanması sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde mevduat sözleşmesine uygulanabilecektir⁷⁷.

Kanaatimizce de mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği kendine özgü yapısı olan sözleşmedir. Zira usulsüz tevdi olduğu görüşü bakımından, saklama amacı dışında gelir elde etme amacı bulunmadığı gibi bankanın saklama hizmeti karşılığında TBK md.561 uyarınca ücret alması gerekirken böyle bir şey mevduat sözleşmesi bakımından söz konusu değildir. Aynı şekilde tüketim öduncü sözleşmesinde de vadeden önce paranın alınmaması vadesiz mevduat sözleşmesine uygun düşmez. Karma sözleşme görüşü bakımından ise mevduat sözleşmesi vekâlet, tüketim öduncü ve usulsüz tevdi sözleşmelerinin unsurlarını tam anlamıyla barındırmadığı için bu görüş de isabetli değildir. Sonuç olarak mevduat sözleşmesinin, saklama ve gelir etme amaçlarını içeren, içerisinde

2386/4206, 11.09.2017; “Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür. Bu bakımdan mevduat; ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir.”, Yargıtay 12 HD, 6537/10591, 29.04.2004; “Mevduat yatırma, ağırlıklı olarak esas itibariyle belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için karz akdine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme fikri ile vedia akdini hatırlatan kendine özgü bir akit tipidir. Mevduata uygulanacak hükümler, ancak kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde karz akdi hükümleri ve istisnai hallerde vedia akdi hükümleri olacaktır.”, Yargıtay 11 HD, 14399/3371, 24.02.2014; “Mevduat yatırma, ağırlıklı olarak esas itibariyle belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için karz akdine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme fikri ile vedia akdini hatırlatan kendine özgü bir akit tipidir. Mevduata uygulanacak hükümler, ancak kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde karz akdi hükümleri ve istisnai hallerde vedia akdi hükümleri olacaktır” < www.lexpera.com> E.T.26.12.2020.

⁷⁵ Çeker, (n 4) 31; Öğretide bu görüş, kendine özgü sözleşmenin ancak tarafların asli edim yükümlülüklerinin yasada düzenlenmiş hiçbir sözleşmenin edimlerine uymayan yeni bir sözleşmenin kurulması halinde söz konusu olduğu, mevduat hesabı sözleşmesinde ise tarafların yasada düzenlenmiş olan çeşitli sözleşme tiplerine ait edim yükümlülükleri yerine getirdikleri ileri sürülerek eleştirilmiştir. (Ünver, (n 49) 167)

⁷⁶ Aydoğdu-Kahveci, (n 57) 26.

⁷⁷ Eren, (n 50) 965; Çeker, (n 4) 32; Naneli, (n 1) 543.

kendine has özellikler barındıran kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu kabul edilebilir.

IV. MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Bankacılık Kanunu md.60/f.7’de bankaların, mevduat vade ve türlerini Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının tespit edeceği şekilde tasnif etmek ve tasarruf mevduatını diğer hesaplardan ayırmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Merkez Bankası, 2007/1 sayılı ‘Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ’ ile mevduatın tür ve vadelerini düzenlemiştir. Tebliğin 3. maddesinde mevduatın vadeleri başlığı altında vadesiz, ihbarlı, vadeli ve birikimli mevduat tanımlanmış; 5.madde de mevduat türleri kapsamında tasarruf, resmi kuruluşlar, ticari kuruluşlar, bankalar ve diğer kuruluşlar mevduatına yer verilmiştir. Tebliğde mevduat sözleşmesinin önem arz eden tüm sınıflandırmalarına yer verilmediğinden çalışmamızda tebliğde yer almayan diğer mevduat sözleşmesi türleri hakkında da açıklamalara yer verilecektir.

A. Vade Bakımından Mevduat Sözleşmesi Türleri

1. Vadesiz Mevduat Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre vadesiz mevduat; bankanın izni aranmaksızın hesap sahibi tarafından istenildiği zaman kısmen veya tamamen çekilebilen, herhangi bir ihbar veya vade koşulu taşımayan ve faiz tahakkukları yılsonunda veya hesabın kapatılmasında yapılan mevduattır⁷⁸. Vadesiz mevduatta, bankaya yatırılan para, hesap sahibi tarafından önceden bildirimde bulunmaksızın, istendiği zaman ya da bankadan onay alması gerekmeden tek taraflı irade beyanıyla hesaptan çekilebilmektedir⁷⁹. Saklı tutulan durumlar dışında⁸⁰ mevduat sahibinin geri alma hakkının hiçbir suretle sınırlandırılmaz⁸¹. (Bankacılık Kanunu md.61) Geri alma hakkı, mevduatı fiziken teslim almak şeklinde olabileceği gibi hesaptaki kaydi paranın kullanılması şeklinde de olabilir. Bununla birlikte mevduat sahibi mevduatı geri alma hakkını TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmalıdır⁸².

⁷⁸ Vadesiz mevduatta faiz kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı önem arz etmemektedir.

⁷⁹ Çeker, (n 4) 52; Battal, (n 9) 244; Şener, (n 1) 54; Vurucu-Arı, (n 4) 339; Akyol, (n 1) 4; Güney, (n 4) 43; Turanboy, (n 1) 258; Kalender, (n 4) 18.

⁸⁰ Kanun 61.maddesinde saklı tutulan durumlar olarak rehin, hapis hakkı, alacağın devri, takas ve diğer kanunların verdiği yetkiler ile koyduğu yükümlülükler sayılmıştır.

⁸¹ Nitekim 61.maddeye aykırılık Bankacılık Kanununda suç olarak düzenlenmiştir. Md.150; “Bu Kanunun 61 inci maddesi hükmüne aykırı davrananlar altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁸² Çeker, (n 4) 52; Hafta sonunda ya da mesai saatleri dışında şubeden para çekilmek veya çok kısa bir sürede yüklü miktarda para çekilmek istenmesi halleri dürüstlük kuralına aykırı durumlara örnek verilebilir.

2. Vadeli Mevduat Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre vadeli mevduat; 1 aya kadar vadeli (1 ay dâhil), 3 aya kadar vadeli (3 ay dâhil), 6 aya kadar vadeli (6 ay dâhil), 1 yıla kadar vadeli ve 1 yıl ve daha uzun vadeli (1 ay, 3 ay, 6 ay ve yıllık faiz ödemeli) olarak açılacak mevduattır. Ancak, Merkez bankası tebliğinde asgari bir vade süresi belirlenmediğinden, 7, 5 ve 1 gün vadeli mevduat kabulü dahi söz konusu olabilecektir⁸³.

Gelir elde etme amacına yönelik olarak açılan ve mevduat için faiz ödenen vadeli mevduatta hesap sahibi vade süresince mevduatını geri isteyemez, banka muvafakat etmediği sürece vade süresi içerisinde mevduatını geri alamaz⁸⁴. Ancak Bakanlar Kurulu'nun kararı⁸⁵ doğrultusunda bankalar, vadesiz mevduata uygulanan faiz oranını uygulamak koşuluyla vadeden önce mevduatın geri alınmasına onay verebilir⁸⁶.

3. İhbarlı Mevduat Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre ihbarlı mevduat; çekileceği tarihten 7 gün⁸⁷ önce yazılı bir ihbar verilmek suretiyle çekilebilecek mevduattır. Buna göre ihbarlı mevduat sahibi para çekmek istediğinde bankaya en az 7 gün öncesinden bildirimde bulunması gerekir⁸⁸. İhbarlı mevduatta mevduat alacağı, ihbardan belirli bir süre sonra muaccel olmaktadır⁸⁹. Tebliğde yer verilen 7 günlük süre emredici olmayıp banka, lehine konulmuş olan bu yedi günlük süreden vazgeçerek mevduat sahibine isteği üzerine daha erken ödeme yapabilir. Bunun dışında da taraflar, daha kısa veya daha uzun bir süre kararlaştırabilirler⁹⁰.

⁸³ Şener, (n 1) 55; Erdem, (n 4) 263.

⁸⁴ Reisoğlu, (n 4) 866; Çeker, (n 4) 53; Battal, (n 9) 243; Erdem, (n 4) 262; Kaplan, (n 4) 143; Vurucu-Arı, (n 4) 339

⁸⁵ Mevduat Ve Kredi Faiz Oranları Ve Katılma Hesapları Kar Ve Zarara Katılma Oranları İle Özel Cari Hesaplar Dâhil Bu İşlemlerde Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Karar, (Karar Sayısı:2006/11188, RG 22.11.2006/26354); Karar, son olarak (RG 01.01.2013/28515) sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilmiştir.

⁸⁶ Uygulamada bankalar bir kısım para çekilmesi halinde vadeyi bozmakta ve hesabın ya vadesiz mevduata dönüşmesini veya yeni bir vade anlaşmasıyla hesap bakiyesi üzerinden vadeli mevduat hesabı açılarak işlem yapılmasını kabul etmektedir. Ancak TCMB tarafından banka genel müdürlüklerine gönderilen 07.01.2011 tarihli bir yazıyla, vadeli hesaptan kısmi para çekilmesi halinde kalan kısım için vadenin devam etmesi gerektiği bildirilmiştir. (Reisoğlu, (n 4) 867; Çeker, (n 4) 53.)

⁸⁷ Buradaki süre, açıklık olmadığı için iş günü olarak değil takvim günü olarak hesaplanmalıdır. (Şener, (n 1) 55.)

⁸⁸ Güney, (n 4) 43; Kaplan, (n 4) 143; Vurucu-Arı, (n 4) 341; Çeker, (n 4) 54; Banka bildirim yapılmaması halinde para çekme talebini reddedebileceği gibi vadeli mevduatta olduğu gibi talebe onay da verebilir.

⁸⁹ Erdem, (n 4) 263; İhbarlı mevduat sözleşmesinde vade önceden belirlenmeyip, vadeyi belirleme yetkisi mevduat sahibine verilmektedir. Mevduat sahibine tanınmış olan ihbar yetkisi, muacceliyet ihbarı niteliğindedir. (Akgün, (n 1) 24)

⁹⁰ Daha uzun bir süre kararlaştırılmayacağı yönündeki görüş için bkz. Çeker, (n 4) 54.

İhbar, para çekme talebine ilişkin bir işlem olduğundan hesapta tasarruf etmeye yetkili bir kişi tarafından yapılmalıdır. Ayrıca tebliğde ihbarın yazılı olmasından söz edilmişse de buradaki şekil şartı, kanunda düzenlenmiş olan bir şekil olmadığı için, yazılı şeklin ihbarın geçerlilik şartı olduğu söylenemez⁹¹. Banka ve mevduat sahibi aralarında yapmış oldukları sözleşme ile mevduat sahibine verilen özel bir şifre ile internet veya telefon aracılığıyla bankacılık işlemi yapma yetkisi vermişse, bildirim telefon veya internet aracılığı ile yapılması da mümkündür⁹².

4. Birikimli Mevduat Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre birikimli mevduat; asgari 3 yıl vade ile açılan, sözleşme ile belirlenen aylık veya üç aylık sürelerde hesaba para yatırmaya imkân veren mevduattır. Birikimli mevduat sözleşmesinde klasik vadeli mevduat sözleşmesinden farklı olarak vade bozulmadan mevduat yatırılmasına imkân tanınmaktadır. Mevduatı geri almak için sözleşmede kararlaştırılan vade en az üç yıl olabilir ve tarafların anlaşmasına göre mevduat sahibi, aylık veya üç aylık sürelerde para yatırabilir⁹³. Mevduata ilave yapıldıkça, bu eklenen miktar için de faiz işletilmektedir.

B. Mevduat Sahibi Bakımından Mevduat Sözleşmesi Türleri

1. Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre tasarruf mevduatı; mevduat bankaları nezdinde açtırılan, gerçek kişilere ait ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduattır⁹⁴. Tasarruf mevduatı adından da anlaşılacağı üzere kişilerin birikimlerini değerlendirmek amacıyla yaptıkları mevduattır⁹⁵. Kanun koyucu, tasarruf mevduatı sözleşmesini koruyucu şekilde diğer mevduat sözleşmesi hükümlerinden ayrı hükümlere tabi tutmuştur⁹⁶.

⁹¹ Çeker, (n 4) 54; Erdem, (n 4) 263; Ancak yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı sağlar. İhbarın yazılı şekilde yapılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Şener, (n 1) 55.

⁹² Çeker, (n 4) 55.

⁹³ Çeker, (n 4) 55; Şemsi, (n 4) 226; Güney, (n 4) 44; Şener, (n 1) 56; Erdem, (n 4) 263; Akgün, (n 1) 26; Klasik vadeli mevduat sözleşmesinde olduğu gibi, birikimli mevduat sözleşmesinde de bankanın onayı ile vadesiz mevduat sözleşmesinde uygulanan faiz oranının uygulanması şartıyla vadeden önce geri alma hakkı kullanılabilir. Ayrıca, bankanın onayı ile vadeden önce kısmi çekim yapılabilir.

⁹⁴ Tasarruf mevduatı, diğer mevduat türlerinden farklı olarak Bankacılık Kanunu'nun 3.maddesinde de tanımlanmış olup bu tanım Tebliğde benimsenen tanım ile aynıdır; "Tasarruf mevduatı: Mevduat bankaları nezdinde açtırılan, gerçek kişilere ait ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduat hesaplarını, ifade eder."(Bankacılık Kanunu md.3)

⁹⁵ Reisoğlu, (n 4) 119; Çeker, (n 4) 67.

⁹⁶ Kaplan, (n 4) 196; Bankacılık Kanunu'nun 67.maddesi uyarınca tasarruf mevduatının TMSF tarafından sigortalanmasının zorunlu tutulmuş olması koruyucu hükümlerden biridir.



Bunun temel sebebi küçük yatırımcıların korunması ve tasarruf mevduatının teşvik edilmesidir⁹⁷. Kanundaki tasarruf mevduatı tanımından yola çıkılarak, tasarruf mevduatı sözleşmesinin unsurları; mevduat sahibinin gerçek kişi olması, mevduatın ticari işlemlere konu olmaması, çek keşide edilmesinin tasarruf mevduatı niteliğini etkilememesi, hesabın tasarruf mevduatı adı altında açılması olarak sıralanabilir⁹⁸.

a. Mevduat Sahibinin Gerçek Kişi Olması

Tasarruf mevduatı sözleşmesinden söz edebilmek için, ilk olarak hesap sahibinin gerçek kişi olması gereklidir⁹⁹. Vakıf, dernek, tasarruf ve yardımlaşma sandıkları dâhil tüzel kişilere ait mevduat hiçbir şekilde tasarruf mevduatı sayılmaz¹⁰⁰.

b. Mevduatın Ticari İşlemlere Konu Olmaması

Mevduatın ticari işlemlere konu olmamasından, mevduatın ticari işlemlerle ilgili olarak kullanılmaması, yani ticari işlemlerle ilgili olarak yatırılıp çekilmemesi anlaşılmamıştır. Buna göre, banka ile mevduat sözleşmesi akdeden gerçek kişinin, mevduatını Ticaret Kanunu'nda¹⁰¹ düzenlenen hususlarla veya ticari işletmenin işleriyle ilgili olarak yatırıp çekmesi durumunda tasarruf mevduatı sözleşmesinden söz edilemeyecektir¹⁰². Buna karşılık bir gerçek kişi tacir olsa bile mevduat hesabı ticari işlemlere konu oluşturmadığı sürece tasarruf mevduatı sahibi sayılacaktır¹⁰³.

Esnaffarın kendi işletmelerine ait işler ile ilgili olarak mevduat yatırdığı durumlarda mevduatın, tasarruf mevduatı olarak kabul edilip edilmeyeceği

⁹⁷ Şener, (n 1) 26; Battal, (n 9) 73; Güney, (n 4) 42; Akgün, (n 1) 25.

⁹⁸ Kaplan, (n 4) 132; Şener, (n 1) 28; Vurucu-Arı, (n 4) 342; Çeker, (n 4) 67; Fahrettin Önder, 'Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi' (2003) 8(1) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 91,93; Akgün, (n 1) 32; Tasarruf mevduatından söz edebilmek için bu unsurların tamamının bir arada bulunması gerekmekte olup, mevduatın tasarruf mevduatı olarak nitelenmesi bakımından vadeli veya vadesiz olması, paranın Türk Lirası veya döviz olmasının herhangi bir önemi yoktur. (Şener, (n 1) 29; Çeker, (n 4) 67.)

⁹⁹ Kaplan, (n 1) 132; Battal, (n 9) 72; Önder, (n 98) 93; Ünver, (n 49) 138; Çeker, (n 4) 67; Tüzel kişilere ait mevduat gerçek kişiler tarafından açtırılmış dahi olsa tasarruf mevduatı sayılmaz.

¹⁰⁰ Çeker, (n 4) 68; Tüzel kişilere ait mevduat hesaplarının tamamının tasarruf mevduatı kapsamında dışında tutulmasının ve bunun sonucu olarak TMSF sigortasından yararlanamayacak olmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. Şener, (n 1) 28, dn.70; Çeker, (n 4) 68, dn.124; Battal, (n 9) 74; Önder, (n 98) 93.

¹⁰¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

¹⁰² Reisoğlu, (n 4) 119; Akgün, (n 1) 33; Çeker, (n 4) 68; Örneğin; bir kişinin sahip olduğu ticari işletmesine ait işlemler için (vergi ödemek, bonoları tahsil etmek gibi) açtırıldığı mevduat hesabı ticari işlemlere konu olan mevduat niteliğindedir.

¹⁰³ Çeker, (n 4) 69.

ise öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre, esnafın korunması amacıyla Ticaret Kanunu uyarınca tacirler hakkındaki hükümlerin sadece lehe olanları esnaf hakkında uygulanmakta olup tasarruf mevduatı kapsamına alınan mevduatta da benzer bir koruma olduğundan esnaf adına açtırılan mevduat, tasarruf mevduatı olarak nitelendirilmelidir¹⁰⁴. Diğer bir görüş ise; tasarruf mevduatının tanımında kullanılan ticari iş kavramının teknik anlamıyla kullanılmadığını, tasarruf mevduatı ve ticari mevduat arasındaki ayrımın paraların ticari amaçla kullanılıp kullanılmama esasına göre belirlendiğini ve bu nedenle esnaf işletmesi için kullanılan mevduatın ticari mevduat sayılması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁵.

c. Çek Keşide Edilmesinin Tasarruf Mevduatı Niteliğini Etkilememesi

Mevduatın ticari işlemlere konu olması hâlinde, tasarruf mevduatı sözleşmesinden söz edilememektedir. Ancak, kanun koyucu tarafından bu hususta istisnai bir durum öngörülmüştür. Öyle ki çek, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir konu olduğu için çek ile ilgili işler ticari işlerdir. Tasarruf mevduatının tanımında ise “...çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduattır” denilmiştir. Dolayısıyla çek keşide edilmesi ticari işlem olmasına rağmen sözleşmenin tasarruf mevduatı sözleşmesi niteliğini etkilemez¹⁰⁶.

d. Hesabın Tasarruf Mevduatı Adı Altında Açılması

Kanuni tanımda yer almayan bu unsur, Bankacılık Kanunu'nun 60.maddesinin 7.fıkrasında düzenlenen bankaların tasarruf mevduatını diğer mevduat türlerinden ayırma yükümlülüğünün bir sonucudur¹⁰⁷. Ancak bu unsurun varlığı, koşulsuz olarak sözleşmenin tasarruf mevduatı sözleşmesi niteliğinde olmasını sağlamayıp, tasarruf mevduatı ile ilgili hükümlerin uygulanmasına imkân vermez. Zira her nasılsa, tüzel kişiye ait veya gerçek kişiye ait olup da ticari işlemlere konu olan mevduat için tasarruf mevduatı hesabı açılmış ise, bu durum tek başına sözleşmenin tasarruf mevduatı sözleşmesi niteliğinde olmasını sağlamaz¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Çeker, (n 4) 69; Battal, (n 9) 74; Akgün, (n 1) 36; Kanaatimizce de bu görüş kanun koyucunun amacı ile bağdaştığından daha isabetlidir.

¹⁰⁵ Şener, (n 1) 38, dn.95.

¹⁰⁶ Reisoğlu, (n 4) 110; Çeker, (n 4) 69; Şener, (n 1) 32; Vurucu-Arı, (n 4) 342; Battal, (n 9) 74; Akgün, (n 1) 36; Bu şekilde, tasarruf mevduatı sahibine her defasında hesabından para çekip ödeme yapmak yerine bunu çekle yapma kolaylığı sağlanmış olmaktadır.

¹⁰⁷ Çeker, (n 4) 69; Bankanın, Kanundan kaynaklanan tasarruf mevduatını diğer mevduatlardan ayırma yükümlülüğünün sonucu olarak, bu hususta mevduat sahibini bilgilendirmekle ve uyarmakla yükümlüdür. Aksi halde ortaya çıkan zararı karşılamak zorunda kalır. (Şener, (n 1) 31-32)

¹⁰⁸ Çeker, (n 4) 69; Akgün, (n 1) 37.



2. Resmi Kuruluşlar Mevduatı Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre; mevduat sahibinin, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, özel bütçeli idareler, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sosyal güvenlik kurumları, yerel yönetimler, mahkemeler, savcılıklar, icra ve iflas daireleri ve tereke hâkimlikleri olduğu sözleşmeler, resmi kuruluşlar mevduatı sözleşmesidir.

3. Ticari Kuruluşlar Mevduatı Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre; mevduatın, gerçek kişilerin ticari işletmelerine, her çeşit ortaklıklara, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunlara ait müesseselere, bağlı ortaklıklara, iştiraklere ve müesseselerin ve bağlı ortaklıkların işletmelerine, yerel yönetimlerin ticari işletmelerine, döner sermayeli kuruluşlara, vakıfların, derneklerin, sendikaların, birliklerin ve mesleki kuruluşların kurdukları veya katıldıkları ticari işletmelere, kooperatiflere, sigorta şirketlerine, emeklilik şirketlerine ve banka dışı diğer mali kesime ait olduğu durumlarda ticari kuruluşlar mevduatı sözleşmesi söz konusu olur.

4. Bankalar Mevduatı Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre; mevduatın, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası ve bankalar ile özel kanunlarına göre mevduat kabulüne yetkili bulunan kuruluşlara ait olduğu durumlarda bankalar mevduatı sözleşmesi söz konusu olur.

5. Diğer Kuruluşlar Mevduatı Sözleşmesi

TCMB Tebliğine göre; mevduatın, vakıflara, derneklere, birliklere, sendikalara, tasarruf ve yardımlaşma sandıklarına, elçilik ve konsolosluklara, uluslararası kuruluşların Türkiye'deki büro ve temsilciliklerine, fonlara, apartman yönetimine, noter teminat ve emanetine, mahkemeler, savcılıklar, icra ve iflas daireleri ve tereke hâkimlikleri nezdindeki paralara, mahkemelerce tevdi mahalli gösterilmek suretiyle yatırılan paralara ilişkin olması durumunda diğer kuruluşlar mevduatı sözleşmesi söz konusu olacaktır. Bir mevduat sözleşmesi mevduat sahibinin niteliğine göre yapılan sınıflandırmalardan hiçbirine girmiyorsa diğer kuruluşlar mevduatı sözleşmesi sayılacaktır.

C. Tasarruf Yetkisi Bakımından Mevduat Sözleşmesi Türleri

Mevduat hesabını, hesap sahibi tek başına açabileceği gibi birden çok kişinin birlikte mevduat hesabı açması da mümkündür. Bu sebeple mevduatın tasarruf yetkisine göre bireysel mevduat- birlikte mevduat hesabı ayrımı yapılmaktadır.

1. Bireysel Mevduat Sözleşmesi

Bankanın karşısında tek bir kişinin bulunduğu, hesap sahibinin bireysel amaçlarına yönelik olarak açmış olduğu hesaplara bireysel mevduat hesabı denir. Bireysel mevduat hesaplarında hesap üzerinde tasarruf etme yetkisi

sadece hesap sahibine ait olup onun talimatıyla üçüncü bir kişinin de mevduat sahibi adına işlem yapması mümkün olabilir¹⁰⁹.

2. Birlikte Mevduat Sözleşmesi

Birden fazla kişinin bankada ortak olarak sahip oldukları mevduat hesabına birlikte mevduat denmektedir. Mevduat sahibinin ölümü üzerine mirasçılarının mevduat üzerindeki ortaklıkları, adi ortaklık ilişkisinde ortaklar adına müştereken açılan hesaplar ve eşlerin birlikte mevduat hesabı açtırması birlikte mevduata örnek oluşturmaktadır. Birlikte mevduat, iştirak halinde ve müşterek olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a. İştirak Halinde (Teselsülsüz) Mevduat Sözleşmesi

İştirak halinde mevduat, kişilerin mevduat üzerinde ancak birlikte imza ile tasarruf etmesinin mümkün olduğu mevduat türüdür¹¹⁰. Bu tür mevduatta hesaptan para çekme, havale ve EFT gibi tasarruf işlemlerini yapabilmek için, birlikte mevduat sahibi olan kişilerin tamamının imzası gereklidir¹¹¹. İştirak halinde mevduat sahiplerinin birlikte imzasının şart olması imzanın aynı anda atılmasını gerektirmeyip, aynı anda olmasa bile bütün mevduat sahiplerinden imzaların alınması işlemin geçerliliği için yeterlidir¹¹².

İştirak halinde mevduat ilişkisi tarafların iradesinden veya kanundan doğabilir¹¹³. Mevduat sahibinin ölümü üzerine, birden çok mirasçı bulunması durumunda, mirasçılara geçen mevduat üzerinde kanundan doğan iştirak halinde mevduat söz konusu olacaktır. Bu durumda mirasçılar, vaset ilamı ile bankaya mirasçı sıfatını kanıtlayarak ve birlikte imza atarak hesaptan para çekebileceklerdir¹¹⁴.

b. Müşterek (Teselsüllü) Mevduat Sözleşmesi

¹⁰⁹ Çeker, (n 4) 56; Akyol, (n 1) 4.

¹¹⁰ Yücel, (n 4) 470; Akgün, (n 1) 41; Akyol, (n 1) 4; Çeker, (n 4) 58; İştirak halinde mevduat sahiplerinin birlikte imzasının şart olması imzanın aynı anda atılmasını gerektirmeyip, aynı anda olmasa bile bütün mevduat sahiplerinden imzaların alınması işlemin geçerliliği için yeterlidir.

¹¹¹ Reisoğlu, (n 4) 874; Çeker, (n 4) 58-59; Bu tür hesaplarda banka kartı verilmediği gibi, internet veya telefon aracılığıyla bankacılık işlemi yapmalarına da izin verilmez.

¹¹² Çeker, (n 4) 60.

¹¹³ Çeker, (n 4) 59; Yazara göre, banka ile müşteriler arasında yapılan mevduat sözleşmesinde hesap sahiplerinin tek başlarına mı yoksa birlikte mi işlem yapabilecekleri belirtilmemişse, birlikte mevduatın iştirak halinde mevduat olarak kabul edilmesi gerekir. Yazar ayrıca Yargıtay 11 HD, 19.11.2001 tarihli bir kararında, BK md.148 hükmünü uygulamak suretiyle, hesap sahiplerinin tek başlarına işlem yapma yetkisinin kural olduğunu ve birlikte imza ile para çekilmesi isteniyorsa bu yönde talimat verilmesi sonucuna vardığı kararını da, bu yönde bir irade açıklanmaması ve borçlu konumundaki bankanın da bu kabul etmemesi sebebiyle 148.maddedeki müteselsil alacaklılık halinin mevcut olamayacağı gerekçesiyle eleştirmiştir.

¹¹⁴ Çeker, (n 4) 60.



Mevduat sahiplerinden her birinin bankaya karşı tek başına ve tek imza ile hesap üzerinde tasarruf etmeye yetkili olduğu mevduata, müşterek mevduat adı verilir¹¹⁵. Müşterek mevduat, adi ortaklık gibi çeşitli ortaklık ilişkilerinde ya da eşler adına birlikte hesap açılması şeklinde olabilmektedir. Mevduat sahiplerinin herhangi birinin başvurusu üzerine banka, hesaptaki paranın tamamını ödemek durumunda olup tasarruf yetkisinin kötüye kullanılmasından veya fazla para çekilmesinden dolayı banka sorumlu tutulamaz¹¹⁶.

Müşterek mevduat ilişkisinde, hesap sahipleri, bankaya karşı müteselsil alacaklı durumundadır¹¹⁷. Buna göre müşterek mevduatta banka, mevduat sahiplerinden herhangi birine ödeme yaparak diğer kişilere karşı sorumluluktan kurtulmaktadır¹¹⁸. Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırma olmadığı takdirde müteselsil alacaklılığın düzenlendiği TBK md.169/f.4 uyarınca ortak hesap sahiplerinin hesaptaki para üzerindeki hakları eşittir. Müşterek mevduat ilişkisinde tek başına işlem yapma yetkisinin sonradan kaldırılabilmesi mümkün olduğu gibi mevduat sahiplerinden birinin başvurusu üzerine müşterek mevduat iştirak halinde mevduat şekline çevrilmesi de mümkündür¹¹⁹.

D. Para Cinsine Göre Mevduat Sözleşmesi Türleri

1. Türk Lirası Mevduat Sözleşmesi

Türk Lirası üzerinden açılan, hesap sahibi tarafından hesaba yatırılan para TL olarak bankaya ödenen, banka tarafından hesap sahibine anapara ve (varsa) faiz ödemesi de TL üzerinden yapılan mevduata Türk Lirası mevduat adı verilmektedir¹²⁰. TL cinsinden işlem gören bir mevduat hesabına yabancı para yatırmak mümkün değildir. Bu durumda, mevduat sahibi tarafından yeni bir mevduat hesabı açılması ya da bu paranın Türk Lirasına çevrilmesi söz konusu olacaktır.

2. Yabancı Para Mevduat Sözleşmesi

Yabancı para yatırmak suretiyle açılan mevduata yabancı para mevduatı adı verilmektedir¹²¹. Bu tür mevduata döviz tevdiat hesabı da denilmektedir. Yabancı para mevduat hesaplarında bankalar geri ödemeyi aynen yani mevduat hangi tür parayla yatırılmışsa o para üzerinden gerçekleştirilmelidir.

¹¹⁵ Reisoğlu, (n 4) 872; Çeker, (n 4) 61; Akyol, (n 1) 4; Akgün, (n 1) 41.

¹¹⁶ Çeker, (n 4) 61.

¹¹⁷ Yargıtay 8 HD, 12456/3559, 02.04.2019; “Bankacılıkta birden fazla kişi birlikte hesap açtırır ve her biri tek başına hesaptan para çekme yetkisine sahip olursa, bu hesaba teselsüllü ortak hesap (müşterek hesap) denir ve BK.nun 148.maddesi gereğince hesap sahipleri bankaya karşı müteselsil alacaklı durumunda olur. Banka, ortak hesap sahiplerinden birine ödemede bulunma ile, diğer hesap sahibine de ödemede bulunmuş sayılır.” <www.lexpera.com> E.T.11.12.2020.

¹¹⁸ Çeker, (n 4) 61.

¹¹⁹ Çeker, (n 4) 62.

¹²⁰ Çeker, (n 4) 66; Şener, (n 1) 56; Vurucu-Arı, (n 4) 345; Akyol, (n 1) 4.

¹²¹ Reisoğlu, (n 4) 823; Çeker, (n 4) 66; Şener, (n 1) 56; Vurucu-Arı, (n 4) 345; Akyol, (n 1) 4.

SONUÇ

En temel bankacılık sözleşmelerinden olan ve günlük hayatta çok sık karşılaştığımız ne var ki Bankacılık Kanununda tanımına yer verilmeyen mevduat sözleşmelerinin unsurları, öğretilerde ileri sürülen görüşler çerçevesinde; bir miktar paranın varlığı, paranın yetkili kuruluşa yatırılması, paranın saklanmak veya iade edilmek üzere bırakılması ve halka duyurulmak suretiyle para toplanması olarak sıralanabilir. Bu kapsamda yatırılan paranın Türk Lirası veya tedavülde olan bir yabancı ülke parası olması arasında fark olmadığı gibi ivaz kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı da mevduat sözleşmesi nitelendirmesinde önem taşımaz. Bununla birlikte mevduatın, Bankacılık Kanununun 60.maddesi uyarınca para toplamaya yetkili kuruluşlara tevdi edilmesi şarttır.

Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden biri olan ve Yargıtay'ın bazı kararlarında da benimsenen misli şeylerin saklanması görüşü, mevduat sahibinin bankaya saklama amacı ile para yatırmış olması fikrine dayanmaktadır. Ne var ki bu görüş, mevduat sahibinin gelir etme amacı ile para yatırması ihtimalini karşılamadığı gibi vadeli mevduatı açıklamada da yetersiz kalmaktadır. Diğer bir görüş ise, banka tarafından mevduat olarak toplanan paraların işletilmesi ve mevduat karşılığında faiz verilmesi sebebiyle mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tüketim ödücüsü (karz) sözleşmesi olduğunu ileri sürmüştür. Ancak tüketim ödücüsü sözleşmesinde geçerli olan vadeden önce paranın alınmaması vadesiz mevduat sözleşmesine uygun düşmemektedir. Öğretilerde mevduat sözleşmesinin vekâlet, tüketim ödücüsü ve usulsüz tevdi sözleşmelerinin unsurlarını barındıran karma sözleşme olduğu da ileri sürülmüşse de; mevduat sözleşmesi vekâlet, tüketim ödücüsü ve usulsüz tevdi sözleşmelerinin unsurlarını tam anlamıyla barındırmamaktadır. Son olarak, öğretilerde ileri sürülen ve Yargıtay'ın kararlarında da istikrarlı bir şekilde yer alan mevduat sözleşmesinin tüketim ödücüsü sözleşmesi ve saklama sözleşmesine yaklaşan ancak kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğunu ileri süren görüş kanaatimizce de isabetlidir. Zira mevduat sahibi, faiz elde etme amacıyla olduğu için sözleşme tüketim ödücüsü sözleşmesine yaklaşmakta, güvenilir olan bankada parayı saklama isteğini de barındırması sebebiyle saklama sözleşmesini işaret etmektedir. Kanaatimizce de mevduat sözleşmesi, saklama ve gelir etme amaçlarını içeren, içerisinde kendine has özellikler barındıran kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir.

Merkez Bankası, 'Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ' ile mevduatın tür ve vadelerini belirlemiştir. Tebliğ'de mevduat sözleşmesinin önem arz eden tüm sınıflandırmalarına yer verilmediğinden çalışmamızda bu Tebliğ ile bağlı kalınmayıp mevduat sözleşmesinin vade, mevduat sahibi, tasarruf yetkisi sahibi ve para cinsi bakımından türleri ele alınmıştır. Vade yönünden mevduat sözleşmelerinin



sınıflandırılması, mevduata faiz ödenip ödenmemesi ve mevduat sahibinin geri alma hakkının zamanı bakımından önem arz etmektedir. Mevduat sahibine göre yapılan sınıflandırmada ise tasarruf mevduatı, diğer mevduat türlerine nazaran daha fazla korunduğu için sözleşmenin tasarruf mevduatı sözleşmesi olup olmadığı önem arz eder. Mevduat sözleşmesi türleri içerisinde yapılan önemli ayrımlardan bir diğeri de tasarruf yetkisi bakımından yapılan ayırım olup, bankanın karşısında mevduat sahibi olarak birden fazla kişinin bulunduğu teselsüllü mevduat sözleşmeleri ve teselsülsüz mevduat sözleşmeleri temel olarak hesap sahiplerinin tek başına veya birlikte imza ile mevduat üzerinde işlem yapabilmeleri yönünden birbirinden ayrılmaktadır.

Kısaltmalar Cetveli

Bkz./bkz.: Bakınız

C. : Cilt

dn. : Dipnot

Ed. : Editör

E.T. : Erişim Tarihi

f. : Fıkra

HD. : Hukuk Dairesi

md. : Madde

RG : Resmî Gazete

s. : Sayfa

TCMB : Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TMSF : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu

KAYNAKÇA

Akgün A, Mevduat Sözleşmeleri (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2018)

Akyol S, ‘Türkiye’de Mevduat Sigorta Sisteminin Genel Analizi’ (2018) 1(1) Ekonomi Maliye İşletme Dergisi 1-11

Aral F, Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (12.Bası, Yetkin Yayınları 2019)

Aydın Ünver T, ‘Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’ (ed)Tufan Ögüz, Başak Baysal, Şükran Şıpka, Emrehan İnal, Hasan Erman, Prof.Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2020)

Aydoğdu M, Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (3.Bası, Adalet Yayınevi 2017)

Battal A, Bankacılık Kanunu Şerhi (Seçkin Yayıncılık 2006)

Çeker M, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı (Karahan Yayınları 2004)

Erdem N, ‘Vadelerine Göre Mevduat Hesabı Türleri’ (2005) 1(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254-272

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7.Bası, Yetkin Yayınları 2019)

Güney A, Bankacılık İşlemleri (9.Bası, İnkılap Kitabevi 2015)

Gürsel N, ‘Usulsüz Tevdi’ (1950) 41(1) Adalet Dergisi 77-92

Kalender S, ‘Banka Mevduatı Zamaşımı’ (2018) 2(1) Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 14-36.

Kaplan İ, Banka Sözleşmeleri Hukuku (C.1, Adalet Matbaacılık 1996)

Konuralp H, ‘Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği’ (1980) (1) Ankara Barosu Dergisi 14-23

Muşul T, Haciz ve Hacze İştirak (Adalet Yayınevi 2019)

Naneli Ö, ‘Türk Hukukunda Mevduat Hesabı Üzerine Çek Keşide Edilmesi’ (2018) (12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 532-567

Önder F, ‘Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi’ (2003) 8(1) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 91-102

Özer S, Mevduat Rehni, (Der Yayınları 2017)

Reisoğlu S, Bankacılık Kanunu Şerhi (C.1, Yaklaşım Yayınları 2007)

Şemsi A, ‘Mevduat, Havale, EFT’ (ed) Ferudun Kaya, Bankacılık Giriş ve İlkeleri (5.Bası, Beta Basım 2017)

Şener O.H, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği (2.Bası, Yetkin Yayınları 2019)

Tekinalp Ü, Banka Hukukunun Esasları (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2009)

Topaloğlu M, ‘Banka Mevduatı Üzerinde Takas ve Hapis Hakkı’ (2004) (11) Adana Barosu Bülteni,

Turanboy K.N, ‘Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’ (1997) 1(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254-284

Vurucu M, Arı M.U, A’dan Z’ye Bankacılık (C.I, 2.Bası, Seçkin Yayıncılık 2017)



Yücel Y, ‘Tasarruf Sahiplerinin Hak Ve Menfaatlerinin Korunmasına Dair Mevzuat’ (2010) (87) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 464-488

İnternet Kaynakları

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.sozluk.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.tbb.com.tr>



SUÇ UYDURMA SUÇU (TCK m. 271)

The Crime of Fabricating an Offence

Burak TAŞ*

Öz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 271. maddesinde, “*Kanunda, işlenmediği bilinen bir suçun, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar edilmesi ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerinin soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uyduran kimseye üç yıla kadar hapis cezası verilir.*” şeklinde düzenlenen suç uydurma suçu, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Suç uydurma suçu hakkında öncelikle genel bilgiler verilmiş ve koruduğu hukuki değer araştırılmıştır. Ardından suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları incelenmiştir. Tipikliğin maddi unsurları bağlamında şekli uydurma ve maddi uydurma şeklindeki iki seçimsel hareket, ayrı ayrı incelenme konusu yapılmıştır. Şekli suç uydurma bağlamında ihbarın kapsamı belirlenmiş ve her türlü bildirim ihbar niteliğinde sayılıp sayılamayacağı tartışılmıştır. Tipikliğin manevi unsuru bağlamında suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği araştırılmıştır. Hukuka aykırılık unsuru bağlamında ise hakkın kullanılması ve görevin ifası şeklinde iki hukuka uygunluk sebebinin bu suç bağlamında uygulanabilirliği araştırılmıştır. Devamında suçun özel görünüş biçimleri teşebbüs iştirak ve içtima bağlamında araştırılmış ve nihayetinde suçun muhakeme süreci ortaya konmuş ve sonuca varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adliye Karşı Suçlar, Suç Uydurma, Suç Unsuruları, Yetkili Makamlar, İhbar,

Abstract

The crime of “fabricating an offence” which regulated as “*Any person who denounces a crime that is known to be not being committed to competent authorities or fabricating actual or circumstantial evidence in a manner to initiate investigations, is sentenced to imprisonment of up to three years*” in article 271 of the Turkish Criminal Code no 5237 forms the subject of this study. First of all, general information was given about the crime of fabricating an offence, and the legal value it protected was investigated. Then, the material, immaterial and illegal elements of the crime were examined. In the context of their material elements, two optional movements, formal fabricating and material fabricating, were examined separately. Within the context of formal fabrication, the scope of the denunciation was determined and it was discussed whether any notification could be regarded as denunciation. In the context of the immaterial element, it has been investigated whether the crime can be committed by eventual intent or not. In the context of the illegality element, the applicability of the two reasons of compliance

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, burak.tas@asbu.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0001-6481-1580>



with the law, the exercise of the right and the performance of the duty, in the context of this crime has been investigated. Subsequently, the special appearance forms of the crime were investigated in the context of undertaking, participation and socialization; and ultimately, the trial process of the crime was revealed and concluded.

Keywords: Crimes against Judiciary, Fabricating an Offence, Elements of Crime, Competent Authorities, Denunciation

GİRİŞ

Suç uydurma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar"ı içeren dördüncü kısmının "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde 271. maddede düzenlenmiştir. "Suç Uydurma" başlığı altında, işlenmediğini bildiği bir suç, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar eden ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uyduran kimseye üç yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmektedir.

Söz konusu suç, suç genel teorisi bağlamında finalist hareket teorisi esas alınarak tahlilci metotla incelenmiştir. Bu kapsamda tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru üzerinden araştırma yapılmıştır. Tipikliğin maddi unsuru, tipikliğin manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru bakımından suç izah edilmeye çalışılmıştır.

Öncelikle 765 sayılı TCK döneminde suç tasnii olarak düzenlenen bu suç ile 5237 sayılı TCK döneminde düzenlenen suç uydurma suçu unsurları bağlamında karşılaştırılmıştır. Farklılıkları ve benzerlikleri ortaya konduktan sonra bu suçun koruduğu hukuki değer, doktrindeki tartışmalara yer verilmek suretiyle incelenmiştir.

Tipikliğin maddi unsurlarında sırasıyla fail, mağdur, maddi konu ile fiil açıklanmıştır. Şekli ve maddi uydurma olarak doktrinde ikili bir ayrıma tutulan suç, seçimlik hareketleri bağlamında iki farklı başlık altında incelenmiştir. Kanunda bu suç için nitelikli haller öngörülmediği için sadece seçimlik iki hareket bağlamında inceleme yapılmıştır.

Tipikliğin manevi unsurları bakımından doğrudan kast, olası kast ve taksir araştırması yapılmıştır. Bu başlık altında doktrinde bu suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği ile ilgili görüşler incelenmiştir. Nihayetinde tipikliğin maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/1) hükümlerinin uygulanırlığı araştırılmıştır.

Suçun hukuka aykırılık unsurunda, suç uydurma suçunun uygulamasında hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın kullanılması ve görevin ifası araştırılmış ve uygulanabilme şartları belirtilmiştir.

Suçun özel görünüş biçimlerinde sırasıyla teşebbüs iştirak ve içtima kurumları incelenmiş ardından suçun muhakemesinin kapsamı ortaya konulmuştur. Nihayetinde olması gerekene yönelik değerlendirmelerde bulunulmuş ve sonuca varılmıştır.

I. SUÇ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Suç uydurma suçu, 765 sayılı TCK m. 283'te "suç tasnii" olarak şu şekilde düzenlenmektedir: "(1)Vuku bulmadığını bildiği bir suçu Adliyeye veya keyfiyeti Adliyeye tevdi mecbur olan bir makama veya kanuni takib yapacak veya yaptırabilecek bir mercie vuku bulmuş gibi ihbar ile yahut vaki olmıyan bir suçun eserlerini takibata mübaşeret olunabilecek derecede uyduran kimse 30 aya kadar hapis cezasına mahkûm olur. (2)Adliye huzurunda sahte olarak bir suç işlediğini yahut bu suçta iştirak eylediğini söyliyeni kimse hakkında dahi aynı ceza tertib olunur."¹

5237 sayılı TCK m. 271'de bu suç tipi, 765 sayılı TCK dönemindeki unsurlarında değişiklik yapılmadan yine adliyeye karşı bir suç olarak düzenlenmiştir.² Her iki TCK döneminde de bu suç seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir.³ Ancak 765 sayılı TCK'da suçun oluşumu açısından ihbar⁴ veya şikayetin yapılacağı makamlar üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur.⁵ Bu makamlar sırasıyla adliye, keyfiyeti adliyeye tevdi mecbur olan bir makam veya kanuni takib yapacak veya yaptırabilecek bir merci olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da ise üçlü ayırmadan vazgeçilmiş ve sadece "yetkili makamlar" ifadesi tercih edilmiştir.⁶

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç uydurma suçu ile korunan hukuki değer, adli makamların boşa çalışmamasına yönelik zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi, adliyenin hatalı karar vermesinin engellenmesi ve saygınlık ve itibarının korunmasıdır.⁷ Bu yolla adli mercilerin gereksiz yere gerçeği yansıtmayan ve asılsız

¹ 765 sayılı TCK m. 283/2'de yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimsenin de suç uydurma suçuyla cezalandırılması öngörülmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK bu fiili suç tasnii fiilinden ayırmış ve "suç üstlenme" suçu olarak ayrı bir maddede düzenlemiştir.

² Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2010) 4261.

³ V.Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 1160; Akif Yıldırım, İftira ve Suç Uydurma Suçları (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010) 3.

⁴ "Ceza muhakemesi terimi olan ihbar, şikâyete bağlı olmayan suçlarda suçtan haberdar olan kimsenin bunu yetkili makamlara bildirmesidir." Yıldırım (n 3) 116.

⁵ Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı, Filiz Kitabevi 1994) 268.

⁶ Yıldırım (n 3) 5.

⁷ Doğan Soyaslan, Ceza Özel Hukuku (12. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2018) 741; Osman Yaşar, H. Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt IV (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010) 7918; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4261; Aynı şekilde madde gerekçesi ise şu şekildedir: "Madde, suç uydurma hâlini cezalandırmaktadır. Bu suretle adli makamları gereksiz olarak işgal etmek veya yanlış yollara yönlendirerek gereksiz yere uğraştırmak cezalandırılmış olmaktadır."



ihbarlarla yanlış yönlendirilerek meşgul edilmesi cezalandırılmaktadır.⁸ Suç uydurma fiilinin cezalandırılmasıyla mahkemelerin hatalı kararlar vermemesi ve yetkili makamların gerçekten işlenen suçların soruşturmasını daha etkili gerçekleştirebilmesi amaçlanmıştır.⁹

Bu suçla aynı zamanda “*kamusal adalet mekanizması kandırılmak suretiyle hem devlet hem de vatandaşlar*” zarara uğramaktadır.¹⁰ Nitekim gerçekte işlenmemiş bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması yoluyla vatandaşların adalet hizmetlerinin efektif bir şekilde yerine getirilmesi için ödemekle yükümlendiği vergiler amacına aykırı bir şekilde israf olacak ve vatandaşlar adli mercilere olan güvenlerini kaybedeceklerdir.¹¹

Suç uydurma türünden fiiller, suç duyurusunda bulunmak (ihbar) hak ve görevinin kötüye kullanılması anlamına gelir.¹² Adliyeye karşı suçlar, fiilin türü bağlamında, belirli bir yükümlülüğün ihmali yahut hak veya yükümlülüğün aldatici davranışlara konu yapılmasıyla işlenebilmektedir.¹³ Suç işlendiğine yönelik ihbarda bulunulması, soruşturmayı yapılmasına sebebiyet veren ve nihayetinde de ceza kovuşturmasının yapılmasını gerektiren bir davranıştır. Uydurulan suç, gerçekte *işlenmeyen bir* fiil nedeniyle ceza davası açılması tehlikesini yarattığı için aldatici hareket oluşturur. Korunan hukuki değer bakımından, adli fonksiyonların gereksiz yere maddi gerçeği araştırması için mesai harcamasına yol açan hukuka aykırı fiil, aynı zamanda birey açısından da tehlike yaratmaktadır.¹⁴ Kanun koyucu, uydurma suç ihbarında bulunulması; gerçeğe uygun suç duyurusu “*notitia criminis*” yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu ve aldatici hareketle adli fonksiyonun ve yargı otoritesinin saptırılması sonucunu doğurduğu için *kamusal tehlike* yaratmaktadır.¹⁵ Adliyenin işleyişini etkin bir şekilde devam ettirebilmesi bakımından gereksiz ihbar ve şikayetlerde bulunarak hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesinin zorunlu olduğu kadar sahte, aldatici davranışların engellenmesi de zorunlu olduğu için

⁸ Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 1381; Handan Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 661; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (5. Baskı, Savaş Yayınları 1987) 206; Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: III (3. Baskı, Seçkin Kitabevi 1985) 519; Soyaslan (n 7) 741.

⁹ Yener Ünver, İftira - Suç Uydurma - Suç Üstlenme - Yalan Tanıklık ve Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar) (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 523.

¹⁰ Haluk Toroslu, “Suç Uydurma Suçu” (2013) Ankara Barosu Dergisi 71 (1) 323.

¹¹ Gennaro Guadagno, La Simulazione di Reato, Casa Editrice Dott (Eugenio Jovene, Napoli, 1953) 5 (Aktaran Toroslu (n 10) 323).

¹² Çetin Özek, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu” (1997) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan Sayısı 55 (3) 40.

¹³ Özek (n 12) 40.

¹⁴ Özek (n 12) 40.

¹⁵ Özek (n 12) 40; Aynı yönde bkz Ünver (n 9) 187-188.

bu suçun adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması yerindedir. Ancak suç uydurma suçunda iftira suçundan farklı olarak uydurulan suçun faili hedef gösterilmemektedir.¹⁶ Bu açıdan suç uydurma suçunda korunan hukuki değer en genel anlamda “*adliyenin işleyiş düzeni*” olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷ Doktrindeki bazı görüşlerin aksine kanaatimizce bu suçun yapısı gereği bireylerin adil yargılanma hakkının doğrudan korunduğu söylenemez.¹⁸ Nitekim bu suç doğrudan kişileri hedef almamaktadır.¹⁹ Bu suçta adli makamların gereksiz yere uğraştırılmamasına yönelik bir menfaatin korunması söz konusudur. Adliyenin faaliyetlerini işlevsel olarak yerine getirmesi amacıyla getirilmiş bu düzenleme, dolaylı biçimde adil yargılanmayla ve bireyin hak ve özgürlükleriyle ilişkilendirilebilir. Ancak suç uydurma suçunun kanunda düzenlendiği yer ve kanunun sistematigi göz önünde bulundurulduğunda, adil yargılanma hakkının bu suçla korunan hukuki değer olarak değerlendirilmesi mümkün olamayacaktır.²⁰ İlaveten bu suçta korunan hukuki değer “*adliye*” olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.²¹ Kanaatimizce kanun koyucu bu suçta adliyenin işleyiş mekanizmasının sekteye uğramamasını hedeflediği için burada soyut bir niteleme olan adliyeden ziyade somut bir ifadeyle adliyenin işleyiş düzeni korunmaktadır. Nitekim bu suçun kamusal niteliği, bu suçta bireyin adil yargılanma hakkı ile soyut bir nitelik taşıyan adliyenin korunduğu sonucuna ulaşılmasını engellemektedir.

¹⁶ Faruk Erem, “Suç Tasnii” (1954) Adalet Dergisi 10 (45) 1180; Y4.CD, 1999/11002E., 1999/11694K., 8.1.1999T.

¹⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1160; Necati Meran, AİHM Kararları ile *İçtihatlı*-Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret- İftira, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama, Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014) 284; Önder (n 5) 269.

¹⁸ Bu suçta korunan hukuki değer adil yargılanma hakkı olduğu yönündeki görüş için bkz. Ünver (n 9) 186.

¹⁹ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliye Karşı Diğer Suçlar) (2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:303 2015) 52; “...öncelikle iftira ile suç uydurma arasındaki farklara ve her iki suçu birbirinden ayırmakta kullanılacak ölçütün ne olduğuna değinmek gerekmektedir. İftira suçu soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak maksadıyla yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın yoluyla bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnadıyla işlenirken, suç uydurma ise yetkili makamlara işlenmediğini bildiği bir suç işlenmiş gibi ihbar ederek ya da bir suçun delil ve emarelerini soruşturma yapılabilecek biçimde uydurarak işlenmektedir. Yani iftira ile suç uydurmaya ayıracak en önemli ölçüt iftira suçunda belli bir kimseye isnatta bulunulması, suç uydurmada ise uydurulan suçun belli bir kimseye isnat edilmemesidir.” YCGK, 2014/839E., K. 2018/146K., 3.4.2018T. D.Hilal Kurt, “İftira Suçu (TCK m. 267), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2020) 30.

²⁰ Aynı yönde bkz. Toroslu (n 10) 324.

²¹ Bkz. Önder (n 5) 269 ve Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1381.

III. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURU

1. Fail

Suç uydurma suçunun faili, işlenmediğini bildiği bir suçta yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar eden ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uyduran kişidir. Bu bağlamda bu suçun faili özellik arz etmemekte, herhangi bir kişi bu suçun faili olarak değerlendirilebilmektedir.²² Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği tüzel kişiler suç faili olarak değerlendirilemeyeceği için²³ suç uydurma suçtu tüzel kişiler tarafından işlenemeyecektir.²⁴

Kanunda kişilere ihbar yükümlülüğünün yüklenmiş olması, suç uydurma fiilini suç olmaktan çıkarmayacaktır. Örneğin kamu görevlisinin suçtu bildirmemesi suçunda da kamu görevlisi fail, işlenmediğini bildiği bir suçtu yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar eder ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurursa suç uydurma suçunu işlemiş olduğu kabul edilecektir.

2. Mağdur

Suç uydurma suçunda, gerçekte işlenmediği bilinen bir suçta ilgili olarak gereksiz yere bir soruşturma veya kovuşturma başlatılarak, “*adliyenin idaresine ait bir varlık veya menfaat ihlal edilmektedir.*”²⁵ Doktrinde bir görüşe göre bu suçun mağduru adliyedir.²⁶ Diğer bir görüşe göre ise bu suçta ceza yargılamasının yanlış yola sevk edilmesi tehlikesinin engellenmesi amaçlandığı ve bu suretle de kamu adına kanunen ceza yargısının teşkilat ve işlemesinden sorumlu idare olan Adalet Bakanlığı mağdur olarak değerlendirilmelidir.²⁷ Kanaatimizce yalnızca gerçek kişiler bir suçta mağdur olabilir.²⁸ Tüzel kişiler suçtan zarar gören olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle bu suçta da mağdur, adliyenin işleyişinin aksamadan devam etmesi ve adalet hizmetinin sürekli

²² Önder (n 5) 270; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Mille ve Devlete Karşı Suçlar (1. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2016) 150.

²³ V. Özer **Özbek**, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler), (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 149.

²⁴ Ünver (n 9) 187; Tüzel kişilerin, cezaların şahsiliği ilkesi gereği cezai sorumluluğun muhatabı olamayacağı ile ilgili bkz. M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 362-363.

²⁵ Yıldırım (n 3) 30.

²⁶ Toroslu (n 10) 325

²⁷ Hafizoğulları ve Özen (n 22) 151.

²⁸ Aynı yönde bkz. Hüsnü Aldemir, Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 181; Fatih Birtek, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 203; Tüzel kişilerin de mağdur olarak kabul edilebileceği görüşü için bk. Olgun Değirmenci, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları” (2008) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 21 (77) 39.

olarak devam etmesi bakımından menfaati bulunan toplumdaki herkeştir.²⁹ Kaldı ki kabahat veya başka bir idari yaptırım gerektiren hukuka aykırı fiil uydurmaları suç uydurma suçunun kapsamına dahil olmadığı için³⁰ devletin yürütme fonksiyonunu yerine getiren idare mağdur olarak değerlendirilemez.³¹

Suç uydurma suçunda belli bir kimse hedeflenmemesine rağmen bu suçtan dolayı bazı kişiler mağdur olarak nitelendirilemeseler bile suçtan zarar görebilirler. Bu kişilerin özel hukuktaki hakları saklı olmak üzere kovuşturma evresinde katılma talepleri mahkemece kabul edilmelidir.³² Örnek vermek gerekirse asılsız ihbar neticesinde hedef belirtilmese dahi bir kişinin konutunun arama koruma tedbirine maruz kalması söz konusu olabilir. Bu kapsamda koruma tedbirleri nedeniyle tazminat dahi gündeme gelebilecektir.

3. Maddi Konu

Bu suçun maddi konusunu TCK'da veya suç tiplerini düzenleyen başka herhangi bir kanunda suç olarak tanımlanmış bulunan bir fiil oluşturmaktadır. Kanuna göre uydurulan ve ihbar edilen fiilin suç teşkil etmesi gerektiğinden, disiplin cezası gerektiren fiiller ile idari yaptırım³³ öngörülen kabahat fiilleri suç uydurma suçunun konusunu oluşturamayacaktır.³⁴ Suç uydurma suçunda failin yetkili makamlara bildirdiği ya da soruşturma yapılmasını sağlayacak şekilde delil veya emarelerini uydurduğu fiil teknik anlamda adli bir suçtur. Ancak iftira suçunda yetkili makamlara ihbar edilen fiil suç teşkil edebileceği gibi idari bir yaptırım gerektiren hukuka aykırı bir fiil olarak da belirebilir.³⁵ Kanun koyucu birbiri ile oldukça benzeyen iki suç tipinde böylesi bir farklılığın gerekçesini belirtmemiştir. Kanımızca idari bir yaptırım gerektiren

²⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1161; Ünver (n 9) 187.

³⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1383; Mustafa Artuç, Pratik Türk Ceza Kanunu (5. Baskı Adalet Yayınevi 2019) 1410.

³¹ Yıldırım (n 3) 30; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1160.

³² Erem (n 8) 521.

³³ Akif Yıldırım, "İftira Suçu" (2007) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 20 (69) 179; Hamit Dünder, "İftira Suçu ile Benzeri Suçlar üzerine Bir İnceleme" (1984) Adalet Dergisi 75 (2) 310.

³⁴ Hafizoğulları ve Özen (n 22) 152; A. Selçuk Sönmez, Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (1. Baskı, Hakim Yayınları 2016) 67; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4262; A. Tolgahan Serttaş, Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (TCK m. 267), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2018) 29; 765 sayılı TCK m. 285/7 ile uydurulan fiilin suç değil de kabahat teşkil etmesi durumunda hükmolunacak cezanın yarı oranında indirilmesi hükmolunmuştur. Ancak 5237 sayılı TCK m. 271'de kabahat teşkil eden fiilin uydurulması indirim sebebi olarak öngörülmemiştir. "2003 yılında "Hükümet Tasarısı" olarak TBMM'ye sunulmuş olan Tasarının 434. maddesinde, disiplin suçlarına ilişkin asılsız ihbar ve uydurmaların da bu suça vücut vereceği hükme bağlanmıştı. Benzer düzenleme, 1997 TCK Tasarısı'nın 432. maddesinde yer almıştı." Yıldırım (n 3) 119; Erem (n 8) 521.

³⁵ Yıldırım (n 33) 179; Dünder (n 33) 310.



fiiller adli suç kapsamında değerlendirilemeyeceği ve adli makamlar idari yaptırım araştırma bakımından kural olarak yetkili olmadığından suç uydurma gündeme gelmeyecektir. Bu kapsamda da idari yaptırım gerektiren uydurma fiil ihbarında maddi konu unsuru gerçekleşmeyecektir.

Bu suçta ihbar edilen ya da delil veya emareleri uydurulan fiil işlenmemiş bir suç teşkil etmektedir.³⁶ Ancak burada önem arz eden bir husus bulunmaktadır. Eğer fail suç uydurduktan yani fiili işledikten sonra uydurmaya konu edilen fiil artık suç olarak düzenlenmemiş; yani kanun değişikliği ile uydurulan fiil suç olmaktan çıkarılmışsa fail suç uydurma suçunu işlemiş olacak mıdır ya da işlediği kabul edildiğinde bu fiilden cezalandırılabilir mi? Nitekim suçun maddi konusunu varlık kabiliyetini artık haiz değildir. Burada failin suç uydurması ile suçun koruduğu hukuki değer bağlamında gerçekleşmemesini beklediği adliye açısından tehlike veya zarar, suçun uydurulmasıyla zaten gerçekleşmiştir.³⁷ Fail hukuk düzenini, kanun değişikliğinden önce ihlal etmiştir. Söz konusu kanun değişikliği, suç uyduran failin lehine veya aleyhine bir sonuç doğurmayacaktır. Nitekim bu suçla korunan hukuki değer ihlal edilmiş, adliyenin işleyişi tehlikeye sokulmuştur. Aynı şekilde suç uydurulduktan sonra ihbar edilen ya da delil veya emareleri uydurulan fiilin genel af kapsamına alınması durumunda da aynı sonuca varılmalıdır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, uydurma fiilinden önce uydurulan suçun artık suç olarak düzenlenmemiş veya af kapsamına alınmış olması gereğidir.³⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki failin uydurduğu suçun ne zaman işlendiğini belirttiği ihtimallerle de karşılaşılabılır. Şöyle ki fail suçun uzun bir zaman önce işlendiğini belirtmesi, adli makamlarca da yoğun bir araştırma yapılmasını gerektirmeyecek şekilde ilk bakışta uydurulan suçun hali hazırda dava zaman aşımına uğradığı da anlaşılıyorsa bu suçun takibat imkânı bulunmayacaktır.³⁹ Bu bağlamda korunan hukuki değer bağlamında adliyenin işleyiş düzeni tehlikeye girmeyeceği için suç uydurma suçundan da bahsedilemeyecektir.

Son olarak bahsedilmesi gereken husus uydurulan suçun niteliğidir. Kanun koyucu sadece “suç”tan bahsettiği için burada suçun niteliği önem arz etmeyecektir. Söz konusu suçun kasten yahut taksirle işlenebiliyor olması, kalkışma suçu⁴⁰ niteliğinde olması, teşebbüs aşamasında kalan bir suçun uydurulması TCK m. 271 için önem arz etmemektedir.⁴¹

³⁶ Suç uydurma suçunda, iftira suçundan farklı olarak delilleri uydurulan ya da yetkili makamlara ihbarda bulunulan suç, işlenmemiş olmalıdır. İftira suçunda masum kişiye isnat edilen hukuka aykırı fiilin gerçekte işlenmiş olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, o fiilin, isnat edilen kişi tarafından işlenmemiş olmasıdır. Yıldırım (n 33) 179; Dündar (n 33) 309.

³⁷ Toroslu (n 10)332.

³⁸ Toroslu (n 10) 332.

³⁹ Erem (n 8) 522.

⁴⁰ Kalkışma suçlarıyla ilgili bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 254.

⁴¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1160; Soyaslan (n 7) 741.

4. Fiil

Bu suçun fiil unsurunu, işlenmediği bilinen bir suçun yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar edilmesi ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerinin soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurulması oluşturmaktadır.⁴² Bu suç, ihbardan yetkili makamların haberdar olduğu anda veya işlenmeyen suçun delil veya emarelerinin soruşturma yapılmasını sağlayacak şekilde uydurulması anında tamamlandığından ani suç olarak değerlendirilir. Soruşturma veya kovuşturma yapılması ve herhangi bir zararın vuku bulması aranmadığı için bu suç bir zarar suçu da değildir. Suç uydurma suçunun işlenmesi ile adliyenin yanıltılması tehlikesi cezalandırılır; ancak kanun burada tehlikeyi somutlaştırmadığı için bu suç bir soyut tehlike suçudur. Kanunda düzenlenen her iki seçimlik hareketin de soyut bir tehlike ihtiva ettiği kanaatindeyiz. Ancak doktrinde bir görüşe göre maddi suç uydurma niteliğindeki ikinci fıkrada düzenlenen hareketin somut bir tehlike ihtiva ettiği savunulmaktadır. Öyle ki uydurulan delil veya emarelerin soruşturma açılması tehlikesi yaratacak elverişlilikte olması somut bir tehlikeyi ihtiva etmektedir.⁴³ Ancak kanaatimizce soruşturma açılmasına elverişli delil veya emare uydurulması somut bir tehlike oluşturmamaktadır. Somut tehlike suçlarında suç konusunun somut ve belirli olarak tehlikeye sokulması söz konusudur.⁴⁴ Bu suçlarda suçun konusunun zarara uğratılma ihtimali ve tehlikesi netice olarak tanımlanmıştır.⁴⁵ Maddi uydurma teşkil eden harekette tehlike yaratan husus soyut olarak adli makamların gereksiz yere meşgul edilmesidir. Burada konunun somut olarak tehlike oluşturan bir neticeye bağlanmadığı gerekçesi ile bu hareketin somut değil soyut tehlike suçu teşkil ettiği kanaatindeyiz.

⁴² “İftira suçunun oluşabilmesi için failin yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi gerektiği, somut olayda; sanığın isim vermeden ve belirli bir kişiye isnatta bulunmadan faili meçhul kişi veya kişilerin kendisi adına cep telefonu hattı olarak kullandıklarını beyan ederek Cumhuriyet savcılığına ihbar ve şikayette bulunmaktan ibaret eyleminin suç uydurma suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden; suç vasfında yanlıya düşülerek iftira suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, SONUÇ: Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 1412 sayılı CMUK’nun 326 /son maddesi gereğince ceza miktarı bakımından kazanılmış hakkının saklı tutulmasına, 09.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y16.CD, 2015/66E., 2015/15K., 9.3.2015T. Serttaş (n 34) 28.

⁴³ Ünver (n 9) 190; Aynı yönde bkz. Yokuş Sevük (n 8) 662.

⁴⁴ Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım - I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları – Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı), (Ed. Yener Ünver) (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2014) 93.

⁴⁵ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) (7. Bası, Beta Yayıncılık 2019) 239.



Doktrinde bu suçun fiili, “şekli suç uydurma” ve “maddi suç uydurma” olarak ikiye ayrılmıştır.⁴⁶ Seçimlik hareketlerden ilkinin ifade eden şekli suç uydurma fiili ile işlenmeyen bir suçun ihbar edilmesi; maddi suç uydurma fiili ile ise delillerin ya da emarelerin uydurulmasını temsil etmektedir. Bu iki hareketten birinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır. Bu hareketlerin ikisi birden gerçekleştirilse dahi ortada tek bir suç söz konusu olacaktır.⁴⁷ Ancak hâkim, TCK m. 61 hükümleri uyarınca cezada üst sınıra yaklaşacaktır.⁴⁸ Bu kapsamda hareketlerden her birini ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

4.1. İşlenmediği Bilinen Bir Suçun Yetkili Makamlara İşlenmiş Gibi İhbar Edilmesi (Şekli Suç Uydurma)

Bu hareket bağlamından işlenen fiilin suç uydurma suçunu teşkil edebilmesi için suç ihbarının belirli bir kişiye yönelik olarak suç isnad etme suretiyle yapılmamış olması gerekir.⁴⁹ Nitekim belirli bir kişi hedef alınarak yapılan uydurma suç isnadı iftira suçu teşkil edecektir.⁵⁰ Ancak kanun koyucu ihbarın hangi şekilde yapılması gerektiği hususunu somutlaştırmamıştır. Suçun oluşabilmesi için ihbarın yetkili mercileri harekete geçirebilme kabiliyetini haiz olması gerekmektedir. Bu husus “*takibat imkânı*” olarak adlandırılmaktadır.⁵¹

Takibat imkânına sahip olmayan suç uydurmaları elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim suçun takibat imkânına sahip olmaması, suçun maddi konusunun elverişsizliği sonucunu doğurmaktadır. Elverişsiz teşebbüste (işlenemez suç) suçun konusu üzerinde gerçekleştirilmek istenen neticenin gerçekleşme imkânı kalmamıştır.⁵² Bu da suçun tipikliğinin gerçekleşmesini engelleyecektir.⁵³ Tipiklik gerçekleşmediğinde de failin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

⁴⁶ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4261; Bu ayrımın gereksiz olduğu görüşü için bkz. Ünver (n 9) 188.

⁴⁷ Hafizoğulları ve Özen (n 22) 153; Erem ve Toroslu (n 8) 209.

⁴⁸ “*Dosya kapsamına göre, sanık hakkında hüküm kurulurken TCK.nın 61. maddesi uyarınca yasal gerekçelerle alt sınırdan uzaklaşılmasında bir isabetsizlik yok ise de; 5237 sayılı TCK.nın 3. maddesinde yer alan “suç işleyen kişi hakkında fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükümlenir” şeklindeki orantılılık ilkesi ile hak ve nesafet kuralları gözetilmeden, eyleminde suçun işleniş biçimi, işlendiği yer ve zaman, suç kastının önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, failin kastına dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik bakımından bir özellik arz etmeyen sanık hakkında yazılı şekilde fazla ceza tayini, yasaya aykırı...*” Y8.CD, 2018/2355E., 2020/14211K., 25.6.2020T.

⁴⁹ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4261; Serttaş (n 34) 28; Soyaslan (n 7) 742.

⁵⁰ Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 1171.

⁵¹ Erem ve Toroslu (n 8) 206.

⁵² Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970) 31.

⁵³ Elverişsiz teşebbüs kavramı ile ilgili bkz. Gözde Kazaker, “Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı” (2020) Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi 9 (1) 129 vd.

Herhangi bir biçimde suçun takip edilmemiş olması bu suçun oluşmasını engellemeyecektir. İlaveten ihbarın uydurma olduğu ilk bakışta anlaşılırsa bu suç söz konusu olmayacaktır.⁵⁴ Nitekim CMK m. 158/6 hükmüne göre “İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez.” Her ne kadar suç neticesinde soruşturma açılması zorunlu değilse de cumhuriyet savcısının bu hükme göre soruşturmaya yer olmadığı kararı vermesi durumunda suç uydurma suçuyla korunan hukuki değer bağlamında adliyenin meşgul edilmediği kanaatindeyiz. Bu sebeple ihbar edilen suçun veya uydurulan delil veya emarelerin ilk bakışta işgal kabiliyetini haiz olmaması karşısında suç uydurma suçunun oluştuğu savunulamaz. Nitekim kamu düzenini ilgilendiren bu suçta işgal kabiliyetinin olmayışı sonucunda kamusal değerler tehlike altına girmeyecektir. Ancak şüpheli hakkında Cumhuriyet savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı (*takipsizlik*) verilmişse takibat imkânı şartı gerçekleşmiş sayılmalıdır.⁵⁵ Nitekim burada Cumhuriyet savcısı, suçun kovuşturulabilirliği bağlamında bir araştırma faaliyetine girişmiş, emek ve mesai harcamıştır. Burada suç uydurma suçunun soyut tehlike suçu olmasının etkisi söz konusudur. Adli faaliyetin işleyişi tehlikeye sokulduğu için takipsizlik kararı verildiğinde tipiklik gerçekleşmiş sayılmalıdır.

İhbarla ilgili önemli olan başka bir husus da ihbarın gerçek bir durumu temsil etmemesi gereğidir. İhbar dilekçesinde imzanın bulunması şart olmadığı gibi imzanın sahte olması da önemli değildir.⁵⁶ Dilekçede imzanın bulunmaması, fiilin işgal kabiliyetini haiz olmadığı anlamına gelmeyecektir.

Suçun ihbarda doğru olarak nitelendirilip nitelendirilmediğinin veya ihbarın içeriğinin açık olup olmamasının da önemi bulunmamaktadır. Örneğin ihbar edenin açık kimliği veya imzası bulunmasa yahut uydurulan fiil yanlış değerlendirilip başka bir suç nitelemesinde bulunulsa dahi ihbarda bulunma fiili vuku bulmuş sayılacaktır. Nitekim suç uydurma suçu re’sen soruşturulur. Bu kapsamda da Cumhuriyet savcısı CMK m. 160 gereği gerçeği araştırmakla yükümlüdür. Ayrıca ihbarın kendiliğinden veya yetkili makamların daveti üzerine yapılmış olup olmaması önem arz etmemektedir.

Doktrinde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçların uydurulmasında, suç uydurma suçunun oluşup oluşmayacağı hususu tartışmalıdır. Kanun hükmü incelendiğinde yalnızca “ihbar”dan söz edildiği görülmektedir. İftira suçundaysa “ihbar veya şikâyet”ten açıkça söz

⁵⁴ Erem ve Toroslu (n 8) 207.

⁵⁵ Erem (n 8) 519.

⁵⁶ Erem (n 8) 521.



edilmektedir. Doktrinde çoğunluğun görüşüne göre, madde metninde sadece ihbardan bahsedildiği, “şikâyet”ten söz edilmediği için şikâyete bağlı suçların uydurulmasında bu suç oluşmayacaktır. İhbarda bulunma fiili ile, işlendiği iddia edilen suçun re’sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olması aranmıştır.⁵⁷ Doktrinde diğer bir görüş ise kanun metninde geçen bu “ihbar” sözcüğünü, teknik anlamda anlaşılması ve bu kavramın dar yorumlanmaması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁸ Bu bakımdan, suçu soruşturmakla görevli makamları harekete geçirmeye yönelik her çeşit beyan arasında “şikâyet” de yer almaktadır.⁵⁹ Diğer bir görüşse CMK m. 158/7 uyarınca şikâyet bulunmasa dahi şikâyete tabi suç hakkında kamu davasının yürütülmesi mümkün olduğundan⁶⁰ şikâyet şartı gerçekleşirse dahi suç uydurma suçu işlenebilecektir.⁶¹ Ancak kanaatimizce kanun burada suçun oluşması için ihbar fiilini aramaktadır. İhbar ise re’sen soruşturulan suçlarda yetkili makamların bilgilendirilmesidir. Nitekim kanun koyucu CMK m. 158 hükmünde ihbar ve şikâyeti birbirinden ayırarak düzenlemiştir. TCK m. 271’de de suçun ihbar ile işlenebileceği belirtilmiştir. Eğer suç uydurma suçunun şikâyet ile de işlenebileceği kabul edilirse bu durum kanunilik ilkesi bağlamında kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yasağına aykırılık teşkil edecektir.

İşlenmemiş suçun belli bir kişiye izafe edilerek ihbar edilmesi fiili, suç uydurma suçunu değil iftira suçunu oluşturacaktır.⁶² Burada ayırım noktasını,

⁵⁷ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4262; Erem ve Toroslu (n 8) 207; Erem (n 16) 1180; Meran (n 17) 296; Serttaş (n 34) 29.

⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1161; Yıldırım (n 3) 117.

⁵⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1382; Yıldırım (n 3) 117; Doktrinde *Soyaslan*’a göre, ihbar edilen fiil şikâyete tabi ve bu şart da gerçekleşmemişse soruşturma başlayabilmesi mümkün olmayacağından kamusal yarar tehlikeye girmeyecek, adliye aldatılmayacak, bu suretle de suç uydurma suçu oluşmayacaktır. *Soyaslan* (n 7) 742.

⁶⁰ CMK m. 158/7: “Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.”

⁶¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7920.

⁶² Erem ve Toroslu (n 8) 207; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4262; Köksal Bayraktar, “İftira” (1974) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 40 (1-4) 185; Yıldırım (n 33) 179, 188; Ünver (n 9) 196; “*Sanığın, Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak kendisinden tahsil edilen borcu için yeniden icra takibi yapılması nedeni ile borcu ödemediği ve borcun ödendiği şeklinde belge veren kişilerden şikâyetçi olduğu olayda, sanığın iddiasındaki avukatın belirlenebilir nitelikte olması nedeniyle sanığın yetkili makamlara şikâyete bulunarak işlemediğini bildiği halde, soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını sağlamak amacıyla hukuka aykırı bir fiil isnat etme eyleminin iftira suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırı...*” Y8.CD, 2019/784E., 2020/17636K., 27.10.2020T; TCK m. 167’de sayılan akrabalar tarafından birbirleri arasında suç uydurma fiilinin işlenmesi durumunda doktrinde tartışma konusu olmuştur. Ancak burada hırsızlık suçu işlediği belirtilen akraba ismen veya ima yoluyla belirtildiğinde suç uydurma suçu değil iftira suçunun oluşacağı açıktır. Erem ve Toroslu (n 8) 207.

gerçekte olmayan bir kişiye suçun izafe edilmesi oluşturmaktadır. Suç uydurma suçundan bahsedebilmek için ihbarda belirtilen suçun belirli bir kimse tarafından değil, belirli olmayan kişilerce işlendiği ve işlendiği iddia edilen fiilin failinin bilinmediği ifade edilmelidir.⁶³ İlâveten belirli bir kişi ne açıktan ne de zımmen hedef gösterilmiş olmalıdır.⁶⁴

Doktrinde ölmüş bir kimseye işlemediği bir suçun isnat edilmesi halinde de suç uydurma suçunun gündeme gelebileceğini savunan görüşler bulunmaktadır.⁶⁵ Bu görüşe göre, ölmüş kimsenin suç işlemesi ihtimal dahilinde olmadığı için iftira suçu işlenmemiş sayılacaktır. Ancak yetkili makamların gereksiz yere meşgul edilmesi tehlikesi devam edecektir. Ancak üzerine suç isnad edilen kişinin öldüğünün herkes tarafından bilindiği durumlarda (örnek vermek gerekirse ünlü birinin öldüğü herkesçe bilinecektir), uydurulan suçla ilişkin ihbar yetkili makamları harekete geçirmeye elverişli olmayacak ve suç uydurma suçu gündeme gelmeyecektir.⁶⁶ Ancak bu görüş suç uydurma suçunun teknik yapısıyla bağdaşacak nitelikte değildir. Suç uydurma suçunda uydurulan suçun failini belirlemeye yönelik bir isnatta bulunulmaması gerekmektedir. Ölü bile olsa bu suçla kimse hedef gösterilemez. Doktrinde bahsedilen bu ihtimalde iftira suçundan söz edilemeyecek; ancak suç uydurma değil, ölen kişinin hatrasına hakaret suçu (TCK m. 130) söz konusu olacaktır.⁶⁷

Gerçek durumu yansıtmayan ihbarların yetkili makamlara yapılmış olması gerekmektedir.⁶⁸ İhbar ve şikâyetlerin yapılabileceği yetkili makamlar CMK m. 158’de belirtilmiştir. Bu maddeye göre: “(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye’nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar

⁶³ Artuk ME, Gökçen A ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 1158; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4263.

⁶⁴ Kurt (n 19) 30; Erem ve Toroslu (n 8) 207; “Saniğin, mağdurun kendisine tokat attığını ve hakaret ettiğini, ayrıca olay yerinde bulunan köylüler tarafından taş atılmak suretiyle aracının camının kırıldığı beyanları dikkate alındığında eyleminin bir bütün olarak TCK. nın 267/1, 43/1. maddelerinde yer alan iftira suçunun oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında suç uydurma ve iftira suçundan ayrı ayrı hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir...” Y8.CD, 2020/3246E., 2020/17147K., 19.10.2020T.

“Saniğin sonraki ifadelerinde bu kişinin ... olduğuna dair beyanları karşısında failin belirlenebilir nitelikte olması nedeniyle Mahkemece suç vasfında hataya düşülerek iftira suçu yerine suç uydurma suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırı...” Y8.CD, 2019/1606 E., 2020/16849K., 12.10.2020T.

⁶⁵ Bkz. Önder (n 5) 273.

⁶⁶ Antonio Pagliaro, Principi di Diritto Penale, (par. spec., Giuffrè, Milano 2000) 65 (Aktaran Toroslu (n 10) 325).

⁶⁷ Toroslu (n 10) 325.

⁶⁸ Önder (n 5) 271.



veya şikâyette bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.” İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü da olarak yapılabilmektedir (CMK m. 158/5). Yapılan sözlü ihbarlar bir tutanağa geçirilir.⁶⁹

İhbarların söz konusu maddede belirtilen yetkili mercilere değil de “basında veya bir yayın organında yer alan bir hususun yetkili makamlarca ihbar kabul edilip kovuşturmaya geçilmesi durumunda” suç uydurma suçu oluşmayacaktır.⁷⁰ Nitekim kanunda failin yetkili makamları harekete geçirecek şekilde ihbarda bulunması aranmaktadır. İlâveten Cumhuriyet savcısı tarafından basın yayın yoluyla öğrenilen suç uydurma fiili neticesinde uydurulan suçun re’sen soruşturulması da kanaatimizce suç uydurma suçunu teşkil etmeyecektir. Çünkü Kanun failin yetkili makamları harekete geçirecek şekilde ihbarda bulunması fiilini aramaktadır. Ancak doktrinde işlenmediği bilinen bir suçla ilgili olarak yapılan ihbarların suç uydurma suçunu teşkil edebilmesi için, sadece yetkili makamlara yapılması gerektiği koşulunun tartışmalı olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır.⁷¹ Bu görüşe göre, soruşturma mercilerinin basını sürekli takip ettiğinin farkında olan failin, doğrudan yapması gereken ihbarı, basın yolu ile yapması durumunda dolaylı ancak gerçekte doğrudan olan ihbarı cezasız kalmaktadır.⁷² Ancak kanun koyucu, “basın yayın yolu” ile yapılan suç uydurma teşkil eden ihbarları suç olarak düzenlemek isteseydi, iftira suçunda ayrıca belirttiği üzere bunu ilgili maddede açıkça belirtirdi.⁷³

⁶⁹ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (19. Baskı, Savaş Yayınları 2019) 306.

⁷⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1383; Meran (n 17) 297; Ünver (n 9) 193; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4263; Doktrinde Erem, ihbarın teknik olarak anlaşılması gerektiğini, adi makamları harekete geçirecek her türlü beyanın bu suç kapsamında ihbar olarak değerlendirilmesi gerektiği savunmaktadır (Erem (n 8) 521). Ayrıca Doktrinde her ne kadar uygulamada görülme ihtimali son derece düşük olsa da, teorik açıdan suç uydurmanın “talep” veya “başvuru” yoluyla işlenmesi de mümkün olduğuna ve dair görüşler bulunmaktadır (Toroslu (n 10) 326). İlâveten suç uydurmanın başvuru yoluyla da işlenmesin mümkün olduğu, belli suçlarda belli devlet makamları dava açmayı zorunlu kılmayacak şekilde şikâyette bulduklarında (örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda olduğu gibi) da ihbar şartının gerçekleştiği savunulmaktadır. Ancak Kanunun lafzı açıktır. İhbar kavramını şikâyeti de içine alacak şekilde genişletmenin suç ve ceza içeren hükümlerde kıyasa yol açacak genişletici yorum yasağına aykırılık teşkil edeceği bu sebeple de ihbarın bu suç kapsamında CMK m. 158 özelinde teknik olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim her türlü suç bildirimini ihbar kavramı içinde mütalaa etmek, kişilerin cezalandırılabilme alanını genişletecek, özgürlük alanını daraltacaktır.

⁷¹ Yıldırım (n 3) 118.

⁷² İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt (1. Baskı, Yazarın Kendi Yayını 2013) 4654.

⁷³ Aynı yönde bkz. Yıldırım (n 3) 118.

Nitekim kanunilik ilkesi gereği, yetkili mercilerce suç uydurmalarının dolaylı olarak ögrenilmesi, suç uydurma suçunu teşkil etmeyecektir.

Gerçekte işlenmiş bir suçun niteliği farklı gösterilip fiil ihbar edildiğinde suç uydurma suçunun oluşup oluşmadığının da tartışılması gerekmektedir. Burada fail gerçekte işlenen suçun niteliğini biliyor ancak buna rağmen suç uydurmakla yetkili organları gereksiz yere meşgul edecek biçimde vakıayı bilerek ve isteyerek çarpıtıyorsa bu halde suç uydurma suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir.⁷⁴

Son olarak işlenmediği bilinmesine rağmen işlendiği iddia edilen suçun tamamlanmış olması ya da teşebbüs aşamasında kalması, suç uydurma suçunun oluşması bakımından önemli değildir.⁷⁵ Ayrıca işlendiği iddia edilen suç için öngörülen cezai yaptırımın hapis veya adli para cezası olarak öngörülmesi de suç uydurma suçunun oluşması bakımından önem arz etmemektedir.

4.2. İşlenmeyen Bir Suçun Delil veya Emarelerinin Soruşturma Yapılmasını Sağlayacak Biçimde Uydurulması (Maddi Suç Uydurma)

Söz konusu seçimlik hareketi incelemeyen önce delil ve emare kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Delil, mevcut bir suçla ilişkin olarak maddi vakıayı yahut bu vakıanın bir parçasını yansıtan, suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtasıdır.⁷⁶ Emare ise delil niteliği bulunmayan mevcut bir suçla ilişkin belirti ve izdir.⁷⁷

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; iftira suçunda “*failin maddi eser ve delilleri*”, suç uydurma suçunda “*bir suçun delil ve emareleri*”, tutuklu hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunda (TCK m. 248/2) ise “*işlenmiş olan bir suçla ilişkin delil ve eserlerin*”, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda (TCK m. 281) sadece “*delil*” ifadeleri kullanılmıştır.⁷⁸ Kanımızca kanun koyucu burada her suç tipini özelinde değerlendirerek farklı belirleme yoluna gitmiştir. Nitekim beyan, belge, belirti (emare) niteliğinde olan ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlayan her şey delildir.⁷⁹

Maddi uydurma fiili, işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerinin soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurulmasıdır. Maddi suç uydurmada suçun tamamlandığı an hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre işlenmeyen suçun delil veya emareleri soruşturma yapılmasını sağlayacak

⁷⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1162.

⁷⁵ Ünver (n 9) 189-190.

⁷⁶ Artuç (n 30) 1410; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7921.

⁷⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7921; Artuç (n 30) 1410.

⁷⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 1000.

⁷⁹ Koca ve Üzülmöz (n 78) 1001.



biçimde uydurulduğunda uydurulan delil ve emarelerin yetkili makamlarca bulunması yahut uydurulan delil veya emarelerin yetkili merciin bilgisine ulaşmasıyla suç tamamlanmaktadır.⁸⁰ Ancak bu suçta kanun, suçun işlenmiş sayılması için soruşturmaya başlanmış olmasını aramadığından delil veya emare uydurmakla suç tamamlanmış sayılmalıdır.⁸¹

Maddi suç uydurma fiilinde failin yetkili makamlara ihbarda bulunup bulunmaması ve soruşturmaya başlanıp başlanmaması önem arz etmemektedir. Önem arz eden husus failin işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerinin uydurulmasının yetkili makamları harekete geçirmeye elverişli olmasıdır. Şekli suç uydurma bağlamında elverişsiz teşebbüs ile ilgili değerlendirmelerimiz burada da aynen geçerli olacaktır.

Uydurulan delil veya emarelere ilişkin fiilin vuku bulmamış olması gerekmele birlikte bu fiile eklemelerin yapılması, bu fiillerin abartılması ya da fiilin bütünüyle uydurulmuş olması, maddi suç uydurma bakımından önemli değildir.⁸² İlaveten uydurulan fiilin geçmişte gerçekleşmiş olması ya da günümüzde gerçekleşmesi de önem arz etmemektedir. Eğer gerçekte işlenmiş bir suçla ilişkin başlatılan soruşturmayı delil uydurmak suretiyle yanlış yönlendirme söz konusu ise bu durumda suç uydurmadan değil “suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunu (TCK m. 281)”⁸³ oluşturmaktadır.⁸⁴

Bir suçun işlendiği izlenimi uyandıran her türlü “maddi delil veya emare” suçun eseri niteliği taşır.⁸⁵ Uydurulan suçun eserleri ilk bakışta suçun uydurulduğunu, yani gerçekleşmediğini gösterir nitelikteyse suç uydurma suçu oluşmaz. Ayrıca uydurulmuş olan eserler, kanunlarda düzenlenen herhangi bir suçun işlendiğini gösterir nitelikteyse kovuşturma evresine geçilmese dahi suç uydurma suçundan bahsedilebilecektir. Eğer bu fiiller suç teşkil etmiyorsa (örneğin intihar etme, teşebbüs aşamasına varmayan hazırlık hareketleri veya yasak evlilik ilişkisi kapsamında cinsel ilişkiye girilmesi gibi) suç uydurma suçundan bahsedilemeyecektir.⁸⁶

Gerçekten işlenmiş bir suçun cezasını artırmak maksadıyla delil veya emarelerine eklemeler yapılması suretiyle ihbarda bulunulması durumunda

⁸⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7919.

⁸¹ Aynı yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen (n 22) 153.

⁸² Önder (n 5) 274; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1383.

⁸³ Bkz. TCK m. 281: “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiyi bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez.”

⁸⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1384; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1162.

⁸⁵ Önder (n 5) 274.

⁸⁶ Önder (n 5) 274-275; Soyaslan (n 7) 742.

suç uydurma suçu oluşmayacaktır.⁸⁷ Fakat uydurulan delil veya emareler suçun niteliğini değiştirirse fail, gerçekleşmemiş bulunan bir suç bakımından yetkili mercileri harekete geçirdiğinden suç uydurma suçunu işlemiş olacaktır.

Kanun maddesinde geçen “*soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde*” ifadesi⁸⁸, failin uydurduğu delil veya emareler ile soruşturma makamlarının bilgilendirilmesini sağlayacak önlemler alması ve girişimlerde bulunmasını gerektirmektedir.⁸⁹ Kanun burada uydurulan delil veya emarelerin adli makamlara ulaşma şeklinin nasıl olduğunu belirtmemiştir. Hali hazırda sırf bir hareketi cezalandırdığı için ihbarı da gerekli görmemiştir. Bu duruma örnek olarak kaza izlerinin suç izleri haline getirilmesi verilebilir.⁹⁰ Bu durumda yetkili makamların olaya müdahale etmesi durumunda söz konusu elverişlilik şartı da sağlanmış olacaktır.⁹¹

Doktrinde *Erem*, delil veya emare uydurmanın tek başına suç uydurma suçuna vücut vermeyeceğini, ayrıca ihbarın da gerekli olduğunu savunmaktadır.⁹² Ancak bakıldığında TCK m. 271/2 soyut bir tehlike ihtiva etmektedir. Soruşturma organlarını harekete geçirmeye ilişkin elverişli şekilde dava malzemesinin uydurulması yeterli sayılmıştır. Tipiklik bakımından kanunun aramadığı ihbar şartını, bu seçimlik hareket bakımından aramak TCK’nın suç sistematığı ile de bağdaşmamaktadır.

Doktrinde ceza soruşturmasını başlatmaya elverişli olma koşulunun, şekli uydurma açısından geçerli olmadığına yönelik bir görüş söz konusudur.⁹³ Suçun kanundaki düzenleniş amacı ve lafzı dikkate alındığında sadece maddi suç

⁸⁷ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4264.

⁸⁸ Kanunda yazılı suç ifade, suç uydurma suçu ile başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu arasındaki en temel farkın göstergesidir. Suç uydurma suçunda fail, işlenmediğini bildiği bir suçu, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar etmekte ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurmaktadır. Fail burada uydurulan suçun işlenmediğini bilmektedir. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda ise fail, işlenmediğini bildiği bir suçu uydurmamakta, işlediği iddia olunan suçun soruşturma veya kovuşturmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimlik bilgilerini kullanmaktadır. Kerim Çakır, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu” (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 (2) (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 1547; Meran (n 17) 270.

⁸⁹ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4263; “*Sanığın evlerinden hırsızlık yapıldığı izlenimi yaratmak için evi dağıtıp, giriş kapısına hasar vererek soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde deliller uydurduğu anlaşılmasına göre sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, yasaya aykırı...*” Y8.CD, 2019/1576E., 2020/17467K., 26.10.2020T.

⁹⁰ Önder (n 5) 275.

⁹¹ Önder (n 5) 275.

⁹² Erem (n 8) 522

⁹³ Ünver (n 9) 202-203; Asım Kaya, “Suç Uydurma Suçu ve Savunma Hakkı İlişkisi” (2017) Terazi Hukuk Dergisi 12 (136) 77.



uydurma fiili bakımından elverişlilik koşulunun aranılabileceği savunulmuştur. Ancak bu görüş, suçun unsurları bağlamında incelendiğinde sakıncalıdır. Suç uydurma suçu, sırf davranış suçudur. Bu bağlamda suçun gerçekleşmesi için adli makamların soruşturmaya başlaması ya da yetkili makamların aldatılmış olması aranmaz. İhbarın aldatici nitelikte olması gerekmektedir. Suç uydurma suçu neticesiz bir suçtur; herhangi bir neticenin doğması şart değildir. Bu suçta hem kanun sistematüğinde düzenledikleri yer açısından korudukları hukuki değer bağlamında hem de herhangi bir sonucun gerçekleşmesi aranmayıp salt uydurma suça ilişkin ihbar cezalandırıldığından elverişlilik koşulunun şekli suç uydurma suçu bakımından da aranması, suçun kanuni unsuru bağlamında değerlendirilemez. Bu durum suçun doğasından kaynaklanmaktadır. Adliyei yanıltacak ve boş yere mesaisini harcayacak nitelikteki fiil uydurmalarının cezalandırılması, bunların araştırılmaya elverişli olmasını gerektirmektedir.

IV. TİPKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Suç uydurma suçu yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur.⁹⁴ Bu suç bağlamında failin saikinin önemi bulunmamaktadır. Kanun, suçun oluşabilmesi için failin işlenmediğini bildiği bir suçu ihbar etmesini ya da delil veya emare uydurmasını aradığı için bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebildiği görülmektedir.⁹⁵ Bu suçun dolaylı (*olası*) kastla işlenebilmesi mümkün değildir.⁹⁶ Nitekim ilgili maddede “*işlenmediğini bildiği*” ifadesine yer verilmek suretiyle açık bir biçimde doğrudan kast aranmıştır. İlgili suç tipinde olumsuz bir harekete bilerek neden olmak somut bir biçimde arandığında olası kastın varlığından söz edilemeyecektir.⁹⁷ Sonuç olarak anlatılan gerekçelerle suç uydurma suçunun olası kastla işlenemeyeceği kanaatindeyiz.⁹⁸ İlaveten belirtmek gerekir ki kanunda suçun taksirli hali öngörülmediği için failin taksirle hareket etmiş olması halinde cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

Kişinin kendisini kurtarma amacıyla işlenmediğini bildiği bir fiili ihbar etmesi ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerinin uydurulması kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmayacaktır. Örnek vermek gerekirse kasten öldürdüğü kişi ile beraber başkaları tarafından saldırıya uğradığı, cebir ve

⁹⁴ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4264.

⁹⁵ Failin, gerçekleşmesini kendi davranışının sonucu olarak öngördüğü sonuç doğrudan kast kapsamındadır (Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 24) 397). Fail bu sonuç haricinde, *gerçekleşme riskini kabul ettiği ya da davranışı gerçekleştirirken önlemeyi düşünmediği fakat gerçekleşmesi muhtemel sonuçlardan sorumluluğu ise olası kast (dolaylı kast)* olarak karşımıza çıkmaktadır (Erdal Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması) (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 225).

⁹⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1163; Aksi yönde bkz. Kaya (n 93) 74.

⁹⁷ Heinrich (n 44) 179.

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1384; Aksi yönde bkz. Serttaş (n 34) 29 ve Yaşar, Gökçen ve Artuç (n 7) 7922.

tehditle paralarının yağmalandığını ve bu suretle bu kişinin öldürüldüğünü, kendi fiilini örtbas etmek amacıyla ihbar eden fail sadece insan öldürme suçundan değil aynı zamanda suç uydurma suçundan da cezalandırılacaktır.⁹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki kişinin gerçekte işlemediği bir suçun faili olduğunu yetkili makamlara ihbar etmesi de suç uydurma suçunu oluşturmayacaktır. Failin bu fiili, diğer şartları da mevcutsa suç üstlenme suçu (TCK m. 270) teşkil edebilecektir.¹⁰⁰ Nitekim suç üstlenme suçunda fail, işlemediği suçla kendi kendini itham etmekte iken suç uydurma suçunda, gerçekte işlenmemiş suçun faili olarak kimse gösterilmemektedir.¹⁰¹ Suç üstlenme suçunda fail, gerçekte hiç işlenmemiş veya başkası tarafından işlenmiş olan bir suçu kendisinin işlediğinden bahisle yetkili makamlara bildirimde bulunmaktadır.

Suç uydurma suçunun işlenmesinde kanun herhangi bir saik aramamıştır. Bu suçlarda adliyenin kandırılması şart değildir. Şaka, alay ve benzeri saiklerle bu suçun işlenmesi de ayrıca kastı kaldırmayacaktır.¹⁰²

Failin işlendiği hususunda şüpheye düştüğü durumlarda ihbarda bulunması fiili, kastı bulunmadığı gerekçesiyle suç oluşturmayacaktır.¹⁰³ Ayrıca failin gerçekleşmediğini tasavvur ederek ihbarda bulunduğu suç tesadüfen işlenmişse, suç uydurma suçunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Nitekim kanun suç uydurma suçunun oluşması için işlenmeyen bir suçun ihbar edilmesini aramaktadır. Burada fail TCK m. 30/1 hükmü gereği tipikliğin maddi unsurlarında hataya düşmektedir. Bu hatası sebebiyle fail kasten hareket etmiş sayılmayacaktır.¹⁰⁴ Aynı durum maddi uydurma fiili için de geçerlidir. Failin gerçekte delil veya emare olarak tasavvur ettiği bir eşyanın aslında delil veya

⁹⁹ Başka bir örnek vermek gerekirse parasının çalındığı görüntüsü yaratacak şekilde delil veya emare uyduran hileli iflas suçunu işleyen failin de her iki suçtan cezalandırılması gerekmektedir. Erem ve Toroslu (n 8) 209.

¹⁰⁰ Yokuş Sevük (n 8) 662.

¹⁰¹ Y16.CD, 2020/5779E., 2020/4892K., 24.9.2020T.

¹⁰² Erem ve Toroslu (n 8) 210; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 63) 1158.

¹⁰³ İftira suçuyla ilgili olarak suç uydurma suçu bakımından da önem arz eden Yargıtay kararları için bkz. “Sanığın paralarını koyduğu yerde bulamayınca, evinin anahtarını verdiği, çiftliğinde çalışan yakınlarının alabileceği şüphesiyle ilgili gerçek bir olayın soruşturulması amacıyla yakınlarda, iftira suçunun hukuka aykırılık öğesinin ne suretle oluştuğu tartışılmadan ve yakınların suçsuz olduğunu bilerek suç yüklediğine ilişkin kanıtlar gösterilip açıklanmadan hükümlülüğüne karar verilmesi...” Y4.CD, 2002/11353E., 2002/14251K., 7.10.2002T;

“Oluşa ve dosya içeriğine göre, geceleyin evinden bazı eşyalarının alınmış olduğunu ve o gün devamlı olarak kendisini ve evini sorduğu için alacaklısı Mehmet’ den şüphelendiğini bildiren sanığın, bu savunmasının aksini kanıtlayan kesin ve inandırıcı hiçbir delil elde edilmediği anlaşıldığından; yasal şikayet hakkını kullanmış sayılacağı, bu nedenle münsnet suçun unsurlarının teşekkül etmediği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi,... bozmayı gerektirmiştir.” Y4.CD., 1985/8571E., 1985/120K., 22.1.1985T. Yıldırım (n 3) 123.

¹⁰⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1384.



emare niteliğini haiz olmaması durumunda ya da işlendiğini uydurduğu suçun suç vasfını haiz olmaması durumunda hata hükümleri uygulanabilecektir.¹⁰⁵

V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Doktrinde bir görüşe göre faili bilinmeyen gerçekleşmiş bir suçun ihbar veya şikayet edilmesi eğer hakkın kullanımı niteliğindeyse ya da görevin ifası bakımından kişiler için bir yükümlülük teşkil ediyorsa, suç ihbarında bulunulması hukuka uygun olacak ve suç uydurma suçu oluşmayacaktır.¹⁰⁶ Bu bağlamda değerlendirmede bulunulabilmesi için hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilme kapasitesine sahip durumların incelenmesi gerekecektir.

1. Hakkın Kullanılması

Anayasamızın 74. maddesine göre: “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*” Doktrinde bir görüşe göre dilekçe hakkının kullanımı niteliğinde olan ve işlenmediği bilinmeyen bir suçun uydurulması, TCK m. 26/1 bağlamında suç oluşturmayacaktır.¹⁰⁷ Ancak burada işlenmediği bilinmeyen bir suçun uydurulmasında hukuka uygunluk sebebi değil kast araştırılması yapılmalıdır. Burada kişinin suç uydurmaya yönelik kastı olmadığı için suç uydurma fiili hukuka uygun olarak değerlendirilemeyecektir. Burada tipikliğin manevi unsurunun (kast) söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi bağlamında değerlendirilmesi gereken hususlardan birisi de savunma hakkının kullanılmasıdır.¹⁰⁸ Kişiler üzerine atılı suçlarla ilgili savunmalarını gerçekleştirirken, kendilerini atılı suçtan soyutlamak amacıyla suç uydurabilirler. Bu bağlamda kişinin suçsuzluğunu ispat etmek ya da suçluluğunu bastırmak amacıyla suç uydurması, savunma hakkının kullanılması bağlamında hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur: “*Suç uydurma suçunun oluşabilmesi için, kişinin işlenmediğini bildiği bir suçtu, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar etmesi ya da işlenmeyen bir suçun delil veya*

¹⁰⁵ Maddi uydurmada aksi görüşle ilgili tartışma için bkz. Toroslu (n 10) 333.

¹⁰⁶ Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4264; Bu suçta hiçbir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olmadığı görüşü için bkz. Hafizoğulları ve Özen (n 22) 155.

¹⁰⁷ Malkoç (n 72) 4656; “*Mahkemece, kanıtlar değerlendirilip gerektirici nedenleri açıklanmak suretiyle fiilin anayasal şikayet hakkı kapsamında kaldığı gerekçesiyle verilen beraat kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan...*” Y8.CD, 2019/13247E., 2020/16403K., 1.10.2020T.

¹⁰⁸ Adli mekanizmayı koruyan suç kalıpları bakımından savunma hakkı genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilir. Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları” (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 (2) 526

emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurması gerektiği; sanığın hakkında hükmedilen tedbir kararına istinaden yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla gönderilen tebligatlar üzerindeki imzaların isim belirtilmeksizin kendisine ait olmadığına dair beyanı üzerine PTT tebligat görevlisi ... hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan soruşturma başlatılan ancak bilahere söz konusu imzaların kendisine ait olduğunu kabul etmesi ile mağdur hakkında takipsizlik kararı verilen olayda eyleminin kendisini suçtan kurtarmaya yönelik savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve atılı suçun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı... ”¹⁰⁹

Savunma hakkı bağlamından suç uydurma fiilinin hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için bu hakkın *nemo tenetur* ilkesi bağlamında kullanılıyor olması gerekmektedir. Kişinin kendisini, üzerine atılı suçtan soyutlaması amacıyla suç uydurması hukuka uygun kabul edilmelidir.¹¹⁰ Ancak yine de hakkın kötüye kullanılması söz konusu ise bu durum hukuka uygunluğu bertaraf edecektir.¹¹¹ Yargıtay bir kararında¹¹²; bir kişinin kendisini kaza ile yaraladığı bir olayda, cezalandırılacağı endişesiyle tanımadığı başka kimselerce yaralandığını iddia etmesini savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirmiştir.¹¹³ Doktrinde Yargıtay’ın gerçekte mevcut olmayan bir suç ilişkisi savunma kapsamında suç uydurma fiillerinin hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği kabulü haklı olarak eleştirilmektedir.¹¹⁴ Bu görüşe göre sanık yalan beyanda bulunsaydı; ancak suç teşkil eden bir fiil uydurmasaydı bu durum savunma hakkı ve *nemo tenetur* ilkesi bağlamında mütalaa edilebilirdi. Kanaatimizce sanığın daha basit yoldan geçmeyi tercih etmeyip de suç uydurması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu kapsamda da sanığın eylemi meşru sınırları aştığı için suç uydurmadan dolayı sorumlu tutulması gerekir. Ancak içinde bulunduğu durum göz önüne alındığında TCK m. 61 uyarınca cezasının alt sınıra yaklaşarak belirlenmesi yoluna gidilebilecektir.

2. Görevin İfası

İhbarda bulunmaya yönelik bildirim yükümlülüğü, kural olarak TCK bağlamında bir yükümlülük değildir. Ancak istisnai olarak örneğin bilgi

¹⁰⁹ Y16.CD, 2015/7780E., 2016/1775K., 17.3.2016T.; Aynı yönde bkz. Y14.CD, 2011/15E., 2011/39K., 13.7.2011T. Kaya (n 93) 78.

¹¹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1163.

¹¹¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1163.

¹¹² Y8.CD, 2012/8835E., 2013/13404K., 26.4.2013T. Ünver (n 9) 190.

¹¹³ Kişinin kendisini bağlayıp etrafa bir saldırganla boğuştuğu izlenimi vererek yağma suçunun mağduru olduğunun ihbar edilmesi örneği için bkz. Sönmez (n 34) 68.

¹¹⁴ Bkz. Ünver (n 9) 190; Suç uydurma ve iftira suçunun savunma dokunulmazlığına ilişkin TCK m. 128 kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 673.



vermeme suçunda (TCK m. 166)¹¹⁵, kamu görevlisinin suç bildirmemesi suçunda (TCK m. 278) ihbarda bulunmak bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Kanunun kişilere ihbar yükümlülüğü yüklenmediği durumlarda görevin ifası kapsamında suç uydurma fiilleri hukuka uygun sayılamayacaktır. Bildirim yükümlülüğünün öngörüldüğü istisnai durumlarda görevin ifası bağlamında gerçekte işlendiği hususunda yanılarak suç uydurmaya yönelik bildirim fiilleri hukuka uygun sayılamayıp tipiklik hatası kapsamında TCK m. 30/1 değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda da fail kasten hareket etmiş sayılamayacağı için faile ceza verilemeyecektir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Suç uydurma suçu sırf hareket suçu niteliğindedir. Ayrıca bir zararın doğması ve soruşturma veya kovuşturmanın açılması somut olarak aranmadığından bu suç soyut tehlike suçu niteliğindedir. Buradan hareketle bu suç, işlenmediği bilinen suçun ihbar edilmesi veya delil veya emare uydurulması ile tamamlanmaktadır.¹¹⁶ Bu bağlamda netice aranmadığı için bu suç neticesiz bir suçtur. Bu tarz suçlarda da kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda ise bu suça teşebbüs mümkün olabilecektir.¹¹⁷ Nitekim Yargıtay da bu suça teşebbüs edilebilmesini mümkün görmektedir.¹¹⁸ İhbarın yetkili makamlara ulaşması anına kadar geçen süre, bu hareketin *dönülmesi mümkün hareket* olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır.¹¹⁹ Ancak burada teşebbüsten bahsedebilmek için failin suç yoluna (*iter criminis*) girmiş olması gerekmektedir. Örneğin failin başka bir suç soruşturması kapsamında üstü aranırken cebinde Cumhuriyet savcılığına sunulmak üzere bir ihbar dilekçesi bulunursa, bu durumda fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenemeyecektir.¹²⁰ Çünkü fail suç yoluna girmemiştir. Failin suç yoluna girdiğinin kabulü için, örneğin dilekçeyi ibraz etmek üzere örneğin postalaması ama postanın ulaşamaması gerekmektedir. Burada teşebbüsü mümkün kılan kural, failin hazırlık hareketlerinden soyutlanıp suç

¹¹⁵ Bilgi vermeme suçu bakımından ihbar yükümlülüğünün kapsamı ile ilgili bkz. Burak Taş, “Bilgi Vermeme Suçu” (2021) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29 (2) 1314 vd.

¹¹⁶ Maddi uydurma bakımından uydurulan delil veya emarelerin yetkili mercinin bilgisine ulaşmakla suçun tamamlandığı görüşü için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7921 ve Yasin Aydın, İftira Suçu (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 141.

¹¹⁷ Malkoç (n 72) 4656.

¹¹⁸ “Sanığın, tanık Mustafa’yı müdahilin evine esrar koymak üzere teşvik ve esrarı tedarikle Mustafa’ya verirken yakalanmış olmasına göre, suç tasni eylemek suçu teşebbüs halinde kalmış iken, bazı mütalaa beyanıyla bu suçtan beraat kararı verilmesi yolsuzdur.” Y4.CD, 1949/2724E., 1949/3850K., 10.3.1949T. Yıldırım (n 3) 142.

¹¹⁹ Erem (n 8) 523.

¹²⁰ Erem (n 8) 523.

yoluna girmesi; ancak elinde olmayan sebeplerle fiili tamamlayamamasıdır.

Maddi suç uydurma fiilinin ne zaman tamamlanmış sayılacağına ilişkin doktrinde iki farklı görüş söz konusudur. Bir görüş bu suçun tamamlanmış sayılabilmesi için yetkili makamların gerçeğe aykırı biçimde uydurulan delillere ulaşmasının şart olduğunu savunur.¹²¹ Katıldığımız diğer görüşe göre ise maddi suç uydurma fiilinin tamamlanmış sayılması için yetkili makamların delil veya emarelere ulaşması gerekmemekte; sadece gerçeği yansıtmayan delil veya emarelerin uydurulması yeterlidir. Bu düşünceye göre, “*delillerin uydurulması bir muhakemenin başlaması ihtimalini ortaya çıkarmak açısından yeterlidir; delillere yetkili organlarca ulaşılması muhakemeyi başlatır ki, bu da suç uydurma suçunun gerçekleşmesi açısından şart değildir.*”¹²² Suçun kanuni tanımı da savunduğumuz bu görüşe cevaz vermektedir.

2. İştirak

Suç uydurma suçu özgü bir suç teşkil etmemektedir.¹²³ Dolaylı faillik bakımından da ayrı bir durum öngörmemiştir. Bu açıdan bu suçun işlenmesinde TCK m. 37 bağlamında iştirak hükümlerinin uygulanmasında özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır.

Suç uydurma suçunda iştirak hükümlerinin bütünü uygulanma imkânı bulabilecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında suç uydurma suçuna yardım etme bağlamında şu şekilde karar vermiştir: “*Yargulamaya konu iddianamede sanığın eyleminin “suç uydurma suçuna yardım olarak” anlatılması ve sevk maddesinin de bu şekilde düzenlenmesine karşın 5271 sayılı CMK’nın 226. maddesine aykırı bir şekilde sanığa ek savunma hakkı tanınmadan TCK 271/1. maddesi gereğince yazılı şekilde hüküm kurularak savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiş...*”¹²⁴

3. İçtima

Failin yetkili makamlara birden fazla farklı suç uydurarak ihbarda bulunması veya suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden fazla suç uydurması durumunda zincirleme suç hükümleri (TCK m. 43) uygulanabilecektir.¹²⁵ Nitekim ilgili maddenin son cümlesinde mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir. Fail aynı suç işleme kararı kapsamında suçu takibe yetkili makamları harekete geçirecek şekilde birden çok kez suç uydurmuşsa, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacak ve faile verilecek ceza dörtte

¹²¹ Söz konusu görüşlerden biri Toroslu’nun aktarmasına göre Guadagno’ya aittir. Bkz. Guadagno (n 11) 62, 63 (Aktaran Toroslu (n 10) 334).

¹²² Toroslu (n 10) 334.

¹²³ Kaya (n 93) 75.

¹²⁴ Y16.CD, 2015/7280E., 2016/3175K., 22.4.2016T. Kaya (n 93) 75.

¹²⁵ Kaya (n 93) 75.



birinden dörtte üçüne kadar artırılacak (TCK m. 43/1) ve işlenen suç sayısı göz önünde bulundurularak üst sınıra yaklaşılacaktır (TCK m. 61). Failin tek bir ihbar mektubu ile birden fazla suç uydurması durumunda doktrinde bir görüşe göre her bir suçun işlenip işlenmediği ayrıca soruşturulacağından¹²⁶ TCK m. 43/1 bakımından “değişik zamanlarda” kıstası sağlanacağından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Ancak burada tek bir ihbar mektubu ile birden fazla suç uydurulması “değişik zamanlarda” kıstasını sağlamadığı için TCK m. 43/1 hükmü uygulanamayacaktır.¹²⁷

Failin başka bir suçun işlenmesi veya işlenmiş olan bir suçun gizlenmesi amacıyla suç uydurması durumunda *gerçek içtima* kuralı gereği cezalandırılması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse yetkili makamlara kendisine teslim edilen bir eşyanın çalındığını bildiren ve onu mal edinen fail hem suç uydurma hem de güveni kötüye kullanma suçlarından cezalandırılacaktır.¹²⁸

Failin gerçek dışı ihbarında belirli bir kişiyi hedef göstermeyip de kovuşturma evresinde uydurduğu suçun belirli bir kişi tarafından işlendiğini belirtmesi durumunda gerçek içtima kuralı gereği failin sonradan eklenen kastı göz önünde bulundurularak hem iftira hem de suç uydurma suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir.¹²⁹ Doktrinde diğer bir görüşe göre bu ihtimalde tali norm niteliğinde olan suç uydurma, asli norm niteliğinde olan iftira suçunun gerisine çekilir ve fail sadece iftira suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.¹³⁰ Eğer fail hareketlerinin başında bu durumu öngörmeyip daha sonra kastını değiştirerek suç yolunda ilerlemişse eklenen kast sebebiyle suç uydurmanın iftira suçuna evrildiği kabul edilmeli ve fail gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılmalıdır.¹³¹ Başka bir görüşe göre ise failin kastında gerçekleşen değişimin çok kısa bir zaman diliminde vuku bulması halinde tek bir hareket olduğu kabul edilmeli ve fail yalnızca sonraki kastına ilişkin olarak iftira suçundan sorumlu tutulmalıdır. Eğer ihbar soruşturmanın değişik safhalarında gerçeklemişse burada hareket birliğinden söz etmek mümkün olmayacak ve belirli bir kişiye sonraki suç isnadında iftira ve suç uydurma ayrı ayrı gündeme gelecektir.¹³² Ancak diğer bir görüşe göre suç uydurma suçunun yapısı incelendiğinde bu suç sırf hareket suçudur ve işlenmeyen suçun ihbar edilmesi ya da delil veya emarelerinin uydurulmasıyla bu suç tamamlanmaktadır. Bu bağlamda ihbardan sonraki zaman diliminde, failin uydurduğu suçun başka birine isnad edilmesi; yani belirli bir kişinin hedef gösterilmesi halinde failin hem suç uydurma hem de iftira suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması yoluna

¹²⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7923.

¹²⁷ Aynı yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen (n 22) 154.

¹²⁸ Erem ve Toroslu (n 8) 207; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4265; Erem (n 8) 523.

¹²⁹ Aydın (n 116) 141; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1163.

¹³⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1384; Bayraktar (n 62) 205.

¹³¹ Bayraktar (n 62) 205; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 7) 7924.

¹³² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 1163.

gidilmelidir.¹³³ Kanaatimizce iftira suçu ile suç uydurma fiilleri arası geçiş, isnad bağlamında gerçekleşmektedir ve uydurulan suçun belirli bir kişiye isnadında iftira bakımından suç uydurma fiilinden geçilmektedir. Bu bağlamda kısa zaman aralığında uydurulan suçun belirli bir kişiye isnadında geçitli suç hükümleri gündeme gelecek ve sadece iftiradan dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır.

Başka bir ihtimal olarak zimmet fiilini işleyen kamu görevlisinin fiili, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hali de incelenmelidir. Doktrinde bir görüşe göre bu ihtimalde bileşik suçun varlığı gündeme gelecektir.¹³⁴ Burada hileli davranış olarak işlenmediği bilinen başka bir suçun uydurularak adli makamların kandırılması söz konusudur. Hileli hareket teşkil eden suç uydurma fiili zimmet suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.¹³⁵ Bu nedenle sadece zimmet suçunun cezası yarı oranında artırılacaktır, ayrıca suç uydurma suçundan ceza verilemeyecektir (TCK m. 247/2).¹³⁶ Benzer bir örnek hileli iflas suçu için verilebilir. Hileli iflas suçunu işlemek için paralarının çalındığını izlenimini yaratacak şekilde delil veya emareler uyduran kişi, sadece hileli iflas suçundan cezalandırılmalıdır. Çünkü burada suç uydurma, hileli iflas suçunun unsuru olan hileyi teşkil etmektedir.¹³⁷ Ancak bileşik suçun düzenlendiği TCK m. 42 incelendiğinde “*tek fiil sayılan*” ibaresi, unsur ya da ağırlatıcı sebep olan suçun söz konusu suçta açıkça belirtilmiş olmasını gerektirmektedir.¹³⁸ Kanaatimizce kanunda açıkça suç uydurma suçu zimmetin ve hileli iflas suçunun bir unsuru yahut ağırlatıcı nedeni sayılmadığı için burada bileşik suç ilişkisinden bahsedilemez. Burada suç uydurma fiili hilenin ayrılmaz bir parçası olduğundan suç uydurma fiilinin unsur olma özelliği kanunda gösterilmediği için suç uydurma suçu, geçitli suç olarak zimmet ve hileli iflas suçlarının içinde erimektedir. Burada suç uydurma fiili hilenin gerçekleşmesi için gerekli bir basamak teşkil edeceği için ayrı bir cezaya konu olmayacaktır.

Bir Yargıtay kararında “*sanığın önceden sigorta yaptırdığı deposunda hırsızlık meydana gelmediği halde sigorta bedelini almak amacıyla hırsızlık gerçekleşmiş gibi, kilidi kırıp içerideki eşyaları dağıttıktan sonra zabıtaya şikayette bulunmasından ibaret olayda, henüz sigorta şirketine başvuru olmadığından fiil dolandırıcılık suçunu oluşturmamakta ise de; suç uydurma*

¹³³ Toroslu (n 10) 336; Aydın (n 116) 141.

¹³⁴ Hafizoğulları ve Öz (n 22) 154; Toroslu (n 10) 336; Bu ihtimalde hem zimmet hem de suç uydurmadan dolayı gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1385.

¹³⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1385.

¹³⁶ Failin hem nitelikli zimmet hem de suç uydurmadan dolayı cezalandırılması gerektiği görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1385.

¹³⁷ Erem (n 8) 523.

¹³⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 23) 332; Zafer (n 45) 574.



suçunu oluşturduğu” belirtilmiştir.¹³⁹ Eğer fail sigorta bedelini talep etseydi hem dolandırıcılık suçundan hem de suç uydurma suçundan sorumlu olacaktı. Bu bağlamda dolandırıcılık suçu ile suç uydurma suçu gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaktı.¹⁴⁰

Tanık sıfatıyla dinlenen kişinin, işlenmediğini bildiği bir suçu, beyanda bulunurken bildirmesi durumunda da suç uydurma suçu gündeme gelebilir.¹⁴¹ Nitekim bu şekilde yapılan ihbarlar üzerine yetkili makamlar harekete geçmek zorundadır. Yalan tanıklık suçunun düzenlendiği TCK m. 272 hükmü incelendiğinde “*gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimse*” ifadesinin içerisinde suç uydurma fiilinin de bulunması ihtimal dahilindedir. Kanaatimizce iki suç arasında fikri içtima ilişkisi (TCK m. 44) söz konusudur.¹⁴² Burada tanık sıfatına sahip olan failin, yetkili kişi veya kurul önünde ihbar niteliğinde uydurma bir suçla ilgili doğru olmayan beyanlarda bulunması hali tek bir fiil olarak değerlendirilmeli ve bu kapsamda farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Bir yargılamada katılanın ifadeleri suç uydurma niteliğinde ise hangi fiilden dolayı cezalandırılması gerektiğinin de açıklanması gerekmektedir. Akriba ilişkisi kapsamında tanıklıktan çekilmeyen katılan tanık sıfatına sahip olmayıp müdahil olarak değerlendirileceği için doğru olmayan ve suç uydurma niteliğindeki açıklamaları tanık beyanı olarak değerlendirilemeyecek ve yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulamayacaktır.¹⁴³ Bu ihtimalde katılan sadece suç uydurma suçundan sorumlu tutulabilecektir.¹⁴⁴

İçtima konusunda özel belgede sahtecilik ile suç uydurma arası ilişkiden de bahsetmek gerekmektedir. Şekli uydurma fiili bakımından uydurulan suça ilişkin ihbar yazılı olarak yapıldığında, *özel belgede fikri sahtecilik* suçunun (TCK m. 207) gündeme gelip gelmeyeceği araştırılmalıdır. Özel belgede fikri sahteciliğin mümkün olabilmesi için esasında mevcut olmadığı halde mevcutmuşçasına sahte bir belge üretilmelidir.¹⁴⁵ Sahte özel bir belge düzenlenmesi “*belgenin kimliğini yanlış yansıtmak*” ya da “*var olan gerçek*

¹³⁹ Y11.CD, 2003/7917E., 2004/5220K., 14.6.2004T. Ünver (n 9) 189.

¹⁴⁰ Asım Kaya, “Sigorta Dolandırıcılığına Konu Olabilen Sigorta Türlerinin Sigorta Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları” (2015) Terazi Hukuk Dergisi 10 (101) 51, 52.

¹⁴¹ Yıldırım (n 3) 117.

¹⁴² Aynı yönde bkz. Zafer İçer, “Yalan Tanıklık Suçu” (2018) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 18 (1) 224.

¹⁴³ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekilme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu” (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 (2) 208.

¹⁴⁴ Mahmutoğlu (n 143) 208.

¹⁴⁵ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu 3. Cilt (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2010) 3293; Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 2, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2008) 1066.

bir belgenin taklidi” biçiminde olabilir.¹⁴⁶ Eğer suç uyduran kimse ihbarı bir başkası adına yapmışsa ve onun adına ihbara ilişkin belgeyi imzalamışsa, o zaman hem suç uydurma hem de özel belgede sahtecilikten cezalandırılması gündeme gelebilecektir.¹⁴⁷

Resmi belgede sahtecilik suçu bakımından (TCK m. 204) değerlendirme yapmak gerekirse göreviyle ilgili bir hususta gerçekte işlenmeyen bir suçun işlendiğine dair yazılı ihbar belgesi düzenleyen kamu görevlisi, hem suç uydurma suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır.¹⁴⁸ Sahte ihbar belgesini düzenleyen kamu görevlisi ile bu belgeyi imzalayan kişi aynıysa resmi belgede fikri sahtecilik, farklı kişiler ise resmi belgede maddi sahtecilik suçundan ayrı ayrı ceza verilmelidir.¹⁴⁹

Uygulamada failin bir başkası korumak amacıyla suç uydurma fiilini gerçekleştirmesine oldukça sık rastlanmaktadır. Örneğin bir annenin, oğlunun işlediği insan öldürme fiili bağlamında ifadesinin alınması sırasında kolluğa olayı gördüğünü; ancak öldürüldüğü iddia edilen kişinin aslında öldürülmediği, karanlıkta göremediği kişilerce kaçırıldığını söylemesi durumunda ilk bakışta suç uydurduğu görülmektedir. Ancak fail aynı zamanda suçluyu kayırma suçunu da işlediği düşünülebilir. TCK m. 283’te düzenlenen bu suç; “*suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlamak*” şeklinde işlenebilir. Suçluyu kayırma suçuyla suç işleyen kişilerin ceza adaletinden kurtulmasına imkân sağlamaya yönelik fiiller cezalandırılmaktadır.¹⁵⁰ Bu açıdan annenin oğlunun işlediği fiilin soruşturulması bağlamında araştırmayı saptırmak amacıyla suç uydurması durumunda hem suç uydurmadan hem de suçluyu kayırma suçundan sorumlu tutulması gerekecektir. Her ne kadar nemo tenetur ilkesi gereği kişi kendi yakınına suçlamaya zorlanamasa da adliye de meşgul etme hakkına sahip değildir. Nitekim hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını korumayacaktır. Ayrıca salt yakınlık ilişkisi bağlamında kişilerin suçluyu kayırma ve suç uydurma gibi adliye karşı suçlardan sorumlu olmayacağı kabulü eşyanın doğasına aykırı bir sonuç doğuracaktır.

VII. MUHAKEMESİ

Suç uydurma suçunun cezası üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Alt sınır münferiden belirlenmediği için TCK m. 49/1 gereği alt sınır bir

¹⁴⁶ Parlar ve Hatipoğlu (n 145) 3293.

¹⁴⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 1385; Toroslu (n 10) 335.

¹⁴⁸ Benzer yönde bkz. Yokuş Sevük (n 8) 668.

¹⁴⁹ Toroslu (n 10) 335.

¹⁵⁰ V. Sonay Evik, “Suçluyu Kayırma Suçu” (2010) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (1) (Köksal Bayraktar’a Armağan) 724; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 4343; Zahit Yılmaz, “Suçluyu Kayırma Suçu (TCK m. 283)” (2012) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 18 (1) 153.



aydır. Hükmolunan sonuç ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise, ceza ertelenebilecektir (TCK m. 51/1).¹⁵¹ Aynı şekilde şartlar gerçekleştiği nispette ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK m. 231/5).

Ceza muhakemesi hukukunda aslolan suçların re'sen soruşturulması ve kovuşturulmasıdır. Şikâyet hususunda kanun koyucu sessiz kaldığı için suç uydurma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi değildir. Cumhuriyet savcısı, bu suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır (CMK m. 160). Bu suçun uzlaştırma kapsamındaki suçlardan sayılmaması ve şikâyete tabi olmaması sebebiyle bu suç bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Suç uydurma suçunun üst sınırı altı ay hapis cezasının üstünde olduğu için (TCK m. 75) bu suç ön ödemeye de tabi değildir.¹⁵²

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçla madde itibariyle yetkili mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Yer itibariyle yetkili mahkeme ise CMK m. 12/1 gereği ihbarın yapıldığı ya da delil veya emarelerin uydurulduğu yer mahkemesidir.

TCK m. 66/1-e uyarınca bu suçta öngörülen dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Dava zamanaşımını kesen sebepler söz konusu olduğu takdirde zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlayacaktır (TCK m. 67/3). Uzayan yeni zamanaşımı süresi bakımından TCK m. 67/4 uygulanacaktır. Söz konusu hükme göre dava zamanaşımının kesilmesi¹⁵³ halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzayacaktır. Sekiz yıl olan dava zamanaşımı süresinin yarısı olan dört yıl bu

¹⁵¹ Ancak ertelemenin mümkün olabilmesi için failin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir (TCK m. 51/1-a,b).

¹⁵² “Sanık hakkında suç uydurma suçundan kurulan hükme yönelik sanığın temyiz isteminin incelenmesinde, TCK'nun 271/1. maddesinde düzenlenen suç uydurma fiilinin 6763 sayılı Yasanın 12. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK'nun 75. maddesi uyarınca ön ödeme kapsamında kalan suçlardan olmadığı anlaşılmalı, tebliğnamedeki ön ödeme ihtarı yapılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğine dair bozma görüşüne iştirak edilmemiştir.” Y8.CD, 2020/4249E., 2020/17588K., 27.10.2020T.

¹⁵³ Dava zamanaşımını kesen sebepler TCK m. 67/2'de düzenlenmiştir: Bir suçla ilgili olarak;
a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,
b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,
c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,
d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, dava zamanaşımı kesilir.

süreye eklendiğinde, dava zamanaşımının kesilmesi halinde işleyecek olan yeni zamanaşımı süresi on iki yılı geçemeyecektir. Zamanaşımı süresi dolduğunda mahkemece davanın düşmesi kararı verilecektir.¹⁵⁴ İlâveten belirtmek gerekir ki dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde zamanaşımı süresi, son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır (TCK m. 67/3).¹⁵⁵

Basit yargılama, iddianame mahkemesince kabul edilip kovuşturma aşamasına geçildikten sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından öngörölmüş bir muhakeme türüdür. Bu muhakeme türünde, seri muhakeme usulünde olduğu gibi katalog suç söz konusu değildir.¹⁵⁶ Suç uydurma suçunun üst sınırı üç yıl olarak öngöröldüğü için bu suçta basit yargılama usulü işletilemeyecektir. Seri muhakeme usulünün uygulanması noktasında kanunda belirli şartlar öngörölmüştür.¹⁵⁷ Kanun koyucu, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesini katalog suçlarla sınırlamıştır (CMK m. 250/1). Ayrıca basit muhakeme usulünden farklı olarak seri muhakeme usulünde takdirilik öngörölmemiştir.¹⁵⁸ Bu suç, ilgili hükümde belirtilen katalog suçlardan biri olarak sayılmamıştır. Bu nedenle bu suçla ilgili seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır.

Suç uydurma suçu, bünyesinde işlenmeyen bir suçun varlığını gerektirdiği için bu suçun muhakemesinde en az iki farklı suçun varlığı araştırılmaktadır. Uydurulduğu iddia edilen fiilin gerçekte var olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulamamışsa bu durumda failin suç uydurduğu yönündeki maddi vakianın gerçekleştiği sonucuna varılamayacaktır.¹⁵⁹ Nitekim uydurulduğu iddia edilen suçun işlenip işlenmediği sübuta varmamışsa bu durumda maddi

¹⁵⁴ “Sanığın eylemine uyan 5237 sayılı TCK’nın 142/1-b, 35, 116/1, 119/1-c, 271/1. maddelerinde düzenlenen hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal ve suç uydurma suçları için öngörölen cezanın türü ve üst sınırına göre, aynı Kanun’un 66/1-e maddesine göre hesaplanan 8 yıllık zamanaşımının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle duran 2 yıl 5 ay 7 günlük sürede dikkate alınarak ilk mahkumiyet kararının verildiği 18.12.2008 tarihi ile ikinci mahkumiyet kararının verildiği 10.05.2019 tarihleri arasında gerçekleştiği gözetilmeden, sanık hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş...” Y13.CD, 2020/8791 E. , 2020/8915 K., 8.10.2020T.

¹⁵⁵ A. Nevzat Odyakmaz ve B. Tunç Demiralp, Uygulamalı – Örnekli Hukuk Rehberi (1. Baskı, Alfa Yayınları 2000) 15.

¹⁵⁶ Zahit Yılmaz ve Özge Apış, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi” (2020) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 26 (1) 65; Ayşe Özge Atalay, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller” (2020) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19 (2) 664.

¹⁵⁷ Atalay (n 156) 660.

¹⁵⁸ Yılmaz ve Apış (n 156) 65.

¹⁵⁹ Artuç (n 30) 1410.



vakıya ilişkin bu şüphenin sanık yararına yorumlanması ve suç uydurma suçunun oluşmadığı sonucuna varılması gerekmektedir.¹⁶⁰

SONUÇ

Suç uydurma suçunun koruduğu hukuki değer, kanunun sistematığına bakıldığında en genel anlamda adliyenin işleyiş düzenidir. Doktrinde bu suçun adliyenin işleyiş düzeni, itibarı ve güvenilirliğinin yanında kişilerin adil yargılanma hakkını da koruduğu yönündeki görüşler bulunmaktadır. Ancak suç uydurma suçunda, iftira suçunda olduğu gibi hedef tutulan belirli bir kişi bulunmamaktadır. Bu suçun kamusalılığı ağır bastığından ve bireysel bazda kişilerin adil yargılanma hakkı doğrudan tehlikeye sokulmadığından bu suçla doğrudan adli makamların gereksiz yere meşgul edilmemesine yönelik adli işleyişin devamlılığının korunduğu sonucuna varılmalıdır.

Söz konusu suçun seçimli hareket olarak “işlenmediği bilinen uydurma bir suçun ihbar edilmesi” yani şekli uydurma; “işlenmediği bilinen bir suçun delil veya emarelerinin soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurulması” yani maddi uydurma şeklinde işlenebileceği görülmektedir. Burada ilk seçimlik hareket bakımından doktrinde ihbarın teknik olarak sınırlandırılmaması; izin, talep, şikayet yoluyla da bu suçun işlenebileceği savunulmuştur. Ayrıca ihbar ile sadece re’sen soruşturulan suçların değil, şikayete tabi suçların da ihbar edilmesinin suç uydurma suçuna vücut vereceği de savunulmuştur. Ancak maddi ceza normlarında, özgürlük alanını sınırlayıcı biçimde kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum yasağının bu görüşlere cevaz vermeyeceği açıktır.

Tipikliğin manevi unsurları bakımından incelendiğinde bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği görülmektedir. Doktrinde aksini savunan görüşler olsa da kanunda “işlenmediği bilinen” ifadesinin varlığı sebebiyle bu suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekmektedir.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından uygulamada bu suç için görevin ifası ve hakkın kullanılması şeklinde iki hukuka uygunluk sebebinin varlığı araştırılabilir. Hakkın kullanılması ise uygulamada en sık “savunma hakkı” kapsamında vuku bulmaktadır. Ancak savunma hakkının kullanımı da sınırsız olmamakla birlikte bu hak, nemo tenetur ilkesi bağlamında kullanıldığında hukuka uygunluk sebebi yaratacaktır. Hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki uygulamaları hukuk düzeni korumayacaktır. Görevin ifası bakımından ise hukuka uygunluk sebebi değil TCK m. 30/1 bakımından tipiklik hatası hükümlerinin uygulanırılığı araştırılmalıdır.

Suçun özel görünüş biçimleri incelendiğinde suçun sırf hareket suç niteliğinde olması, kural olarak teşebbüs imkanını ortadan kaldırmaktadır. Ancak hareket parçalara bölündüğü münferit durumlarda bu suça teşebbüs

¹⁶⁰ Artuç (n 30) 1410.

mümkün olabilecektir. İçtima bakımından bu suçun uygulamasında gerçek içtima, geçitli suç, zincirleme suç ve fikri içtima hükümleri önem arz etmektedir. Başka bir suçun işlenmesi veya işlenmiş olan bir suçun gizlenmesi amacıyla suç uydurması durumunda gerçek içtima kuralı işlerlik kazanacaktır. İftira suçu bakımından ise genel olarak geçitli suç hükümleri gündeme gelecektir. Yalan tanıklık suçunda ise tanıklık sıfatı bakımından farklı neviden fikri içtimadan yahut yalnızca suç uydurmadan bahsedilebilecektir.

Suç uydurma suçunun muhakemesinde en az iki farklı suçun varlığı araştırılmaktadır. Bu kapsamda da uydurulan suçun gerçekte işlenip işlenmediği ortaya konmadan suç uydurma suçu sübut bulmayacaktır. Uydurulan suçun varlığı hususunda bir şüphe varsa bu şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Alacakptan U, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970).

Aldemir H, Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Artuç M, Pratik Türk Ceza Kanunu (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Artuk ME, Gökçen A ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).

Atalay AÖ, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller” (2020) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (2) 653-732.

Aydın Y, İftira Suçu (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Bakıcı S, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 2 (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2008).

Bayraktar K, “İftira” (1974) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 40 (1-4) 181-206.

Birtek F, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).

Çakır K, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu” (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 (2) (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 1541-1566.



Değirmenci O, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları” (2008) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 21 (77) 33-86.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Dündar H, “İftira Suçu ile Benzeri Suçlar üzerine Bir İnceleme” (1984) Adalet Dergisi 75 (2).

Erem F ve Toroslu N, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (5. Baskı, Savaş Yayınları, 1987).

Erem F, “Suç Tasnii” (1954) Adalet Dergisi 10 (45) 1179-1185.

Erem F, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: III (3. Baskı, Seçkin Kitabevi 1985).

Evik VS, “Suçluyu Kayırma Suçu” (2010) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (1) (Köksal Bayraktar’a Armağan) 717-747.

Guadagno G, La Simulazione di Reato, Casa Editrice Dott. (Eugenio Jovene 1953).

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar (1. Baskı, U-S-A Yayıncılık 2016).

Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım - I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları – Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı), (Ed. Yener Ünver) (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2014).

İçer Z, “Yalan Tanıklık Suçu” (2018) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 18 (1) 179-226.

Kaya A, “Sigorta Dolandırıcılığına Konu Olabilen Sigorta Türlerinin Sigorta Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları” (2015) Terazi Hukuk Dergisi 10 (101) 42-52.

Kaya A, “Suç Uydurma Suçu ve Savunma Hakkı İlişkisi” (2017) Terazi Hukuk Dergisi 12 (136) 73-80.

Kazaker G, “Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı” (2020) Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi 9 (1) 129-141.

Koca M ve Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Baskı, Seçkin Yayınları 2019).

Kurt DH, İftira Suçu (TCK m. 267), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2020).

Mahmutoğlu FS, “Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45.

Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekilme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu” (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 (2) 191-210.

Malkoç İ, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt (1. Baskı, Yazarın Kendi Yayını 2013).

Meran N, AİHM Kararları ile İçtihatlı-Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret- İftira, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama, Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2014).

Odyakmaz AN ve Demiralp BT, Uygulamalı – Örneklili Hukuk Rehberi (1. Baskı, Alfa Yayınları 2000).

Önder A, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı, Filiz Kitabevi 1994)

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler) (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Özek Ç, “Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu” (1997) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 55 (3) (Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan Sayısı) 13-50.

Pagliari A, Principi di Diritto Penale, par. spec. (Giuffrè 2000).

Parlar A ve Hatipoğlu M, Türk Ceza Kanunu Yorumu 3. Cilt (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2010)

Parlar A ve Hatipoğlu M, Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2010)

Serttaş AT, Türk Ceza Kanunu’nda İftira Suçu (TCK m. 267), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2018).

Soyaslan D, Ceza Özel Hukuku (12. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2018)

Sönmez AS, Türk Ceza Kanunu’nda İftira Suçu (1. Baskı, Hakim Yayınları 2016).

Taş B, “Bilgi Vermeme Suçu” (2021) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29 (2) 1305-1342.

Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Toroslu H, “Suç Uydurma Suçu” (2013) Ankara Barosu Dergisi 71 (1) 319-337.



Toroslu N ve Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku (19. Baskı, Savaş Yayınları 2019).

Ünver Y, İftira - Suç Uydurma - Suç Üstlenme - Yalan Tanıklık ve Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar) (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt IV (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010).

Yıldırım A, "İftira Suçu" (2007) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 20 (69) 177-210.

Yıldırım A, İftira ve Suç Uydurma Suçları (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010)

Yılmaz Z ve Apiş Ö, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi" (2020) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 26 (1) 62-106.

Yılmaz Z, "Suçluyu Kayırma Suçu (TCK m. 283)" (2012) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 18 (1) 147-178.

Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Yurtcan E, Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliyeye Karşı Diğer Suçlar) (2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 303 2015)

Zafer H, "Savunma Hakkı ve Sınırları" (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 (2) 507-540.

Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) (7. Bası, Beta Yayıncılık 2019).

UNUTULMA HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞ SERÜVENİ VE KAPSAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

An Evaluation of the Emerging Process and the Scope of the Right to be Forgotten

Abdurrahim ÇINAR *

Özet

İnternet kullanımının ve internetin bireylerin yaşantısına etkilerinin önemli ölçüde arttığı günümüzde kişisel verilerin korunması, üzerinde durulması gereken önemli bir husus haline gelmiştir. Veri dolaşımının çok hızlı ve kolay şekilde yapılabilir olması, kişisel verilerin korunmasını ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi açısından birçok tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google İspanya kararıyla hukuki zemin kazanan, kişinin kendisine ait internette yer alan kişisel verilerinin ortadan kaldırılabilmesini talep edebilme hakkı olarak ifade edilen ve kişisel verilerin korunması bakımından önemli bir yer tutan unutulma hakkı, bireylerin kendi kişisel verileri üzerindeki hakimiyetlerini artırmalarını amaçlayan bir güvence neteliğindedir. Çalışmamızda unutulma hakkının hukuki zemin kazanması süreci ele alınıp, bu hakkın kapsamına yönelik değerlendirmelerde bulunmaya çalışılmıştır. Ayrıca unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği hakları bağlamında değerlendirilmiş ve unutulma hakkının bir temel hak ve özgürlük olarak ifade edilip edilemeyeceği, bu hakkın kişisel verilerin korunması bakımından yeterliliği, internet dışındaki ortamlarda uygulanabilirliği tartışılmış, Türk hukukunun unutulma hakkına yönelik tutumu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel verilerin korunması, internet, unutulma hakkı, özel hayat, özel hayatın gizliliği

Abstract

Today, the use of the internet and its effects on the lives of individuals has increased significantly, the protection of personal data is an important issue that should be emphasized. The fact that data circulation can be done very quickly and easily brings the risk of violating the protection of individuals' personal data and many fundamental rights and freedoms. The right to be forgotten, which is expressed as the right to request the removal of personal data belonging to the person on the internet, has gained a legal basis with the decision of the European Court of Justice in Google Spain case. The right to be forgotten has an important place in the context of the protection of personal data and it constitutes a guarantee for individuals in the field of personal data protection. In our study, the process of gaining a legal basis for the right to be forgotten

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, abdurrahimcinar@hacettepe.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-1538-4997>



has been discussed and evaluations have been made regarding the scope of this right. In addition, the right to be forgotten has been evaluated in the context of the protection of personal data and the right to privacy. Also, whether the right to be forgotten can be expressed as a fundamental right and freedom, the adequacy of the right to be forgotten in the protection of personal data, applicability of the right to be forgotten in non-internet environments, and the attitude of Turkish law towards the right to be forgotten has been examined.

Keywords: The right to be forgotten, protection of personal data, internet, private life, privacy of the private life

GİRİŞ

İnsan, doğası gereği sosyal bir varlık olup tarih boyunca kendi cinsiyle etkileşim içinde bulunma, sosyalleşme ihtiyacı hissetmiş, topluluklar halinde yaşamıştır. İnsanoğlu geçmişten günümüze kadar dumandan telgrafa, postadan cep telefonu ve internete kadar birçok farklı yolla iletişim kurmuş ise de özellikle son yıllarda haberleşme ve bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, sosyal alan ve sosyalleşme kavramlarının çehresini değiştirmiş, bu kavramlara yeni bir boyut kazandırmıştır. İnternetin yaygınlaşması ve herkesin kolayca ulaşabileceği bir hale gelmesi sosyalleşmeyi, bireylerin birbiriyle etkileşimini önemli ölçüde kolaylaştırmış, ayrıca bilgiye erişim daha önce hiç olmadığı kadar hızlı ve kolay bir hal almıştır.

İnternet ve haberleşme teknolojilerindeki bu gelişmelerin bireylerin günlük yaşantısına etkisi yadsınamayacak ölçüde büyük ve olumlu olmakla beraber zararlarının da olmadığını söylemek mümkün değildir. Veri dolaşımı, saklanabilmesi ve paylaşımının saniyeler içerisinde yapılabildiği günümüzde, kişisel verilerin kullanımı ve bireyin kendi kişisel verileri üzerinde hakimiyetinin azalması önemli bir soruna işaret etmektedir. İnternette paylaşımında bulunan, kişisel verilerini internet ortamına aktaran kişiler talep etse dahi bu veriler tam anlamıyla ortadan kaldırılamamakta yahut kaldırılana dek birçok farklı kişi ve kuruluşun eline geçebilmekte ve depolanabilmektedir. Bu durum sonucunda, kişinin kendisine ait olan verileri internet hafızasında saklanabilmekte, veri sahibinin haberi olmadan birçok yerde kullanılabilir hale gelmektedir. Nihayetinde kişilerin, başta özel hayatın gizliliği, itibar ve şerefi, maddi ve manevi varlıklarını serbest biçimde geliştirebilme hakları olmak üzere birçok farklı hakkı kolayca ihlal edilebilmektedir.

Söz konusu tehlikelerin giderilmesi amacıyla ulusal ve uluslararası boyutlarda kişisel verilerin korunmasını sağlamak, bu konuda etkin bir mücadele yürütmek amacıyla çözüm önerileri sunulmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına uluslararası sözleşmelerde ve ulusal düzeyde birçok farklı hukuki metinde rastlamak mümkündür. Bu açıdan bir değerlendirme yapıldığında, kişisel verilerin korunmasının günümüz için önemli ve güncel bir konu başlığı olduğunu, bu konu üzerinde birçok farklı çalışmanın yapıldığını söyleyebiliriz.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik çalışmalar arasında ileri sürülen konulardan biri de unutulma hakkıdır. Unutulma hakkının ortaya çıkmasında özel hayatın, mahremiyetin korunması ve veri işleme hızının doğurabileceği sorunlara karşı bireylerin tehdit altında bulunmaması düşüncelerinin önemli bir yere sahip olduğunu söyleyebilmek mümkündür.¹ Kişinin kendisine ait internette yer alan kişisel verilerinin kaldırılmasını talep etme hakkı olarak nitelendirilebilen bu hak, kişisel verilerin korunmasında önemli bir yer tutmakla beraber hakkın tek başına yeterli olup olmayacağı, etkili bir şekilde uygulanabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak şu da bir gerçektir ki, unutulma hakkı, bireyin kendi kişisel verileri üzerinde hakimiyet hissiyatını artırmaya yönelik bir hukuki çare, güvence olup bireye kendi kişisel verilerine yönelik olarak hesap sorabilme hakkı vermesi bakımından önemli bir yer tutmaktadır. Unutulma hakkı sayesinde kişiler, kendilerine ait kişisel verilerin internette yahut çeşitli fiziki medya araçlarından kaldırılmasını talep edebilmektedirler. Bu durum da kişilere, kendi kişisel verileri üzerinde hâkim olma, kişisel verilerinin başkalarının elinde bulunup bulunmadığını ve kendilerinin izni olmadan kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilme hakkı tanımakta ve kişisel verilerin korunmasına hizmet etmektedir.

Kişisel veri kavramı temel alınarak hazırlanan çalışmamızda, kişisel verilerin tanımlanması ve korunması üzerine tartışmalarda bulunulacak, kişisel verilerin korunması kapsamında unutulma hakkının ortaya çıkışı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-131/12 sayılı Google İspanya kararı incelenecektir. Unutulma hakkının kapsamı, ifade, bilim ve sanat özgürlüğü, basın özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı ile ilişkisi ortaya konulacak, fiziksel ortamda bulunan kişisel veriler üzerinde unutulma hakkının uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacaktır. Son bölümde ise hukukumuzun unutulma hakkına bakış açısı Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun çeşitli kararları çerçevesinde değerlendirilecek, unutulma hakkına yönelik atılabilecek adımlar bakımında şahsi fikirlerimize yer verilecektir.

I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

A. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel veri, gerçek kişilere dair her türlü bilgi olarak ifade edilebilir. Tanımdan hareketle, kişisel veri kavramının çok geniş bir çerçeveyi kapsadığı, görüntü, ses kaydı, pasaport numarası, parmak izi, özgeçmiş gibi çok sayıda ögenin kişisel verilerin kapsamına dahil olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Sayılabilecek birçok kişisel veri örneği bulunmakla beraber, teknolojinin hızla gelişmesi sonucunda bu sayının zamanla artabileceği de göz

¹ Canan Akyüz Bilge, Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü, 2019, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 10-55.



önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle kişisel verilerin, belli başlı örneklerle sınırlandırılmayacağı, kanun koyucu tarafından önceden öngörülerek sınırlayıcı bir şekilde düzenleme konusu yapılamayacağı söylenebilir. Bu durum kişisel veri kavramının sınırlarının geniş tutulmasına, yargı makamlarınca geniş yorumlanmasına yol açabilmekle beraber kanunilik ve belirlilik ilkelerine de aykırılık teşkil edebilir. Şahsi kanaatimiz, kişisel veri kavramının teknolojik gelişmelere ayak uydurabilecek şekilde geniş yorumlanması yönündedir.

Bireyin kendisine ait olan kişisel verilerle arasındaki ilişki ve kişisel verilerin hukuki niteliği üzerinde tartışmalar devam etmektedir. Bu konuda doktrinde birbirinden farklı görüşler mevcut olup bir görüş birliği bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Kişisel verilere iktisadi ve sosyal yaklaşımların yanı sıra, bu verileri bağımsız bir hak olarak, kişilik hakkı ile ilgisi olan ancak daha kapsamlı bir hak olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur. İktisadi yaklaşımlar, kişisel verileri, ait oldukları bireyden bağımsız, ayrı bir değer olarak nitelendirip, bireyin bu veriler üzerinde mülkiyet veya fikri mülkiyet yolu ile hak sahibi olabileceğini ileri sürmektedirler.² Sosyal yaklaşımlar ise daha hümanist bir bakış açısıyla, kişisel verileri ait oldukları bireylerden bağımsız düşünmeyerek, kişisel verileri bireyin temel hakkı veya kişilik hakkı, kişiye ait bir değer olarak değerlendirmektedirler.³ Bağımsız hak görüşüne göre kişisel veriler kişilik hakkı kapsamındadır ve özel hayatın gizliliği ilkesi yanında onur, şeref, itibar gibi birçok kişisel değerle doğrudan ilişkilidir. Ayrıca bu görüşe göre kişisel veriler kendilerine has bir koruma rejimi gerektirdiğinden kendine özgü bir değer olarak nitelendirilmelidirler.⁴ Buradaki yaklaşımlar göz önünde bulundurulduğunda şahsi kanaatimiz, kişisel verilerin kişilik haklarından ayrı değerlendirilmesi mümkün gözükmemekle beraber sadece kişilik hakkı bağlamında yapılacak bir korumanın da kişisel verilerin korunmasında yeterli olmayacağı yönündedir. Bu bağlamda kişisel verilerin, kişilik hakkına bağlı ancak ondan daha kapsamlı ve bağımsız bir hak olarak görülmesi, bu verilerin etkili bir şekilde korunabilmeleri açısından daha uygun olacaktır. Kişisel verilerin kendine özgü bir hak olarak kabul edilmesi, sadece kişilik hakkının özel hayatın gizliliği ilkesine yansımaları olarak değerlendirilememesinin nedenleri arasında, kişisel verilerin kişilik hakkı bağlamında özel yaşantının bir görünümü olarak kabul edilmesinin, kişinin kendi alenileştirdiği verileri koruma kapsamı dışında bırakacak ve bu veriler kişinin özel alanından çıkacağı için söz konusu verileri koruyamayacak olması sayılabilir.⁵

² Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış” (2020) 2(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 20, 24.

³ İbid 25.

⁴ İbid 27.

⁵ İbid 26.

B. Kişisel Verilerin Korunması

Günümüzde birçok tartışmaya konu olan, internetin yaygınlaşması ile önemli bir yer tutan ve üzerinde yapılan çalışmaların sayısının hızla arttığı kişisel verilerin korunması hususu, ulusal ve uluslararası birçok hukuki metinde kendisine yer bulmuştur. Uluslararası zeminde Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*”, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*” ve “*95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif*”; Avrupa Birliği bünyesinde hazırlanan “*Genel Veri Koruma Tüzüğü*” (GDPR); Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü bünyesinde hazırlanan “*Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri*” gibi birçok hukuki metinde, Türk Hukukunda ise 1982 Anayasası başta olmak üzere, Türk Ceza Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gibi farklı yasal düzenlemelerde kişisel verilerin korunmasına yönelik ifadelerle rastlamak mümkündür.

Kişisel verilerin korunması bakımından uluslararası metinler incelendiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 8.maddesi temel bir düzenleme olarak öne çıkmaktadır. Aile hayatına ve özel hayata saygıyı içeren, haberleşme ve konut dokunulmazlığı özgürlüklerini de özel hayat ve aile hayatının kapsamına dahil eden söz konusu düzenleme, genel nitelikte olup, kişilerin aile hayatlarına ve özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu ve bu hakka ancak belli şartlar altında müdahale edilebileceğini ifade etmektedir. 8.maddede herhangi bir şekilde unutulma hakkı veya kişisel verilerin korunmasına yönelik bir ifade yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişisel verilerin korunmasına ve unutulma hakkına yönelik olarak önüne gelen davalarda bu maddeye atıfta bulunarak karar vermiştir.⁶ Mahkeme, Mosley davasında başvurucunun cinsel yaşantısına yönelik görüntüleri, Lillo-Stenberg ve Saether davasında başvurucu çiftin düğün fotoğraflarını, von Hannover davasında başvurucu prensesin, paparazziler tarafından bilgisi dahilinde olmadan çekilen fotoğraflarını özel hayata saygı, unutulma hakkı ve 8.madde çerçevesinde değerlendirmeye almıştır. Buradan bir çıkarımda bulunmak gerekirse, AİHM’nin kişisel verileri ve unutulma hakkını özel hayatın, aile hayatının bir parçası olarak gördüğünü söyleyebilmenin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler ele alındığında, temel düzenlemenin 1982 Anayasasının 20/3. maddesi olduğu, söz konusu madde hükmünde bireyin kendi kişisel verileri üzerindeki haklarının

⁶ *M.L. and W.W. v. Germany*, App no 60798/10 and 65599/10, (ECHR, 2018). / *Von Hannover v. Germany*, App no 59320/00, (ECHR, 2004). / *Lillo-Stenberg and Saether v. Norway*, App no 13258/09, (ECHR, 2014). / *Mosley v. the United Kingdom*, App no 48009/08, (ECHR, 2011).



sıralandığı görülmektedir. Bu maddede kişilerin, kendi kişisel verileri hakkında bilgi sahibi olma, bu verilerin ne amaçla ve nerelerde kullanıldığını öğrenme ve yanlış olan verilerin düzeltilmesini isteme, bulunmasını istemedikleri verilerinin ise silinmesini talep etme hakkına sahip olduğu ifade edilmiş, söz konusu haklar özel hayatın gizliliği adı altında ve temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Yirminci maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca, kişisel verilere yönelik korumanın usul ve esaslarının başka bir kanunla düzenleneceği belirtilmiş, söz konusu düzenlemeye de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda yer verilmiştir. 6698 sayılı kanunun 11. maddesinin e bendinde, herkesin “7’nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme”⁷ hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Hukukumuzda ayrıca, Türk Ceza Kanunu’nun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde, 135 ile 140. Maddeler arasında kişisel verilere yönelik belirli suçlar düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi, ele geçirilmesi, yayılması, kanunla belirlenen sürelerin geçmesine rağmen kişisel verilerin yok edilmemiş olması faaliyetleri suç olarak kabul edilmiştir. Ayrıca 134.maddede, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa etmek özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak belirtilmiştir. Söz konusu suçların düzenlendiği maddelerin bölümü ve içeriği göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun kişisel verilerin özel hayatın bir parçası olduğuna yönelik Anayasal düzenlemeye hâkim olan görüşe bağlı kaldığı nı söyleyebilmek mümkündür.

Ayrıca 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’na⁸ göre tutulan adli sicil ve arşiv kayıtlarının, kanunun 12.maddesinde belirtilen sürelerin geçmesi veya kanunda belirtilen koşulların oluşması sonucunda silinmesine yönelik düzenleme, bireyin geçmişinden sıyrılarak yaşantısına beyaz bir sayfa açabilmesini sağlamak amacını taşımaktadır.⁹

C. Özel Hayatın Gizliliği Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması

Özel hayat, bireyin kendisine has, gizli, toplumla, sosyal ortamıyla paylaşmadığı, başkalarının bakışlarından uzak olan hayatı, yaşantısı olarak tanımlanabilir. Kişi, kendi özel hayatında gözden uzak olmayı, kendi maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilmeyi, kendisinin istemediği durumları birileriyle paylaşmamayı tercih edebilir ve üçüncü kişilerin bu yaşantısına

⁷ 6698 sayılı kanun metni için bknz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?Mevzuat-No=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 18.09.2021

⁸ 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu’nun metni için bknz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5352&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 20.09.2021

⁹ Gizem Öz Demetoglu, Türk ve Avrupa Birliği Veri Koruma Hukuku Bağlamında Blok Zincir Teknolojisinde Unutulma Hakkı, 2019, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 63.

saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Sosyalleşmenin, sosyal alanın gözle görülebilen, kişinin sosyal alanındaki insan sayısı ile bir tutulabildiği eski dönemlere nazaran, internetin yaygınlaşması ve sosyal medya kullanımının takip edilmesi zor seviyelere çıkmasıyla beraber günümüzde, sosyal ağ, sosyal alan kavramları yeni bir boyuta ulaşmıştır. Artık bireyler, internette yüz yüze tanışmadıkları insanlarla iletişim kurabilmekte, fotoğraflarını, kendi özel yaşantılarını paylaşabilmektedirler. Bu durumun bir sonucu olarak günümüzde kişinin özel hayatı ile sosyal hayatı arasındaki çizginin geçmişe göre belirsizleştiği, bu iki alanın birbirine oldukça yaklaştığı söylenebilmektedir. Dolayısıyla günümüzde özel hayatın ve bu hayatın gizli olma niteliğinin ihlal edilebilmesi kolaylaşmış, bu hak saldırılara, müdahalelere karşı daha savunmasız hale gelmiştir.

Özel hayatın gizliliğinin korunabilmesi amacıyla, bir önceki başlıkta örnek verilen kararlarda da görüleceği üzere, AİHM, kişisel veriler ve unutulma hakkına yönelik olarak önüne gelen davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aile hayatına ve özel hayata saygıyı düzenleyen, unutulma hakkına yönelik herhangi bir ifade içermeyen 8.maddesine atıfta bulunarak karar vermiştir. Mahkeme, Mosley davasında başvurucunun cinsel hayatına ilişkin özel, mahrem nitelikteki görüntülerini özel hayatın bir parçası kabul etmiş, söz konusu görüntülerin yayımlanmasını özel hayata saygı hakkı çerçevesinde ele almıştır.¹⁰ AİHM, Lillo-Stenberg ve Saether davasında, rızaları olmadan haftalık bir dergide düğünlerine dair görüntüler paylaşılan başvurucu çiftin, düğünlerini halka açık bir ortamda yapmaları ve dergide paylaşılan yazı ve görüntülerin herhangi bir utanç verici, olumsuz nitelik taşımaması sebebiyle 8.madde çerçevesinde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹¹ Von Hannover davasında ise mahkeme, başvurucu olan prensesin özel yaşantısına dair fotoğraflarının dergilerde yayımlanmasının özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini ifade etmiş, başvurucu halka mal olmuş bir kişi olarak kabul edilebilmesine rağmen davaya konu olan fotoğraflarının paylaşılmasında halkın bir menfaatinin bulunmadığını belirtmiştir.¹² Von Hannover davası, özel hayatın gizliliği ve unutulma hakkının bilgi edinme hakkıyla karşı karşıya gelmesinin, bu hakların birbirlerine zıt menfaatler içermesinin önemli bir örneğidir. Burada incelenen örneklerin çoğaltılabilmesi mümkündür, bununla beraber kararlardan da anlaşılacağı üzere AİHM'nin kişisel verileri özel hayatın bir parçası olarak kabul ettiği, bu bağlamda unutulma hakkını da özel hayatın gizliliği çerçevesinde değerlendirdiği söylenebilir. Özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması arasındaki bağlantı ele alınacak olursa, gerek AİHM'nin önüne gelen kişisel verilerle ilgili davalarda sergilediği

¹⁰ *Mosley v. the United Kingdom*, App no 48009/08, (ECHR, 2011).

¹¹ *Lillo-Stenberg and Saether v. Norway*, App no 13258/09, (ECHR, 2014).

¹² *Von Hannover v. Germany*, App no 59320/00, (ECHR, 2004).



tutum gerekse de bir önceki başlıkta da incelediğimiz üzere Türk hukukunda Anayasanın ve Türk Ceza Kanunu'nun içerdiği düzenlemeler, kişisel verileri, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmekte olup, kişisel verilerin bireyin özel hayatının bir parçası olduğu konusunda bir görüş birliği bulunduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu bağlamda Türk hukukundaki düzenlemelerin de özel hayata saygı çerçevesinde hemfikir olması ilerleyen zamanlarda kişisel verileri konu alan düzenlemeler açısından umut vericidir ancak bu durum umut verici olsa da söz konusu verilerin özel hayatın gizliliği ilkesine dahil edilmesinin tek başına kişisel verilerin korunması bakımından yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır. Şahsi kanaatimiz, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği ilkesine indirgenmesi, sadece bu verilerin söz konusu ilkenin kapsamına dahil edilmesi ile yeterli olarak sağlanamayacağı, kişisel verilerin bağımsız bir değer olarak kabul edilmeleri ve korunmaları bakımından farklı, kendine has bir yöntem izlenmesi gerektiği yönündedir.¹³

II. UNUTULMA HAKKI

A. Unutulma Hakkının Tanımı ve Gündeme Gelmesi

Gazeteci ve Avrupa Komisyonu üyelerinden biri olan Viviane Reding, kişisel verilerin korunması ve unutulma hakkına yönelik önlem ve öneriler içeren kanun tasarısını sunarken yapmış olduğu açıklamada kişinin kendi kişisel verileri üzerindeki hakimiyet duygusunun güçlendirilmesinin gerekliliğini belirtmiş, kişi kendine ait bir veriyi paylaştığı zaman söz konusu veriye ne olacağını bilebilmesi ve kişinin istemediği verilerinin ortadan kaldırılmasını talep edebilme hakkının bulunması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴ Ayrıca Viviane Reding, AB Veri Koruma ve Mahremiyet Konferansında yapmış olduğu konuşmada unutulma hakkının önemini şu ifadelerle ortaya koymuştur:

“Tanrı affeder; ama internet asla! İşte unutulma hakkı bu yüzden benim için çok önemlidir”¹⁵

Günümüzde internetin herkes tarafından ulaşılabilir halde olması ve sosyal medya kullanıcılarının sayısının milyonlara ulaşması, kişilerdeki sosyal alan, sosyal ortam algısının boyutunu, çehresini değiştirmiştir. Bireyler sosyal

¹³ Akkurt, “Kişisel Veri” (n 2) 26.

¹⁴ Viviane Reding, “Making Europe the Standart Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age Innovation Conference Digital, Life, Design Munich” (*European Commission*, 22 January 2012) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26 (Date of Access: 22.04.2021)

¹⁵ Viviane Reding, “Why the EU Needs New Personal Data Protection Rules in the European Data Protection and Privacy Conference, Brussels”, (*European Commission*, 30 November 2010) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_700 (Date of Access: 22.04.2021)

ortamda, yüz yüze hiç görüşmedikleri kişilerle etkileşime girebilmekte, birbirlerinin özel hayatlarına tanık olabilmektedirler. Bu durum, kişinin verilerine başka özel kişilerin veya kamu kuruluşlarının kolayca ulaşabilmesine olanak sağlamaktadır. Kişi, daha önceden internette paylaşmış olduğu verileri silmek, başkalarının bu verilere erişmesini önlemek istese de söz konusu veriler silinene kadar geçen sürede başkaları tarafından kolaylıkla depolanabilmekte, farklı yerlerde paylaşılabilir. Dolayısıyla kişisel veriler tam anlamıyla sanal ortamdan kaldırılamamakta, kişi internetin hafızasının büyüklüğü, sınırsızlığı karşısında çaresiz kalabilmektedir.

Kişinin dijital hafıza karşısında korunabilmesi kapsamında ortaya atılan, GDPR'nin 17.maddesinde "*right to be erasure*" veya "*right to be forgotten*" şeklinde ifade edilen unutulma hakkı, kişinin kendisine ait kişisel verileri üzerinde hakimiyetini artırmaya yönelik bir hak olarak kabul edilmektedir. Unutulma hakkı, genel kabul gören tanımına göre, kişinin kendisine ait internetteki kişisel verilerinin ortadan kaldırılmasını talep edebilmesi hakkı şeklinde ifade edilmektedir.¹⁶ Tanımda unutulma hakkı, bir bakıma haklı olarak yalnızca internet üzerindeki veriler için uygun görülmüştür, hakkın ortaya çıkışında internetin bilgiye erişimi çok hızlı ve basit bir hale getirmiş olması, internette yer alan verilere çok sayıda kişinin kolayca ulaşabilir olması büyük bir rol oynamıştır. Her ne kadar internetin etkileri sonucunda bu hak ortaya çıkmış olsa da internet dışında, yazılı, görsel ve işitsel medya araçlarında da kişinin izni olmadan kişisel verilerine yer verilebilmesi mümkündür ve kişinin bu gibi durumlarda unutulma hakkının hiçbir şekilde bulunmadığını kabul etmenin hak kaybına yol açabileceğini düşünüyoruz. GDPR'nin 17. maddesindeki unutulma hakkına ilişkin düzenlemede, herhangi bir şekilde hakkın kapsamının internet ortamıyla sınırlı olduğuna dair bir ifade kullanılmamıştır. İlerleyen bölümlerde inceleyeceğimiz, 17.06.2015 tarihli, 2014/4-56 E, 2015/1679 K. sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Yazılı, görsel ve işitsel medya araçlarında unutulma hakkının nasıl kullanılabilirliği başka bir çalışmanın konusu olabilecek genişlikte ve tartışmalı bir konu olduğundan, burada detaylıca incelemeyi tercih etmiyoruz, ancak bu araçlarda

¹⁶ Emine Balta ve Güney Nair, "Bilgi İletişim Teknolojileri Kullanımında Sınırları Aşan Bir Sosyal Sorun Alanı Olarak Unutulma Hakkı", (2017) 41(2) Cumhuriyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi 113, 119. / Serdar Gülener, "Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", (2012) (102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 219, 226. / Yeşim Çelik, "Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı", (2017) (32) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 391, 400. / Aydın Akgül, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: 'Unutulma Hakkı' ve AB Adalet Divanı'nın 'Google Kararı'", (2015) (116) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 12, 16. / Muhammed Emin Karakaş, "Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması 'Unutulma Hakkı' ve Türk Hukukunda Görünümü", (2016) 3(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 262, 267.



unutulma hakkının hiçbir şekilde bulunmaması durumunun doğurabileceği muhtemel olumsuz durumlar olduğuna inanıyoruz. Bu konuyu ilerleyen bölümlerde, unutulma hakkının kapsamı başlığında daha detaylıca tartışacağız.

Günümüzde unutulma hakkı, GDPR'nin 17.maddesinde düzenlenmekte olup söz konusu düzenleme bu hakka dair en temel hükümlerden biri olma niteliğine sahiptir. Hakkın ortaya çıkış süreci incelenecek olursa, unutulma hakkına dair ilk yasal düzenleme çalışmaları 2010 yılında Fransa'da gerçekleştirilmiştir.¹⁷ Söz konusu kanun çalışmasında, telefon ve internet şirketlerine, müşterilerinin telefon görüşmelerinin ve maillerinin, uygun bir süre sonrasında veya ilgili kişinin talebi üzerine tamamen ortadan kaldırılması yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁸ Uluslararası alanda, 95/46/EC sayılı Direktif'in ilk metninde unutulma hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İlerleyen zamanlarda, söz konusu direktifte değişiklik yapılmasını öngören 25 Ocak 2012 tarihli önerinin "*Right to be Forgotten and Erasure (Unutulma ve Silinme Hakkı)*" başlıklı maddesinde unutulma hakkına yer verildiği görülmektedir. Bu madde hükmünde kişisel verilerin, uzun süredir toplandıkları amaç için kullanılmamaları halinde, veri sahibinin de bu yönde bir talebi olması sonucunda ortadan kaldırılmaları amaçlanmış, bu iki durum gerçekleştikten sonra verinin dolaşımında olmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ne var ki, bu değişiklik teklifi yürürlüğe girmeden, 2014 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) vermiş olduğu, C-131/12 sayılı Google İspanya kararı sayesinde unutulma hakkı hukuki bir zemin kazanmıştır. Taşındığı önem dolayısıyla, ABAD'ın söz konusu kararını detaylı olarak incelemeyi faydalı buluyoruz.

B. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-131/12 Sayılı Kararı

Veri gizliliği alanındaki mahkeme kararları kamuoyu üzerinde nadiren kalıcı izler bırakır ve herhangi bir alandaki Avrupa mahkemesi kararları Avrupa dışında nadiren yankı uyandırır.¹⁹ Burada inceleyeceğimiz Google İspanya kararı her iki husus için de istisna teşkil etmektedir.²⁰ Unutulma hakkının hukuki bir zemine kavuşmasına olanak tanıyan, bu hak ile ilgili olarak bir içtihatın oluşmasına ön ayak olan ve unutulma hakkı ile ilgili çalışmalarda önemli bir yer tutan karar, 2014 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen, C-131/12 sayılı Google İspanya kararıdır.²¹ Unutulma hakkının bir insan hakkı olarak

¹⁷ Ayşe Melek Turhan, *Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı*, 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 3.

¹⁸ Akgül (n 16) 24.

¹⁹ Lee A. Bygrave, "A Right to Be Forgotten?", (2015) 58(1) *Communications of the ACM*, 35-37. <https://m-cacm.acm.org/magazines/2015/1/181632-a-right-to-be-forgotten/fulltext?mobile=true> Access Date: 19.09.2021

²⁰ İbid 35-37.

²¹ *Gonzalez v. Google Spain (2014), C-131/12.*

kabul edilmesi sürecinde Google İspanya kararı bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir.²² Söz konusu karara konu olaylar şu şekilde gelişmiştir:

“1998 yılında, bir İspanyol gazetesi, borçların tahsili için yürütülen yargılamalar esnasında Costeja Gonzalez’e ait olan bir arazinin müzayedeye yolu ile satılmasına ilişkin bir ilan yayımlamıştır. Costeja Gonzalez borçlarını ödemiştir ve dolayısıyla, mülkü müzayedeye çıkarılmadan yargılamalar sona ermiştir. Ancak, başvuran 2010 yılında, Google arama motoru ile kendisinin adı kullanılarak yapılan internet araştırmaları sonuçlarının söz konusu gazete ilanıyla ilgili bağlantıları göstermeye devam ettiğini fark etmesinin ardından, İspanya Veri Koruma Kurumu’na (İVKK) gazete, Google İspanya ve Google A.Ş. hakkında bir şikâyette bulunmuş ve söz konusu bağlantıları gizlemelerini ya da kaldırmalarını talep etmiştir. İspanya Veri Koruma Kurumu, gazetenin bilgiyi kanunlara uygun şekilde yayınlamış olduğu gerekçesi ile gazeteyle ilgili şikâyeti reddetmiştir. Ancak, Google İspanya ve Google A.Ş. ile ilgili şikayetleri onaylamıştır. Google, Avrupa Birliği Adalet Divanı’ndan ön karar vermesi talebinde bulunan Audiencia Nacional önündeki yargılamalar sırasında bu karara itiraz etmiştir.”²³

ABAD, yaptığı incelemede, somut olayda veri işlenmesi faaliyetinin gerçekleştiğini, arama motorlarının da bu faaliyet kapsamında denetleyici olarak kabul edilmesi ve sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir.²⁴ Divan, kişinin başkası tarafından arama motoru üzerinde yayımlanan şahsi bilgilerine dair linklerin, kişinin adı ile arama sonuçlarında ilişkilendirilmemesinin ve yayımlanan bilgilerin belli bir süre sonra ortadan kaldırılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Kişinin, kendisine ait verilerin silinmesini talep edebileceği, unutulma hakkına sahip olduğu açıkça ortaya konulmuş ve bu hak özel hayatın gizliliği ve temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmiştir.²⁵ Divan, konu hakkında verdiği kararı; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın özel ve aile hayatına saygı, kişisel bilgilerin korunmasına ilişkin 7 ve 8. maddelerine, 95/46/EC sayılı Direktifin bireyin kişisel verileri üzerinde sahip olduğu hakları, veri dolaşımı ve işlenmesi ile ilgili 2. Maddesinin b ve d bentlerine, 4.maddesinin birinci fıkrasındaki a ve

²² Yaşar Salihpaşaoğlu ve Burcu Değirmencioğlu, “Unutulma Hakkının Bir ‘İnsan Hakkı’na Dönüşme Yolculuğu”, 24(2) (2020) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361, 371.

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, Sayı 174, Mayıs 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2014_05_174_TUR.pdf Erişim Tarihi: 17.09.2021

²⁴ *Gonzalez v. Google Spain (2014)*, C-131/12, Paragraf 28-33, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=28039> (Erişim Tarihi 18.09.2021)

²⁵ *Gonzalez v. Google Spain (2014)*, C-131/12, Paragraf 100, Alt Paragraf 4, Paragraf 81,91 ve 99.



c bentlerine, 12.maddesinin b bendine, 14.maddesinin birinci fıkrasındaki a bendine atıfta bulunarak vermiştir.²⁶

Kararda Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 7. ve 8. maddelerine ise, özel hayatın gizliliği ile bilgi edinme, haber alma hakkının çatışması kapsamında atıfta bulunulmuştur.²⁷ Buradaki olayda olduğu gibi, benzer birçok olayda da özel hayatın gizliliği ile bilgi edinme hakkının karşı karşıya geldiği görülmektedir. Bireylerin haber alma hakkının bulunduğu konusunda herhangi bir şüphe yoktur ancak haber konusu olay bazen başka bir kişinin özel hayatına ilişkin olabilir, bu tür durumlarda kişilerin sahip oldukları haklar arasında bir denge kurulması gerekecektir. Dengenin sağlanmasında somut olayın koşulları önemli bir yer tutmaktadır. Yargı kararlarında genel olarak topluma mal olduğu kabul edilen kişilerin özel hayatlarının daha dar yorumlandığı, ancak bu durumda olmayan kişiler için özel hayatın sınırlarının daha geniş tutulduğu görülmektedir. Karara konu olayda Divan, kişinin özel hayatının gizliliğinin, bilgi edinme ve haber alma hakkına karşı üstünlük sahibi olduğunu ifade ederek, arama sonuçlarındaki verilerin ortadan kaldırılması gerektiğini onaylamıştır.

ABAD'ın burada incelediğimiz kararı, birçok çalışmaya konu olmuş ve unutulma hakkının hukuki zemin kazanmasında önemli bir rol oynamıştır. Kararda unutulma hakkının açıkça kabul edilmiş, temel hak ve özgürlükler ile ilişkilendirilmiş, bu kapsamda değerlendirilmiş olması, kişisel verilerin korunması açısından önemli bir adımdır. Google İspanya kararından çıkarılması gereken birçok önemli sonuç bulunmaktadır. Unutulma hakkı ile bilgi edinme hakkının dengelenmesine ilişkin ifadeler, kararın unutulma hakkına yönelik sadece internet üzerindeki kişisel verilere yoğunlaşması, fiziksel ortamdaki verilere değinmemesi,²⁸ arama motorunun kontrolör ve yapmış olduğu faaliyetin veri işleme olarak kabul edilmesi,²⁹ doğru ve kanuna uygun olarak işlenen verilerin de zamanla 95/46/EC sayılı Direktif'e aykırı olabilecekleri, bu verilerin zamanla alakasız, yetersiz ve güncellikten uzak hale gelmeleri nedeniyle unutulma hakkı ile ortadan kaldırılmalarının talep edilebileceği³⁰ bu sonuçlardan bazıları olarak sıralanabilir.³¹ Söz konusu hususları, bir sonraki başlıkta, unutulma hakkının kapsamı adı altında daha detaylı olarak ele alacağız.

²⁶ *Gonzalez v. Google Spain (2014), C-131/12, Paragraf 100.* / Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın metni için bkz. https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf Erişim Tarihi: 17.09.2021 / 95/46/EC sayılı Direktif'in metni için bkz. <https://kisiselveri.com/9546ec-turkce> Erişim Tarihi: 17.09.2021

²⁷ *Gonzalez v. Google Spain (2014), C-131/12, Paragraf 100, Alt Paragraf 4.*

²⁸ M.Onur Sümer, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı", 2016, <https://tr.linkedin.com/pulse/yarg%C4%B1tay-hukuk-genel-kurulundan-unutulma-hakk%C4%B1-karar%C4%B1-m-onur-sumer> Erişim Tarihi: 18.09.2021)

²⁹ Tamer Soysal, "Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi", (2019) 7(13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 339, 383.

³⁰ *Gonzalez v. Google Spain (2014), C-131/12, Paragraf 89, 93 ve 94.*

³¹ *Gonzalez v. Google Spain (2014), C-131/12, Paragraf 81.*

C. Unutulma Hakkının Hukuki Kapsamı ve Sınırları

Unutulma hakkının içeriği düşünüldüğünde, kişisel veri kavramının kapsamının çok geniş olması nedeniyle, bu hakkın sınırlarının tam anlamıyla çizilmesinin zor, hatta imkânsız olduğu ileri sürülebilir. Biz bu başlık altında unutulma hakkı ile ilgili olarak önemli olduğunu düşündüğümüz bazı konuları detaylıca incelemeye çalışacağız. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Google İspanya kararında da üzerinde durulduğu üzere kanuna uygun olarak işlenen ve doğru olan kişisel veriler, zamanla güncelliklerini yitirebilir ve gerçeği aktarma bakımından alakasız, yetersiz bir hal alabilirler. Bu durumda unutulma hakkı, kişilere söz konusu verilerin ortadan kaldırılmasını, isimleriyle ilişkilendirilmemesini talep edebilme hakkı vermektedir. Unutulma hakkının kullanılabilmesi için hakka konu olan kişisel verilerin doğru olmasının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Hakka konu olan kişisel verilerin doğru olması gerektiğini savunan görüşlerin³² yanı sıra doğru olmayan, gerçeği yansıtmayan verilerin de unutulma hakkına konu olabileceğini savunan görüşler mevcuttur.³³

Günümüzde internetin yaygınlaşması ve veri dolaşım hızlarının büyük ölçüde artmış olması dolayısıyla başta özel hayatın gizliliği olmak üzere birçok temel hak ve özgürlük ciddi şekilde tehlike altındadır. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hususu ve bireyin kişisel verileri üzerindeki hakimiyetini artırmaya yönelik bir hak olan unutulma hakkı hukuki alanda önemli bir başlık haline gelmiştir. Kişisel verilerin korunması, 1982 Anayasasında düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden biri olup unutulma hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı birbirleriyle bağlantılıdır. Her iki hak da kişilerin onurlu bir yaşam sürmesi, kişiliklerini serbestçe geliştirebilmeleri açısından temelde aynı değerlere yöneliktir.³⁴ Dolayısıyla unutulma hakkının, kişisel verilerin korunmasından ayrı düşünülebilmesi pek de mümkün görünmemektedir.³⁵

Unutulma hakkı ile ilgili olarak tartışılması gerektiğine inandığımız konulardan birisi, günümüz haberleşme teknolojilerinin çok hızlı ilerlemesi karşısında unutulma hakkının kişisel verilerin korunması bakımından yeterli olup olmayacağı hususudur. Burada hakkın içeriğine yönelik bir değerlendirme yapmanın mantıklı olacağı kanısındayız. Unutulma hakkı, her ne kadar kişiye ait verilerin internetten kaldırılmasını talep edebilme hakkı olarak ifade edilse

³² Eren Sözüer, *Unutulma Hakkı-İnsan Hakları Perspektifinden Bir İnceleme* (1.Basım, On İki Levha Yayıncılık 2017) 8 ve 44. Aktaran: Çiğdem Yılmaz, *Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı*, 2019, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 5.

³³ Çiğdem Yılmaz, *Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı*, 2019, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 5.

³⁴ Hasan Elmalıca, "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı", (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1603, 1608.

³⁵ İbid 1608.



de bu hakka yönelik taleplerde çoğu zaman söz konusu verinin internetten tam anlamıyla kaldırılmadığı, sadece veri sahibinin adının söz konusu veri ile ilişkilendirilmesinin sonlandırıldığı görülmektedir.³⁶ İnternetteki verinin başkaları tarafından kolaylıkla erişilebilir ve depolanabilir, kopyalanabilir olduğu düşünüldüğünde, unutulma hakkı kapsamında dahi olsa bir verinin tam anlamıyla internetten tamamen kaldırılması mümkün görünmemektedir.³⁷ Bu bağlamda unutulma hakkı, kişinin adı ile internette ulaşılabilen arama sonuçları arasındaki ilişkilendirilmeyi sonlandırabilme olarak değerlendirilmelidir ve bu yönde istenilen sonucu elde edebilmek daha mümkün görünmektedir.³⁸ Ayrıca unutulma hakkı ile bilgi edinme ve bilim özgürlüklerinin karşı karşıya geldiği durumlarda haklar arasında bir denge sağlayabilmek açısından da kişisel verilerin tamamen silinmesi yerine bireyin adıyla ilişkilendirilmesinin sona erdirilmesi daha uygun olacaktır. Buradan yapılabilecek çıkarım, internetteki veri dolaşımı hızının günümüzde ulaştığı seviye dolayısıyla unutulma hakkı ile tam bir koruma sağlamanın mümkün görünmediği, bu bağlamda daha etkili bir koruma sağlayabilmek için kişisel verilerin bireyin adıyla ilişkilendirilmemesi yoluna başvurulabileceği yönündedir.

Unutulma hakkı doğrudan veya dolaylı olarak birçok farklı temel hak ve özgürlük ile ilişki içerisinde bulunmaktadır. Bu haklara örnek olarak haberleşme özgürlüğü, itibarın korunması, özel hayatın gizliliği, kişinin maddi, manevi varlığını geliştirebilmesi, ifade özgürlüğü, düşünceyi açıklamaya zorlanamama verilebilir. Burada her bir hakkın unutulma hakkı ile olan ilişkisini incelemek beyhude bir çaba olacağı için bunun yerine unutulma hakkının aşırıya kaçan uygulamalarından önemli derecede etkilenme ihtimali bulunduğu inandığımız ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı ile unutulma hakkının ilişkisini ele almaya çalışacağız. Günümüzde kişisel verilerin geldiği konum nedeniyle unutulma hakkı önemli bir yere sahip olsa da bu hakkın mutlak bir hak olmadığı, belirli sınırlarının, uygulanamayacağı hallerin bulunduğu aşikardır. Bu durumun bilgi edinme ve ifade özgürlüğü haklarında asıl olarak kendini gösterdiğini ileri sürebiliriz. GDPR'nin unutulma hakkı başlıklı 17. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde de ifade ve bilgi edinme haklarının unutulma hakkıyla ilişkisi şu şekilde ifade edilmektedir:

“... ”

(3) 1. ve 2. paragraflardaki işleme faaliyeti aşağıdaki amaçlar doğrultusunda gerekli olduğu ölçüde uygulanmaz:

(a) ifade ve bilgi edinme hakkının kullanılması”³⁹

³⁶ Seray Nalbantoğlu, “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, (2018) (34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 583, 601.

³⁷ İbid 601.

³⁸ İbid 601.

³⁹ GDPR'nin metni için bkz. <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/up->

Bilgi edinme hakkı ve ifade özgürlüğü ile unutulma hakkı birçok yargı kararında karşı karşıya gelmiştir. Burada madalyonun iki yüzünün bulunduğundan söz edilebilir, bir tarafta bilgiye ulaşmak isteyen kişi, diğer tarafta da bilginin konusu olan, bilginin özel yaşantısına dokunduğu ve unutulmayı, bilgiyle adının ilişkilendirilmesinin sona erdirilmesini talep eden kişi vardır. Bilgi edinme hakkı ile unutulma hakkı karşı karşıya geldiğinde, unutulma hakkını talep eden kişinin şahsi menfaati ile, kamunun, toplumun haber almaya yönelik bu menfaati çakışmaktadır.⁴⁰ Bu durumda, hangi menfaatin diğerine üstün tutulacağı ancak somut olayın dinamiklerine göre değerlendirilebilir. Genel olarak yargı içtihatlarının topluma mal olmuş kişilerin özel hayatlarını, diğer kişilere göre dar yorumlamak yönünde olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Keza olayda kamuyu ilgilendiren, bilinmesinde kamu yararının mevcut olduğu bir durum varsa bilgi edinme hakkının unutulma hakkına üstün tutulması söz konusu olacaktır. Unutulma hakkı ile ifade özgürlüğünün dengelenmesinde verinin veya bilginin dijital ortama aktarıldığı zaman, bilginin haber değeri ve arşiv değeri önemli yere sahip ölçütler olarak değerlendirilmektedir.⁴¹

Unutulma hakkının kapsamına ilişkin olarak tartışmak istediğimiz bir diğer konu ise bu hakkın basılı medya araçları üzerindeki durumuna yöneliktir. Unutulma hakkının gündeme gelmesinde internetin asıl pay sahibi olduğu aşikardır. Sanal ortama aktarılan bir verinin saniyeler içerisinde birçok insan tarafından kolayca ulaşılabilir olması, bireylerin kendi kişisel verileri üzerindeki hakimiyetini tehlikeye sokması ile birlikte kişisel verilerin korunmasına yönelik endişeler artmış, bu durum unutulma hakkının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu bağlamdaki endişelerin haksız olduğu söylenemez, günümüzde verilerin dolaşımı ve saklanabilmesinin çok hızlı ve basit bir hal alması, internete yüklenen bir verinin tamamen ortadan kaldırılamaması halleri kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği haklarının kolayca ihlal edilebilmesine neden olmuş, bireylerin yaşantısına geri alınamaz zararlar verebilme potansiyeline ulaşmıştır.

Üzerinde durmak istediğimiz konu, unutulma hakkının kapsamının neden sadece internet ile sınırlandırıldığına yöneliktir. Unutulma hakkının ortaya çıkışında internetin oynadığı ana rolü kabul etmekle beraber, bu hakkın neden basılı, fiziksel medya araçlarında uygulanamayacağını anlayabilmiş değiliz. Kişisel verilere basılı medya araçlarında yer verilebilmesi, bu araçlar dolayısıyla

loads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%-C4%9F%C4%B1.pdf Erişim Tarihi: 18.09.2021

⁴⁰ Ayşenur Ocak, “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, (2018) (33) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 507, 520.

⁴¹ Gökhan Tok, İnternette Unutulma Hakkı, 2020, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 113-121.



kişilik haklarının ihlal edilebileceği bir gerçektir. Ayrıca unutulma hakkının basılı medya araçlarında yahut görsel ve işitsel medyada uygulanmayacağını öngören bir hukuk kuralı da bulunmamaktadır. Unutulma hakkının tanımını incelerken de belirttiğimiz gibi, GDPR'nin 17.maddesi, unutulma hakkının yalnızca internette yer alan kişisel verileri içerdiğine dair kesin bir hüküm içermemektedir. Google İspanya kararında ise, konunun içeriği itibarıyla Divan, internetteki arama sonuçları ve arama motorlarına yönelik veri korumasını ele almış, ancak fiziksel medya araçları için unutulma hakkına yönelik bir değerlendirmede bulunmamıştır. Dolayısıyla ABAD'ın Google İspanya kararı fiziksel ortamdaki kişisel veriler açısından bir bağlayıcılık taşımamaktadır.⁴²

Unutulma hakkının ortaya çıkışında internetin kişisel verilere birçok kişinin kolayca ulaşabilmesine olanak tanımış olması önemli bir yer tutmakla beraber internetteki veri dolaşımı kadar hızlı olmasa da birçok farklı kütüphanede kopyaları bulunan, ülke genelinde hatta uluslararası olarak satışa çıkan kitap veya dergilerde, tirajı yüksek gazetelerde yer alan verilere de toplumun kolayca ulaşabilmesi mümkündür. Bu durumda da kişinin kendisine ait kişisel verileri kolayca başkaları tarafından erişilebilir hale gelecek ve veri sahibinin özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Burada belirtildiği şekilde gerçekleşen bir özel hayatın gizliliğinin ihlali durumunun, internette gerçekleşen örneğinden hakkın ihlali bakımından bir farkı olduğunu söyleyebilmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Bütün bu ifadelerimizin yanı sıra, unutulma hakkının fiziksel medya araçlarında uygulanabilir olmasının uygulamada çeşitli zorluklar meydana getirebileceği, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkını ciddi derecede kısıtlayabileceği de göz ardı edilmemelidir. Uygulamadaki muhtemel zorluklara örnek verilecek olursa, birkaç yıl önce satışı durdurulan bir kitapta kişisel verileri yer alan kişi, kişilik hakkının ihlaline ilişkin bir dava açıp haklı bulunursa, halihazırda satışı gerçekleştirilen kitaplar ile ilgili olarak nasıl bir yol izlenmesi gerekeceği tartışmalıdır. Kitabın satılan kopyalarının, önceden kitabı satın alan kişilerin ellerinden toplatılması gibi bir durum hiçbir şekilde hukuk devleti ilkesine uygun olmayacaktır.

Unutulma hakkı özünde diğer temel haklarla çatışmaktadır. Kanımızca bu haklar arasında unutulma hakkının hukuki sınırlarının dışına çıkabilecek uygulamalardan en çok etkilenenler ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve bilgi edinme hakkıdır. Bu kapsamda, unutulma hakkının kapsamının aşırı geniş tutulması ile hak sahibinin bu hakkını sınırlarının dışına çıkararak, aşırıya kaçacak şekilde kullanması, toplumdaki diğer bireylerin ifade ve bilgi edinme hakları başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğün ciddi derecede kısıtlanması yönünde endişe vericidir.⁴³ Ülkemizde unutulma hakkı ile ilgili

⁴² Çelik (n 16) 403.

⁴³ Sinan Sami Akkurt, "17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk

olarak henüz açık bir yasal düzenleme söz konusu değildir. Söz konusu düzenleme yapıldığında, unutulma hakkı için de sınırlar doğru ve uygun biçimde belirlenmeli, bu hakkın ifade ve bilgi edinme hakları başta olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasını engellemeyecek şekilde var olması sağlanmalıdır.⁴⁴

D. Türkiye’de Unutulma Hakkı

1. Mevcut Durum ve ABAD Kararının Hukukumuzda Etkisi

Türkiye’de unutulma hakkı başlığı altında önce ABAD’ın Google İspanya kararının ülkemize etkisini, Türk hukukunda bağlayıcılığını ele alacağız, ardından ülkemizdeki unutulma hakkına ilişkin yasal düzenlemeleri ve gelişmeleri inceleyeceğiz. Son olarak da yargı organlarının ve Kişisel Verileri Koruma Kurulunun unutulma hakkına bakış açılarını kavrayabilmek için çeşitli kararlarını inceleyeceğiz.

Önceki başlıklarda belirttiğimiz üzere ABAD, Google İspanya kararında 95/46/EC sayılı Direktif’in veri dolaşımı, paylaşılması ve bireyin kendi verileri üzerinde hakimiyetine dair maddelerine atıflarda bulunarak karar vermiştir. Söz konusu kararın Direktif’e atıfta bulunularak, Avrupa Birliği’ne (AB) üye devletleri sorumlular şeklinde belirleyerek verilmiş olması sebebiyle birliğe üye olmayan Türkiye açısından Google İspanya kararının herhangi bir bağlayıcılığının bulunduğunu söyleyebilmemiz mümkün değildir.⁴⁵ Ancak bu durum Google İspanya kararının Türk hukukuna hiçbir şekilde etkide bulunamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Karar metninde atıflarda bulunan maddelerde korunmaya çalışılan değerler, hakkın özü ve kullanımına dair Divan’ın yorumları göz önünde bulundurularak ülkemizde hukuki çalışmalar yapılması, hakkın özüne ve amacına uygun yasal düzenlemelerde bulunulması açısından önem taşımaktadır.

Unutulma hakkı bağlamında Türk hukuku ele alındığında, yasal düzenlemeler bakımından hukukumuzun olması gerekenden uzak bir görüntü çizdiği aşikardır. Anayasamızda veya kanunlarda unutulma hakkı açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, bazı düzenlemelerde içerik olarak unutulma hakkına benzer durumların mevcut olduğu söylenebilir. 1982 Anayasası incelendiğinde, “*Özel Hayatın Gizliliği*” başlıklı 20.maddenin üçüncü fıkrasında, bireylere kişisel verilerin korunması hakkı tanınmış ve kişinin kendi verileri üzerinde sahip olduğu haklar sıralanmıştır. Madde metni incelendiğinde, tanınan haklardan birisi de kişinin, verilerinin “silinmesini”

Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2605, 2628.

⁴⁴ İbid 2628.

⁴⁵ Elmalica, (n 34) 1622.



talep edebilme hakkıdır. Burada açıkça unutulma hakkı belirtilmemiş olsa dahi, içerik itibariyle unutulma hakkının, kişinin kendisine ait verilerin silinmesini talep edebilme hakkı olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Anayasamız, 20/3.maddede söz konusu hakları tanımış, bu haklara ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğini ifade etmiştir.

Hukukumuzda unutulma hakkına dair önemli bir eksiklik bu noktada gün yüzüne çıkmaktadır. 2016 yılında Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda unutulma hakkına dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Kişisel verilerin korunması alanında başlı başına bir kanun düzenlenerek korumanın sınırlarının genişletilmesi her ne kadar umut verici olsa da bu derece önemli bir kanunda unutulma hakkına açıkça yer verilmemiş, bu hakkın ne koşullarda kullanılabilmesine, ilgili başvuruların nerelere yapılabileceğine, başvuru sürecinin yargısal mı yoksa şikayet usulüyle mi ilerleyeceğine dair herhangi bir düzenleme yapılmamış olması, Anayasada kişisel verilerin korunmasına dair usul ve esasların kanunlarla düzenleneceği belirtilmişken, 6698 sayılı kanunda sadece 7.maddede kişisel verilerin silinebileceğinin tekrarlanmış olması, bu hakkın kullanılabilmesi açısından büyük bir eksiklik teşkil ettirmektedir. Kanun koyucu, sadece bireylere bu hakkı tanıyarak geri çekilmiş, hakkın uygulanabilmesi için gerekli düzenlemeleri her nedense yapmamıştır.

Türk hukukunda unutulma hakkına dair açık bir düzenleme yer almasa da yargı makamlarının önüne unutulma hakkına yönelik çeşitli davalar gelmiştir. Burada unutulma hakkı, hukukumuzda kanunlarla düzenlenerek girmek yerine, yargı içtihatlarıyla dahil olmuş, kanunlarda herhangi bir şekilde tanımı bulunmayan, düzenlenmeyen bir kavram yargı kararına esas teşkil etmiştir, bu durum kanunilik ilkesine açıkça aykırı olup hukukumuz açısından endişe vericidir.⁴⁶ Hukukumuzun unutulma hakkına bakış açısını daha iyi kavrayabilmek adına bu hakka dair çeşitli yargı makamlarının ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun kararlarını bir sonraki başlıkta detaylıca ele alacağız. Ancak bu bölümü tamamlamadan önce, yakın tarihte hukukumuzda unutulma hakkına yönelik bir gelişmeden de söz etmek istiyoruz.

31 Temmuz 2020 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7253 sayılı “*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile, 5651 sayılı “*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*” metninin 9.maddesine eklenen 10.fıkra hükmü, açıkça unutulma hakkını zikretmese de içerik olarak bu hakka benzer bir durumu ifade etmektedir. Söz konusu fıkra hükmü şu şekildedir:

⁴⁶ İbid 1629.

“... ”

(10) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir.”⁴⁷

İlk bakışta olumlu bir gelişme olarak görülebilen yukarıdaki kanun hükmü, içerdiği genel ve belirsiz ifadeler nedeniyle unutulma hakkının amaçladığı korumayı sağlamaya elverişsizdir. Öncelikle “internette yapılan herhangi bir yayın” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. “5651 sayılı kanunun tanımları içeren 2.maddesinde yayın kelimesi “İnternet ortamında yapılan yayın”, internet ortamında yapılan yayın kelimesi ise “İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler”⁴⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Buradaki tanımlar, internette yapılan yayın kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda net bir ifade içermemektedir. Yayın kavramından sadece haberler mi anlaşılmalıdır yoksa yayımlanan videolar, görseller, ses kayıtları da yayın olarak kabul edilmeli midir? Kanun metni internet ortamında yer alan her türlü yayını kapsayıcı nitelikte görünmekle beraber bu soruların cevabı kanun metninde verilmemiş, net ifadelerle bir sınırlandırma yapılmamıştır.

İkinci bir eksiklik olarak da kanun koyucu, söz konusu kanun metninde kişilere unutulma hakkına benzer bir hak tanımış olmasına rağmen bu hakkın nasıl kullanılacağını, nereye, hangi sürelerde başvurulması gerektiğini ifade etmeyerek hakkın kullanılması konusunda bir boşluk oluşmasına neden olmuştur. Hukuk düzenimizde unutulma hakkının bireylere tanınması önemli bir konu olsa ve incelemiş olduğumuz hükümler en azından içerik olarak bu durumu karşılarsa dahi, hakkın kullanım usulü hakkında yeterli düzenlemelerde bulunmadığı sürece uygulamada hakkın kullanılamaması durumu kaçınılmaz bir gerçekliktir. Şahsi kanaatimiz, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda, unutulma hakkı başlığıyla, hakkın tanımını ve kullanım usullerini içeren ve akıllarda soru işareti bırakmayacak bir düzenleme yapılmasının en doğrusu olacağı yönündedir.

2. Yargıtay Kararları

a. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.06.2015 tarihli kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun burada inceleyeceğimiz kararı, hem hukukumuzda unutulma hakkına yönelik ilk karar olması sebebiyle hem de

⁴⁷ 7253 sayılı kanun metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm> Erişim Tarihi: 18.09.2021

⁴⁸ 5651 sayılı kanun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?Mevzuat-No=5651&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 18.09.2021



mahkemenin unutulma hakkının kapsamına yönelik farklı yorumları nedeniyle önem arz etmektedir.

Karara konu olaylar özetlenecek olursa, davacının cinsel tacize uğraması nedeniyle şikayetçi olduğu davada mahkeme kararı, bir süre sonra davalılar tarafından olaydaki kişilerin isimleri açıkça belirtilerek ve olaylar açık bir şekilde aktarılarak hukuki bir eserde yayımlanmıştır.⁴⁹ Davacı da bunun üzerine kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi, kitapta davacının ismine açık bir şekilde yer verilmesinin davacıyı içine düşürdüğü durumu da göz önünde bulundurarak kişilik haklarının ihlal edildiğine kanaat getirmiş ve manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne hükmetmiştir.⁵⁰ Kısmen kabul kararının temyizi üzerine Yargıtay 4.hukuk dairesi, bilimsel bilginin öneminden bahsetmiş, bilimsel bilgiyi meydana getiren araştırmacının bir bilimsel özgürlüğe sahip olması gerektiğini belirterek söz konusu hukuki eseri bilimsel nitelikli bir çalışma olarak kabul etmiş ve eserde davacının isminin açıkça verilmiş olmasından davalıların sorumlu tutmamış, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur.⁵¹ İlk derece mahkemesinin yeniden yargılama sonucu kararında direnmesi üzerine dava Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, somut olayda davacının hukuki eserde yayımlanmış olan isminin kişisel veri olduğunu kabul etmiş, özel hayatın gizliliği ile bilim özgürlüğünün karşı karşıya geldiğini belirtmiştir.⁵² Hukuk Genel Kurulu ayrıca unutulma hakkı ile özel hayatın gizliliğinin ilişkisini ele almış, özel hayatın gizliliğinin kişilere unutulma hakkının tanınması ile sağlanabileceğini ifade etmiştir.⁵³ Kararda unutulma hakkı, "üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı"⁵⁴ olarak tanımlanmıştır. Ayrıca unutulma hakkı her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş olsa da hakkın insan haklarıyla ilişkisi ve özellikleri düşünüldüğünde, unutulma hakkının herkesin rahatça erişebileceği yerlerdeki kişisel verilere yönelik olarak da uygulanabilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁵

⁴⁹ Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.06.2015. Karar metni için bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-4-56.htm> Erişim Tarihi 19.09.2021

⁵⁰ İzmir 3.Asliye Mahkemesi, 2010/399 E, 2011/172 K, 11.04.2011. /Akgül (n 16) 33. /Ocak (n 40) 516-517.

⁵¹ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 2011/7193 E, 2012/16450 K, 08.11.2012. /Akgül (n 16) 33. /Ocak (n 40) 517.

⁵² Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.06.2015. /Ocak (n 40) 516-517.

⁵³ Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.06.2015

⁵⁴ Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.06.2015

⁵⁵ Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.06.2015

İncelemiş olduğumuz karar, hukukumuzun unutulma hakkı ile tanışmasına vesile olmuştur. Türk hukukunda herhangi bir yasal düzenlemeyesi bulunmayan unutulma hakkı, buradaki Yargıtay kararına esas teşkil etmiş ve mahkeme unutulma hakkına yönelik bir tanımlamada bulunmuştur. Unutulma hakkının tanımına ve sınırlarına yönelik herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı halde bir yargı kararına temel teşkil etmesi, hukukumuzda yargı içtihatlarıyla dahil edilmiş olması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁵⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı, unutulma hakkının kapsamına yönelik yorumları açısından da büyük bir öneme sahiptir. Mahkeme, kararda unutulma hakkını dijital veriler için tanımlamış, fiziksel ortamdaki verilere değinmemiş olsa da olayı değerlendirirken kitapta yayımlanan davacının ismini kişisel veri olarak kabul etmiş ve unutulma hakkının fiziksel ortamdaki veriler için de uygulanabileceği yönünde karar vermiştir.⁵⁷ Unutulma hakkının ortaya çıkışında internetin yaygınlaşmasının ve teknolojik gelişmelerin kilit bir rol oynadığı aşıkardır. Bu bağlamda unutulma hakkının öneminin internetteki veri dolaşımının hızından kaynaklandığını ileri süren ve söz konusu Yargıtay kararının unutulma hakkının ortaya çıkışındaki internet faktörünü yok saydığını, anlamsızlaştırdığını ileri süren görüşler mevcuttur.⁵⁸

Unutulma hakkının kullanılmasıyla kişisel veriler ortadan kaldırılmamakta, bireyin ismi ile söz konusu kişisel verilerin ilişkilendirilmesi sona ermektedir, bu sebeple aynı kişisel verilere farklı aramalar sonucunda ulaşabilmek mümkündür.⁵⁹ Bu durum unutulma hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin korunması kapsamında ele alınmakta, kişisel verinin tamamen ortadan kaldırılmasının bilgi edinme hakkını ihlal edeceği ifade edilmektedir.⁶⁰ Yargıtay'ın buradaki kararı, davacının isminin kaynaktan çıkarılması yönünde olduğundan söz konusu kararın özel hayatın gizliliği ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi özel hayatın gizliliği ağır basacak şekilde değiştirdiği yönünde eleştiriler ileri sürülmektedir.⁶¹

Önceki bölümlerde, unutulma hakkının kapsamına yönelik yaptığımız incelemede de belirttiğimiz üzere, hakkın kapsamının kanunilik ilkesine aykırı⁶² bir biçimde yargı kararıyla genişletiliyor olması endişe verici olsa da unutulma hakkının fiziksel ortamdaki kişisel verilere uygulanabilirliği bakımından Yargıtay'ın bu

⁵⁶ Elmalica (n 34) 1629.

⁵⁷ Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.06.2015

⁵⁸ Ocak (n 40) 518.

⁵⁹ İbid 518.

⁶⁰ İbid 518. / Simon Wechsler, "The Right to Remember: The European Convention on Human Rights and the Right to be Forgotten", (2015) 49(1) Columbia Journal of Law and Social Problems 135, 164.

⁶¹ Ocak (n 40) 518.

⁶² Elmalica (n 34) 1629.



kararıyla hemfikir olduğumuzu belirtmek isteriz, unutulma hakkının fiziksel medya araçlarında uygulanamaması için bir neden bulunmamaktadır. Bu konuda Akgül, unutulma hakkı tanımlanırken kişinin dijital hafızada yer alan verilerini silme hakkı olarak kabul edilse de bu hakkın taşıdığı özellikler ve insan haklarıyla ilişkisi bir arada ele alındığında, unutulma hakkının herkesin kolayca ulaşabileceği alanlarda bulunan kişisel verilere de uygulanabilir olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁶³ Söz konusu görüşe katılıyoruz, unutulma hakkının herkesin kolayca ulaşabileceği yerlerde bulunan kişisel veriler için de uygulanabilmesi, kişisel verilerin korunması açısından önem arz etmektedir. Bireyin kişisel verilerinin ve özel hayatının gizliliğinin fiziksel medya yoluyla ihlal edilebilmesi mümkündür ve bu yolla gerçekleşen hak ihlalinin, verilerin daha fazla kişi tarafından kolayca ulaşılabilir olma ihtimali bulursa da internet yoluyla meydana gelen hak ihlalden daha az korunmaya değer olmadığını düşünüyoruz.

b. Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 10.12.2018 tarihli kararı

Ulusal bir gazetenin internet arşivinde yer alan haberde, polis operasyonu kapsamında başvuruçunun da içlerinde bulunduğu kişilerin gözaltına alındığı, ismi açıkça belirtilen başvuruçunun çete kurucusu ile karanlık ilişkileri olduğu ve “çetenin kasası” olduğu ifadelerine yer verilmiştir.⁶⁴ Başvuruçunun, haberde iddia edilen çete ile bir bağlantısı bulunmaması ve hakkında açılan dava sonucunda İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2015/91 E. 2016/314 K. Sayılı kararıyla beraat hükmü verilmesine rağmen söz konusu haberin halen internet arşivinde yer alması nedeniyle gazeteye ihtarname göndermiş ancak haber yayından kaldırılmamıştır.⁶⁵ İhtarnameye rağmen haber yayından kaldırılmayınca başvuruçunun dava açmış, Sulh Ceza Hakimliği talebi reddetmiş, söz konusu haberin kişilik haklarına ihlal teşkil etmediğini ifade etmiştir. Sulh Ceza Hakimliği'nin kararına itirazı reddedilen başvuruçunun, konuyu Yargıtay'a taşımıştır.⁶⁶

Yargıtay 19. Ceza dairesi, başvuruya konu olan haberin yayımlandığı dönemde eleştiri veya yorum içermeden yayımlanmış olması dolayısıyla kişilik haklarına herhangi bir saldırı teşkil etmediğini, ancak haberin üzerinden dokuz yıl geçtiğini ve güncellik niteliğinin ortadan kalktığını dolayısıyla haberin yayımlandığı tarihte doğru olmasının artık bir öneminin kalmadığını belirtmiştir.⁶⁷ Yargılamanın sona ermesi ve kararın kesinleşmesi sonucunda habere konu olan ve başvuruçunun için haksızlık teşkil eden durumun toplam

⁶³ Akgül (n 16) 34.

⁶⁴ Yargıtay 19.Ceza Dairesi, 2018/7735 E, 2018/13080 K, 10.12.2018, karar metni için bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/19cd-2018-7735.htm> Erişim Tarihi: 23.09.2021

⁶⁵ Yargıtay 19.Ceza Dairesi, 2018/7735 E, 2018/13080 K, 10.12.2018.

⁶⁶ Yargıtay 19.Ceza Dairesi, 2018/7735 E, 2018/13080 K, 10.12.2018.

⁶⁷ Yargıtay 19.Ceza Dairesi, 2018/7735 E, 2018/13080 K, 10.12.2018.

tarafından bilinmesinin, geçmişte doğruluk payı varmış gibi ifşa edilmesi anlamına geleceği, söz konusu haberin kolayca erişilebilir olmasının toplumda yanlış anlaşılmalara yol açabileceği, haberde başvuru kişinin isminin açıkça yazması ve çete, örgüt gibi kelimelerin yanında anılmasının kişilik haklarını ihlal ettiği ifade edilmiştir.⁶⁸ Sonuç olarak söz konusu habere erişimin engellenmesi kararı verilmiştir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararları

a. N.B.B Başvurusu

Anayasa Mahkemesi'nin N.B.B başvurusunda vermiş olduğu karar, mahkemenin unutulma hakkına dair ilk kararı ve kimilerine göre unutulma hakkının kabul edildiği temel içtihat olma niteliğini taşımaktadır.⁶⁹ Karara konu olayda, başvuru, ulusal bir gazetenin internet arşivinde yer alan, uyuşturucu kullandığı için adli para cezasına hükmedilmesine yönelik 1998 ve 1999 yıllarına ait üç adet haberin kaldırılmasına yönelik olarak gazeteye başvurmuş ancak söz konusu haberler kaldırılmamıştır.⁷⁰ Bunun üzerine başvuru ilgili haberlerin kaldırılması için Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, söz konusu haberlerin güncel olmaması ve gündemde kalmalarında kamu yararı bulunmaması nedenleriyle talebi kabul etmiştir.⁷¹ Sulh Ceza Mahkemesinin kararına itiraz edilmesinin ardından itirazı inceleyen Asliye Ceza Mahkemesi ise söz konusu haberlerin başvuru kişinin şeref ve haysiyetini ihlal etmediği, başvuru kişinin kişilik haklarına saldırıda bulunulmadığı gerekçesiyle itirazı kabul etmiştir. İtirazın kabulü sonrasında başvuru, bireysel başvuruda bulunarak olayı Anayasa Mahkemesine taşımıştır.⁷²

Anayasa Mahkemesi, söz konusu haberlerin halen yayında bulunması dolayısıyla müdahalede bulunulan şeref ve itibar hakkı ile haberlerin yayından kaldırılması halinde müdahale edilecek basın, bilgi edinme ve ifade özgürlükleri arasında denge kurulması gerektiğini belirtmiştir.⁷³ Mahkeme unutulma hakkından söz etmiş, bu hakkın amacının “İnternet'in yaygınlaşması ve sağladığı imkânlar nedeniyle ifade ve basın özgürlükleri ile kişilerin manevi varlığının geliştirilmesi hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak”⁷⁴ olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, halihazırda internet arşivinde

⁶⁸ Yargıtay 19.Ceza Dairesi, 2018/7735 E, 2018/13080 K, 10.12.2018.

⁶⁹ Tuba Yıldız, Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, 222.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 10. Karar metni için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5653?BasvuruAdi=N.B.B>. Erişim Tarihi: 19.09.2021

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 12.

⁷² Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 13-15.

⁷³ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 69.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 70.



kolayca ulaşılabilir durumdaki haberlerin basın özgürlüğünün ihlal edilmemesi için tamamen silinmeden çözüm bulunabileceğini ortaya koymuştur.⁷⁵ Kararda unutulma hakkını uygulamak için farklı yöntemler ileri sürülmüş, haberler ile kişiyi ilişkilendiren kişisel verilerin silinebileceği, haberin anonim hale getirilebileceği, haber içeriğinin bir kısmına erişim engeli getirilebileceği ifade edilmiştir.⁷⁶ Aynı zamanda mahkeme, söz konusu haberlerin on dört yıl önceki olaya ilişkin olması sebebiyle güncelliklerini yitirdikleri ve bu haberlere kolayca ulaşılabilir olmasının herhangi bir bilimsel veya tarihi amaçla zorunlu tutulamayacağı, haberlerin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve başvurucunun şeref ve itibarını koruma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁷

Unutulma hakkının kapsamı başlığı altında da belirttiğimiz üzere, unutulma hakkı, sahip olduğu özellikler ve internetin yaygınlaşması sonucu ön plana çıkan kişisel verilerin korunması hususu dolayısıyla başta özel hayatın gizliliği olmak üzere birçok farklı anayasal hak ile ilişki içerisindedir. 1982 Anayasasının 17.maddesinde yer alan kişinin itibarının korunması hakkı da hiç şüphesiz unutulma hakkı ile bağlantılıdır. Kişinin dijital ortamda paylaşılan verileri ile itibarının zedelenmesi mümkün olduğundan Anayasa Mahkemesinin buradaki bireysel başvuru kararının söz konusu hakların bağlantısına içtihadı bir temel sağlaması olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir.

b. C.K. Başvurusu

Mankenlik ajansı sahibi olan ve kamuoyunda tanınmış bir kişi olan başvurucunun ajansına bağlı olarak çalışan, 2001 yılı Türkiye Yüz Güzeli seçilmiş olan bir manken, 2004 yılında aşırı dozda uyuşturucudan hayatını kaybetmiştir.⁷⁸ Türkiye Yüz Güzeli seçilmesinin ardından tanınmışlığı artan mankenin ölümü ülke gündeminde birçok habere konu olmuş, haberlerde mankenin ölümüne dair olayların gelişimi ile ilgili birçok detay paylaşılmış, haberlerin birinde başvurucunun ismi açıkça verilmiş ve yıllar önce ölen eşinin de aşırı dozda uyuşturucudan öldüğü aktarılmıştır.⁷⁹ Başvurucu olaylarla ilgisi bulunmadığı halde ismini arama motorlarına yazdığına hem ölen eşi hem de ölen manken ile ilgili haberlerle karşılaşması üzerine şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek dava açmış, Sulh Ceza Hakimliği de söz konusu haberlerin başvurucunun kişilik haklarını ihlal etmediği, başvurucunun

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 71.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 50, 52. / Elif Sinem Kabadayı, Dijital Çağda Hissedilen Unutulma İhtiyacı ve Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Yeni Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, 241.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 3.3.2016, Paragraf 73, 74, 75.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, 2014/19685, 15.3.2018, Paragraf 8,9.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 2014/19685, 15.3.2018, Paragraf 10,11.

talebinin kabul edilmesi halinde haber alma hürriyetinin kısıtlanacağı sebebiyle talebi reddetmiştir.⁸⁰ Daha sonrasında karara itiraz eden başvurucunun itirazı reddedilmiş, bunun üzerine başvurucu konuyu bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.

Bireysel başvuruyu şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında inceleyen mahkeme, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "*İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi*" kenar başlıklı 9. Maddesine atıf yapmış, çekişmesiz bir dava sonucunda erişim engeli getirilebilmesinin ancak kişilik haklarına müdahale eden hukuka aykırı durumun ilk bakışta anlaşılacak derecede ve zararın olabildiğince erken giderilmesinin gerektiği durumlarda mümkün olacağını belirtmiştir.⁸¹ Söz konusu madde hükmüyle amaçlananın, kişilik haklarıyla internetteki aktiviteler arasındaki hassas dengeyi korumak olduğu ifade edilmiştir.⁸² Başvurucunun talebine konu haberlerin üzerinden on yıldan fazla sürenin geçmiş olmasını göz önünde bulunduran mahkeme, başvurucunun kişilik haklarına yönelik müdahale teşkil eden haberlere, çekişmesiz yargılama yolu ile zaman kaybetmeden erişim engeli getirilmesinin uygun olmadığına kanaat getirmiştir.⁸³

Karşı oy gerekçesinde de ifade edildiği üzere internet ortamında yayımlandığı tarihte belli bir ağırlığı aşmasa da internette uzun bir süre boyunca erişilebilir halde bulunması dolayısıyla kişilerin şeref ve itibarını zedeleme ihtimali olan haberler, N.B.B başvurusunda unutulma hakkı kapsamında değerlendirildiği ve bu kararda da N.B.B başvurusuna atıfta bulunduğu halde burada mahkemenin kararını neden değiştirdiğini anlayabilmek güçtür. İnternette kişinin adıyla ilişkilendirilen ve şeref ve itibarını zedeleyen, üzerinden on yıldan fazla süre geçmiş, güncelliğini yitirmiş haberlerin N.B.B başvurusunda olduğu gibi unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

c. A.B ve V. B Başvurusu

Ulusal bir gazetenin internet arşivinde başvurucular hakkında bir haber yayımlanmış, haberde iki başvurucunun arasındaki tartışmanın büyüyerek kavgaya dönüştüğü ve başvurucuların ifadelerinin alındığı, olayla ilgili soruşturmanın devam ettiği aktarılmıştır.⁸⁴ Başvurucular söz konusu haberin üzerinden yedi yıla yakın bir sürenin geçmesi dolayısıyla haberin güncel

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, 2014/19685, 15.3.2018, Paragraf 12,13 ve 14.

⁸¹ 5651 Sayılı Kanun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?Mevzuat-No=5651&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 21.09.2021, Anayasa Mahkemesi, 2014/19685, 15.3.2018, Paragraf 40.

⁸² Anayasa Mahkemesi, 2014/19685, 15.3.2018, Paragraf 40.

⁸³ Anayasa Mahkemesi, 2014/19685, 15.3.2018, Paragraf 41.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 7.



olmadığını buna rağmen haberin arşivde yer alması nedeniyle şeref ve itibarlarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, habere erişim engeli getirilmesini talep etmişlerdir.⁸⁵ Sulh Ceza Mahkemesi, haberde davacıları küçük düşürecek ifadeler bulunmadığı, 5651 sayılı kanunda güncel olmayan haberlerin yayımdan kaldırılması yönünde bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir.⁸⁶ Karara itirazı inceleyen Asliye Ceza Mahkemesi ise haberin kamuoyunu bilgilendirme amaçlı olması ve başvuruçuların kişilik haklarının ihlal edilmediği gerekçeleriyle itirazı reddetmiştir.⁸⁷

Bireysel başvuruyu şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında inceleyen Anayasa Mahkemesi, diğer kararlarda olduğu gibi bireyin şeref ve itibarını manevi varlık kapsamında değerlendirmiştir.⁸⁸ Somut olayda şeref ve itibarın korunması hakkı ile basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olan ifade özgürlüğü arasında denge kurulması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁹ Söz konusu dengenin bireye unutulma hakkı tanınması ile sağlanabileceğini ileri süren mahkeme, N.B.B başvurusuna atıf yapmış, kişinin geçmişinden sıyrılarak yeni bir sayfa açma olanağına sahip olduğunu belirtmiştir.⁹⁰ Ancak unutulma hakkının internetteki her bilgi için kullanılmayacağını belirten mahkeme, N.B.B başvurusundaki kararında da belirttiği gibi haberin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi için haber içeriği, yayında kalmış olduğu süre, sağladığı kamu yararı, habere konu olan kişinin toplumca tanınmış kişi olup olmaması gibi kriterlerin her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.⁹¹ Bütün bu bilgiler ışığında mahkeme, somut olayda haberin güncelliğini ve kamuoyu ilgisini yitirdiğinin söylenemeyeceğini, haberin arşivde yer almasının toplum için haber değeri teşkil ettiğini ve unutulma hakkı bağlamında bir incelemeyi zorunlu kılan şartların oluşmadığını ifade etmiş, ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması arasında adil bir dengenin kurulduğuna karar vermiştir.⁹²

4. Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları

a. KVKK'nın 23/06/2020 tarihli ve 2020/481 sayılı kararı

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun burada inceleyeceğimiz kararı, arama motorları üzerinde kişilerin ad ve soyadlarıyla yapılacak aramalarda çıkan sonuçların indeksten kaldırılmasına yönelik taleplere ilişkin genel bir karar niteliği taşımaktadır. Kurul bu kararında 1982 Anayasasının 20.maddesine,

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 8.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 9.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 10.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 16.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 21.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 22, 23.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 24.

⁹² Anayasa Mahkemesi, 2014/4141, 04.10.2017, Paragraf 27, 28.

5651 sayılı kanunun 9.maddesine, çalışmamızın önceki bölümlerinde incelemiş olduğumuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 19.Ceza Dairesi kararlarına ve Anayasa Mahkemesi'nin N.B.B başvurusundaki kararına atıflarda bulunmuştur.⁹³ Kurul aynı zamanda ABAD'ın Google İspanya kararına, GDPR'nin silme (unutulma) hakkı başlıklı 17.maddesine değinmiştir.

Yapılan değerlendirmeler sonucunda kurul tarafından hukukumuzda unutulma hakkı bir kavram olarak yer almasa da söz konusu hakkın uygulanmasına yönelik araçların bulunduğu ortaya konulmuş, bu bağlamda Anayasamızın 20.maddesinin üçüncü fıkrası, 5651 sayılı kanunun 7. ve 9. maddeleri, 6698 sayılı kanunun 4., 7. ve 11. maddeleri ile Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesi örnek gösterilmiştir.⁹⁴ Kurul, örnek gösterdiği bu maddelerle hukukumuzda unutulma hakkının uygulanabileceği, bu sebeple de hakkın ayrıca bir tanıma, düzenlemeye ihtiyaç duymadığı kanaatindedir.⁹⁵ Kararda arama motorları, üçüncü kişilere ait internette edindikleri verilerin işlenmesi bağlamında veri sorumlusu olarak kabul edilmiş, verileri internette toplamaları, kaydetmeleri, arama sonuçlarında listelemeleri ve internet kullanıcılarına sunmaları bağlamında faaliyetleri de veri işleme olarak değerlendirilmiştir.⁹⁶ Arama motorları üzerinde kendi isimleriyle yaptıkları arama sonucunda çıkan arama sonuçlarının indeksten çıkarılması talebinde bulunacak kişilerin önce söz konusu arama motorlarına başvurmaları, talebin reddi veya cevap verilmemesi durumunda kurula şikayette bulunabilecekleri, kurula şikayette bulunurken aynı zamanda doğrudan yargı yoluna gitmelerinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir.⁹⁷ Kurul, kararda indeksten çıkarılma taleplerini değerlendirmede dikkate alınacak kriterleri sıralamıştır. Kriterlerden bazıları ilgili kişinin kamusal yaşamda oynadığı rol, ilgili kişinin çocuk olup olmadığı, bilginin içeriğinin doğruluğu, bilginin kişinin çalışma yaşantısı ile ilgili olup olmadığı şeklindedir.⁹⁸

b. KVKK'nın 08/12/2020 tarihli ve 2020/927 sayılı kararı

Karara konu olayda, öğretim üyesi olarak üniversitede görev yapan başvurucunun görev yaptığı bölümde verilen akademik kadro ilanına aile yakını başvurmuş, kadro için sınavlar usulünce yapılmış ve aile yakını

⁹³ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/481, 23/06/2020, Karar metni için bknz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481> Erişim Tarihi: 24.09.2021

⁹⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/481, 23.06.2020.

⁹⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/481, 23.06.2020.

⁹⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/481, 23.06.2020.

⁹⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/481, 23.06.2020.

⁹⁸ İndeksten çıkarılma taleplerini değerlendirmede dikkate alınacak kriterlerin tamamı için bknz. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/68f1fb19-5803-4ef8-8696-f938fb49a9d5.pdf> Erişim Tarihi:24.09.2021



sınavda başarılı olmuştur.⁹⁹ Sosyal medyada söz konusu kadro alımı ile ilgili olarak gerçeği yansıtmayan haberler yapılmış ve gelen tepkiler üzerine üniversite soruşturma başlatmış, soruşturma sonucunda herhangi bir usulsüzlük olmadığı tespit edilmiştir.¹⁰⁰ Sosyal medyadaki haberlerin kendisinin ve aile yakınının kamuda çalışmasını ve hayatını olumsuz yönde etkilediğini belirterek kaldırılması talebiyle arama motoruna başvurmuş, arama motoru tarafından herhangi bir işlem yapılmaması üzerine kurula şikâyetle bulunmuştur.¹⁰¹

Somut olayı değerlendiren kurul, kararında 6698 sayılı kanunun 3., 7. ve 11.maddelerine, bir önceki başlıkta incelediğimiz 2020/481 sayılı kendi kararına ve bu kararla beraber yayımladığı indeksten çıkarılma taleplerini değerlendirmede dikkate alınacak kriterlere atıfta bulunmuştur.¹⁰² Kurul, söz konusu haberin 2020 yılında yayımlandığını, dolayısıyla güncel olduğunu, haberde yer alan bilgilerin özel nitelikli kişisel veri niteliğinde olmadığı ve haber içeriğinin “gazetecilik faaliyeti” kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürerek veri sorumlusunun yapmış olduğu işlemin 2020/481 sayılı, 23.06.2020 tarihinde yayımlanan kurul kararına uygun olduğunu kabul etmiştir.¹⁰³

SONUÇ

Sosyal bir varlık olan insan, geçmişten günümüze kadar topluluklar halinde yaşamış, çeşitli araçlar vesilesiyle sosyal alanda var olmaya devam etmiştir. Hiç şüphesiz son yıllarda haberleşme teknolojilerinde yaşanan gelişmeler doğrultusunda insanın geleneksel sosyal alan algısı değişmiş, sanal ortamda özellikle sosyal medyanın yaygınlaşmasıyla yeni bir sosyal alan meydana gelmiştir. İnternetin günümüz yaşamında yeri yadsınamayacak derecede büyük olup bilgi edinme ve haberleşme faaliyetleri saniyeler içerisinde gerçekleştirilebilecek hale gelmiştir. Günümüzde internet bir lüks olmaktan çıkıp bir ihtiyaca dönüşmüştür ve insan hayatını birçok açıdan önemli derecede etkilemektedir.

Sağladığı bütün yararları rağmen internetin bu denli yaygınlaşması sonucu bireyin özel hayatı ile sosyal hayatı arasındaki çizgi bulanıklaşmış, veri dolaşımı ve depolanabilmesinin kolay ve hızlı bir şekilde yapılabilmesi sonucunda kişisel veriler hızla el değiştirebilmeye başlamış ve özel hayatın

⁹⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/927, 08.12.2020, Karar metni için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6871/2020-927> Erişim Tarihi: 24.09.2021

¹⁰⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/927, 08.12.2020.

¹⁰¹ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/927, 08.12.2020.

¹⁰² Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/927, 08.12.2020.

¹⁰³ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/927, 08.12.2020.

gizliliği, şeref ve itibar, kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilme hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlük eskiye nazaran önemli ölçüde ihlal edilebilme tehdidi altına girmiştir. İnternet ve internete dair yasal düzenlemeler geçtiğimiz nesilde büyük ölçüde olgunlaşmıştır.¹⁰⁴ Uluslararası sınırlar arasında günlük olarak gerçekleşen çok çeşitli veri aktarımları, farklı zamanlarda farklı çözümler gerektiren farklı sorunlara yol açabilmektedir.¹⁰⁵ Dijital çağda unutulma hakkının özgür ifade hakkını ihlal edebileceği, ancak bireylere unutulma hakkı tanımamanın da onları her zaman hatırlanacakları korkusuyla konuşmaktan ve özgür ifade haklarını kullanmaktan alıkoyacağı bir aşamaya gelmiş bulunuyoruz.¹⁰⁶ Böyle bir ortamda, bireye ait her türlü bilgi olarak kabul edilen kişisel veriler ve bu verilerin korunması önemli bir konu olarak öne çıkmış, bu bağlamda birçok çalışma yapılmıştır.

Kişisel verilerin korunması kapsamında bireye tanınan haklardan biri olan ve ABAD'ın Google İspanya kararı ile hukuki bir zemin kazanan unutulma hakkı, genel kabul gören tanıma göre bireyin internette yer alan kendisine ait kişisel verilere erişimin engellenmesini, bu verilerle kendi isminin ilişkilendirilmesinin sonlandırılmasını talep edebilme hakkıdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması ile doğrudan bir bağlantı içerisindedir. Her ne kadar hakim görüş unutulma hakkının internette yer alan verilere yönelik bir hak olduğunu ifade etse de biz bu hakkın fiziksel ortamda tutulan kişisel veriler için de uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İnternetin unutulma hakkının ortaya çıkışında asıl rol sahibi olduğu, veri dolaşım hızının önemli ölçüde arttığı, verilerin kaydedilmesi ve depolanabilmesinin kolaylaştığı aşikâr olmakla birlikte GDPR'de unutulma hakkına yönelik düzenleme başta olmak üzere bu hakkın fiziksel medya araçları üzerinde kullanılmasına yasak getiren bir durum söz konusu değildir. Ayrıca internetteki veri dolaşımı kadar hızlı olmasa da kitap ve gazeteler de birçok kişi tarafından kolayca erişilebilir durumdadırlar ve fiziksel medya araçlarında da kişisel verilere yer verilebilmesi, dolayısıyla kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edilebilmesi mümkündür. Bu bağlamda fiziksel medya araçlarındaki kişisel verilerin korunması hakkına yönelik ihlalin, internetteki ihlalden daha az korunmaya değer olmadığı, her ne kadar uygulamada çeşitli sorunlara yol açma ihtimali bulunsa da fiziksel medya araçlarına yönelik olarak da unutulma hakkının uygulanabileceği kanısını taşıyoruz.

¹⁰⁴ Steven C. Bennett, "The 'Right to Be Forgotten': Reconciling EU and US Perspectives", (2012) 30(1) Berkeley Journal of International Law 161, 193.

¹⁰⁵ İbid 193-194.

¹⁰⁶ Sanna Kulevska, "The Future of Your Past: A Right to Be Forgotten Online?", 2013, https://www.lumendatabase.org/blog_entries/521 Access Date: 19.09.2021



Birçok insan hakkı gibi unutulma hakkı da özünde diğer haklarla çatışmaktadır. Unutulma hakkının sınırlarının doğru çizilememesi durumunda, ifade ve bilgi edinme özgürlükleri başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğün endişe verici boyutlarda kısıtlanabilme ihtimalinin mevcut olduğu da bir gerçektir. Hukukumuzda unutulma hakkı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, bu hak ile bilgi edinme ve ifade özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlükler arasında somut olayın özelliklerine göre bir adil denge kurulması gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'nin N.B.B başvurusunda belirttiği yöntemler (haberler ile kişiyi ilişkilendiren kişisel verilerin silinmesi, haberin anonim hale getirilmesi, haber içeriğinin bir kısmına erişim engeli getirilmesi) ve KVKK'nın 2020/481 kararıyla beraber yayımladığı kriterler (ilgili kişinin kamusal yaşamda oynadığı rol, ilgili kişinin çocuk olup olmadığı, bilginin içeriğinin doğruluğu, bilginin kişinin çalışma yaşantısı ile ilgili olup olmadığı vb.) yol gösterici olacaktır.

Unutulma hakkı tartışmalarında Türk hukuku izleyici olma durumunu sürdürme eğiliminde görülmektedir. Anayasamızın 20/3.maddesi, 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 7.maddesindeki kişiye kendi kişisel verilerinin silinmesini talep edebilme hakkını tanıyan hüküm, 5651 sayılı kanunun 7. ve 9.maddeleri ve Temmuz 2020'de 5651 sayılı kanuna yapılan eklemeye unutulma hakkına yakın bir durum söz konusu olsa da bu hakka yönelik, hakkın kullanılmasında takip edilecek usul ve esasların ifade edildiği ve hakkı tanımlayacak, kapsamını belirleyecek bir düzenlemenin bulunmamasının hukukumuzda unutulma hakkına yönelik özel bir düzenleme eksikliği oluşturduğunu düşünüyoruz. Şahsi kanaatimiz, hukukumuzda yasal bir tanımı bulunmayan, kapsamı belirli olmayan unutulma hakkının, önceki bölümlerde incelemiş olduğumuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına¹⁰⁷ temel teşkil etmesinin kanunilik ilkesine açık bir aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararda unutulma hakkının fiziksel ortamda tutulan kişisel verilere de uygulanabileceği yönündeki yorumu ile aynı düşüncede olsak da hukukumuzda hakkında yasal düzenleme bulunmayan unutulma hakkının yargı içtihadına temel teşkil etmesi kanunilik ilkesine aykırı olup bu durum Türk hukuku açısından endişe vericidir. Bu konuda 6698 sayılı kanunda unutulma hakkı ile ilgili olarak, tanımı, kapsamı ve hakkın kullanım usulü, başvuru makamı bakımından akıllarda soru işareti uyandırmayacak, şüphe bırakmayacak bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁰⁷ Yargıtay HGK, 2014/4-56 E, 2015/1679 K, 17.6.2015.

KAYNAKÇA

Akgül A, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”, (2015) (116) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 12-38.

Akkurt SS, “17.06.2015 TARİH, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2605-2635.

Akkurt SS, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış” (2020) 2(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 20-32.

Balta E ve Nair G, “Bilgi İletişim Teknolojileri Kullanımında Sınırları Aşan Bir Sosyal Sorun Alanı Olarak Unutulma Hakkı”, (2017) 41(2) Cumhuriyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi 113-126.

Bennett SC, “The ‘Right to Be Forgotten’: Reconciling EU and US Perspectives”, (2012) 30(1) Berkeley Journal of International Law 161-195.

Bilge CA, Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku’ndaki Görünümü, 2019, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Bygrave LA, “A Right to Be Forgotten?”, (2015) 58(1) Communications of the ACM, 35-37. <https://m-cacm.acm.org/magazines/2015/1/181632-a-right-to-be-forgotten/fulltext?mobile=true> Access Date: 19.09.2021.

Çelik Y, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, (2017) (32) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 391-410.

Demetoğlu GÖ, Türk ve Avrupa Birliği Veri Koruma Hukuku Bağlamında Blok Zincir Teknolojisinde Unutulma Hakkı, 2019, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Elmalıcı H, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1603-1636.

Gülener S, “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’”, (2012) (102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 219-240.

Kabadayı ES, Dijital Çağda Hissedilen Unutulma İhtiyacı ve Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Yeni Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı, 2021, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Karakaş ME, “Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması ‘Unutulma Hakkı’ ve Türk Hukukunda Görünümü”, (2016) 3(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 262-289.



Kulevska S, “The Future of Your Past: A Right to Be Forgotten Online?”, 2013, https://www.lumendatabase.org/blog_entries/521 Access Date: 19.09.2021

Nalbantoğlu S, “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, (2018) (34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 583-605.

Ocak A, “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, (2018) (33) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 507-536.

Reding V, “Making Europe the Standart Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age Innovation Conference Digital, Life, Design Munich” (*European Commission*, 22 January 2012) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26 Date of Access: 22.04.2021

Reding V, “Why the EU Needs New Personal Data Protection Rules in the European Data Protection and Privacy Conference, Brussels”, (*European Commission*, 30 November 2010) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_700 Date of Access: 22.04.2021

Salihpaşaoğlu Y ve Değirmencioğlu B, “Unutulma Hakkının Bir ‘İnsan Hakkı’na Dönüşme Yolculuğu”, (2020) 24(2) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361-388.

Soysal T, “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, (2019) 7(13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 339-422.

Sözüer E, *Unutulma Hakkı-İnsan Hakları Perspektifinden Bir İnceleme* (1.Basım, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Tok G, İnternette Unutulma Hakkı, 2020, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Turhan AM, Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı, 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yıldız T, Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı, 2019, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yılmaz Ç, Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı, 2019, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Wechsler S, “The Right to Remember: The European Convention on Human Rights and the Right to be Forgotten”, (2015) 49(1) Columbia Journal of Law and Social Problems 135-165.

5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu'nun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5352&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 20.09.2021

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5651&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 18.09.2021

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf> Erişim Tarihi: 13.04.2021

95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi'nin metni için bkz. <https://kisiselveri.com/9546ec-turkce> Erişim Tarihi: 14.04.2021

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-131/12 sayılı karar metni için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&-pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=28039> Erişim Tarihi 18.09.2021

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi için bkz. <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708> Erişim Tarihi: 13.04.2021

Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) metni için bkz. <https://gdpr-info.eu/> Erişim Tarihi: 14.04.2021

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa> Erişim Tarihi: 12.04.2021



YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİNİN SİGORTA ETTİRENİN RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNDEKİ KUSURUNUN ETKİSİNE DAİR E. 2016/646 K. 2016/1427 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ

Review of the Decision Numbered C. 2016/646 D. 2016/1427 by Supreme Court 17. Civil Chamber on the Effect of Insurant's Fault in Accrue ment of Risk

Furkan EMİRALİOĞLU*

Özet

Sigorta ettirenin sigortacıyla sigorta sözleşmesi yapmasındaki temel amacı, sigortalanan menfaatte sözleşmeyle güvence altına alınan bir rizikonun gerçekleşmesi ve bu rizikonun sonucunda da zararın ortaya çıkması halinde bu zararların sigortacı tarafından giderilmesinin sağlanmasıdır. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinde belirlenen primi ödeyerek rizikoyu taşımaya sigortacıya yüklemekte ve riziko gerçekleştiğinde meydana gelebilecek zararlara karşı da tam himaye beklemektedir. Ancak, sigorta himayesinden eksiksiz biçimde faydalanmak her zaman mümkün olmamaktadır. Sigortacı ile sigorta ettiren arasında kurulan sigorta ilişkisinin dolaylı yoldan tüm sigorta sistemini, milyonlarca kişiyi ve ülke ekonomisini etkilemesi sebebiyle kanun koyucu sigorta himayesinden eksiksiz bir biçimde faydalanılabilmesi ve sigorta kurumunun kötüye kullanılmaması adına birtakım düzenlemeler getirmiştir. Kanun koyucu "Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusur" başlığı ile sigortanın hangi durumlarda koruma sağladığına ilişkin çerçeve bir düzenleme kaleme almış ve sigorta ettirene de sözleşmenin kurulmasından başlayarak rizikonun gerçekleşmesinden sonraki safhayı da kapsayacak şekilde birtakım külfetler yüklemiştir. Bu çalışmada incelenen Yargıtay kararı, sigorta ettirene yüklenen bazı külfetler ve rizikonun gerçekleşmesinde kusur konuları kapsamında eleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta ettirenin külfetleri, rizikonun kusurla gerçekleştirilmesi, sigorta tazminatı

Abstract

The main purpose of the insurer, forming an insurance contract with the insurer, is to ensure that the losses are covered by the insurer in case of accrue ment of a contractually secured risk in the insured interest and emergence of the loss as a result of this risk. By paying the premium specified in the insurance contract, the insurer charges the insurer with bearing the risk and expects full patronage against the losses that may occur when the risk accrues. However, it is not always possible to benefit from the insurance protection precisely. Because of the fact that the insurance relationship between the insurer and the insurer indirectly affects the entire insurance system, millions of people and the country's economy, the legislator has brought some regulations in order to make insurance protection fully utilizable and prevent the abuse

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Arş. Gör., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, furkan.emiralioglu@kocaeli.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-5520-4612>

of the insurance institution. The legislator has formed a framework regulation with the title of “Fault in Accrument of Risk” and also imposed some duties to the insurant in a particular way which begins with establishment of the contract and includes the phase after the accrument of risk. The Supreme Court decision reviewed in this study was criticized within the topics of some duties imposed to the insurant and the fault in accrument of risk.

Key Words: Duties of the insurant, accrument of risk with fault, insurance indemnity

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesinin yapılması sonucunda sigortacı, sigortalanan menfaatte sigorta ilişkisi boyunca sigorta tazminatını ödeme borcunu doğuran herhangi bir rizikonun gerçekleşmemesini şayet riziko gerçekleşmiş ise zararın artmasının önüne geçilerek ödeyeceği sigorta tazminatının mümkün olduğunca düşük düzeyde kalmasını ve bu sayede de aldığı primlerden maksimum kâr elde etmeyi beklerken; sigorta ettiren ise rizikonun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararlarının eksiksiz biçimde karşılanmasını hedeflemektedir. Sigorta sözleşmelerinden doğan borçların gereği gibi yerine getirilebilmesi, sigorta ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi ve sözleşmenin her iki tarafının da sigorta ilişkisinin kurulmasından dolayı oluşan beklentilerinin karşılanabilmesi adına kanunda birçok düzenleme bulunmaktadır. Bunun için de sigortacının tazminat ödeme borcunun hangi durumlarda söz konusu olduğu ve bu tazminatın nasıl belirleneceğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Nitekim rizikonun gerçekleşmesinde kusur başlığı ile düzenlenen TTK m. 1429’da sigorta ettirenin kasti davranışları sonucunda riziko gerçekleşmiş ise sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcundan kurtulduğu kaleme alınmış; TTK’nin 1435 ile 1448’inci maddeleri arasında sigorta ettirene sözleşmenin yapılması sırasında, sözleşme süresince ve rizikonun gerçekleşmesinden sonra birtakım külfetler yüklenmiştir¹. Kanun koyucu tarafından sigorta ettirene

¹ Kanun koyucu, sigorta ettirenin borç ve yükümlülüklerinden bahsetmiş olmasına rağmen tarafımızca yükümlülük kavramı yerine külfet kavramı tercih edilmiştir. Aynı şekilde, doktrinde de sigorta ettirenin yükümlülükleri olarak bahsedilenlerin sigorta ettirenin külfetleri/görevleri olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Kemal Şenocak, ‘Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)’ (1995) 44(1) AÜHFD 365, 375 – 388 (Şenocak, ‘Zararı Önleme’); Samim Ünan, ‘Kara Sigortalarında Sigorta Ettirenin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar’ (1998) (1) SHD 97, 97 – 98 (Ünan, ‘Sorunlar’); Zehra Şeker Ögüz, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi* (Filiz Kitabevi 2010) 33 – 45 (Şeker Ögüz, İhbar Görevi); Rayegân Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Onikilevha Yayıncılık 2016) 253 – 258 (Kender, Hususi Sigorta); Sevgican Aydın, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları – Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı* (Seçkin Yayınları 2018) 11 – 14; Furkan Emiralioğlu, *Sigorta Ettirenin Zararı Önleme – Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Külfeti* (TTK m. 1448) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Ağustos 2020),

yüklenen bu külfetler ve bunların ihlal edilmesine bağlanan yaptırımlar ile yalnızca prim ödenerek sigorta himayesinden eksiksiz faydalanılmasının önüne geçilmiştir.

Çalışmamız kapsamında da “Sözleşme Öncesi Beyan Külfeti”, “Rizikoyu Ağırlaştırma ve Ağırlaşan Rizikoyu Beyan Etme Külfeti”, “Zararı Önleme–Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Külfeti” ile Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Etkisine” dair zarar sigortaları bakımından açıklama yapılarak, Yargıtay 17. HD. E. 2016/646 & K. 2016/1427 & T. 10.02.2016 sayılı ilamına eleştiriler getirilmiştir². Bu eleştiriler sonucunda da söz konusu hukuki kurumların uygulama anının tespitindeki güçlüklerin bir nebze olsun giderilebilmesi hedeflenmiştir. Çalışmamızda ele alınan hukuki kurumların tüm ayrıntılarıyla izah edilmesi gibi bir amaç güdülmemiştir.

I. DAVA KONUSUNUN ÖZETİ

Yargıtay 17. HD. E. 2016/646 & K.2016/1427 & T.10.02.2016 sayılı ilamına konu olan somut olay, davacının kasko poliçesiyle teminat altına aldığı aracıyla 16.01.2013 gününde seyir halindeyken aracın motor kısmında meydana gelen yangın sebebiyle oluşan hasarı sigortacısından talep etmesi ve davalı sigortacının oluşan hasarın poliçe kapsamında olmadığını iddia ederek ödeme yapmaktan kaçınması sonucunda doğmuştur. Bunun üzerine, davacı, yargı yoluna başvurmuş ve fazlaya dair haklarını saklı tutarak 5.000 TL'nin 16.01.2013 tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı ise davaya cevaben, aracın seyir halindeyken yanması sonucu oluşan hasarın bakımsızlık sonucu meydana geldiğini, bu sebeple hasarın teminat dışı olduğunu beyan ederek davanın reddini talep etmiştir. Davacı, 31.12.2013 tarihli dilekçesiyle talebini 49.698,38 TL'ye ıslah etmiştir.

II. YEREL MAHKEME KARARI

Yerel Mahkeme, davaya konu olan uyumsuzluk hakkında, iddia – savunma ve toplanan kanıtlara göre davanın kabulüyle, 49.698,38 TL'nin 16.01.2013 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar vermiştir.

3 – 9; Merve İrem Yener, *Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması* (Seçkin Yayınları 2020) 364 – 373; Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre külfet/görev kavramının tercih edilmesi hatalıdır. Ayrıntılar için bkz. Aslıhan Erbaş Açıklık, ‘Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar’ (2019) 35(2) BATİDER 131, 133 – 145.

² Karar için bkz. <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2016-646-k-2016-1427-t-10-02-2016/2546231/> (E.T; 18.03.2021).

III. YARGITAY KARARI

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, davanın, kasko sigortası poliçesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğunu ve sebebinin ise davacının, 16.01.2013 gününde aracıyla seyir halindeyken aracın motor kısmında meydana gelen yağ kaçaqları yüzünden oluşan yangın olduğunun tespitini yapmıştır.

Yargıtay, hukuki uyuşmazlığın çözümünde öncelikle kasko sigortasının kapsadığı teminatları tespit etmiştir. Yapılan bu tespit sonucunda, hareket veya durma halindeyken sigortalının veya aracı kullananın iradesi dışında, araca ani ve harici etkiler neticesinde sabit veya hareketli bir cismin çarpması veya aracın böyle bir cisme çarpması – müsademesi – devrilmesi - düşmesi yuvarlanması gibi kazalar ile üçüncü kişilerin kötü niyet ve muziplikle yaptıkları hareketler, aracın yanması, çalınması veya çalınmaya teşebbüs sonucu oluşan maddi zararların teminat kapsamına girdiğini belirlemiştir. Daha sonrasında Yargıtay, E – TTK m. 1293’ün kara sigortalarında sigorta ettirenin tedbir alma mükellefiyetini düzenlediğini, bu maddeye göre sigorta ettirenin zararı önlemeye ve hafifletmeye yarayacak tedbirleri almakla mükellef olduğunu, tedbir alınmaması haline bağlanan yaptırımın da E –TTK’nin 1292’inci maddesinin son fıkrasında kaleme alındığını ifade etmiştir. Bu maddeye göre de sigorta ettirenin gerekli önlemleri kasten almamış olması halinde sigorta tazminatını isteme hakkını yitireceğinin, ihmalden söz ediliyorsa sigortacının ödemekle yükümlü olduğu sigorta bedelinde indirimle gidileceğinin ve benzer düzenlemenin de Kasko Genel Şartları B – 2’de yer aldığı tespit yapılmıştır³.

Son olarak Yargıtay, TTK m. 1429 ve 1448 üzerinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Söz konusu bu değerlendirmelerde, TTK m. 1429’a ilişkin şu şekilde tespitler yapılmıştır: *“Sigortacı aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez.”* Aynı kanunun 1448’inci maddesine ilişkin de *“sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda zararın önlenmesi ve azaltılması ve engel olunması için imkânlar dâhilinde önlemler almakla yükümlüdür ve bu yükümlülüğe aykırılık sigortacı*

³ Kasko Genel Şartları B – 2 hükmü şu şekildedir; *“B.2. Koruma Önlemleri ve Kurtarma; Sigortalı ve/veya sigorta ettiren, işbu sözleşme ile temin olunan rizikoların gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda zararı önlemeye, azaltmaya, artmasına engel olmaya veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunması için imkânlar ölçüsünde önlem almakla yükümlüdür. Alınan önlemlerden doğan makul masraflar, bu önlemler faydasız kalmış olsa bile, sigortacı tarafından ödenir.”* Görüldüğü üzere, bu hüküm Türk Ticaret Kanununun 1448’inci maddesinin kısa ve başlığı farklı olan halidir. TTK m. 1448 ile ilgili yapılan açıklamalar bu hüküm için de geçerlidir.

aleyhine bir durum yaratmış ise kusurun ağırlığına göre tazminattan bir indirim yapılır” tespiti yapılmıştır⁴.

Yargıtay, yapmış olduğu bu değerlendirmelerden sonra uyuşmazlıkla ilgili olarak, “Somut olayda davaya konu riziko poliçe vadesi içinde meydana gelmiştir. Söz konusu aracın 13.04.2012 tarihinde motor yağ kaçakları sebebiyle hafif kusurlu olarak trafik muayenesinin yapıldığı, bundan yaklaşık 10 ay sonra 16.01.2013 tarihinde trafik kasası tespit tutanağına göre 100 metre yağ akıtan aracın motordan sızan yağların alev alması sebebiyle motorunun yandığı, davacının motoru yağ sızdıran bir araç ile gerekli önlemleri almamasından dolayı tazminattan indirim olup olmayacağı tartışılmadan hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” şeklinde kararını vermiştir.

IV. HUKUKİ SORUN

Somut olay bakımından tartışılması gereken husus, Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmelere esas alınan E – TTK m. 1293, TTK m. 1448 ve TTK m. 1429’un olaya uygulanmasının mümkün olup olmadığı ve mümkün değilse hangi hükme dayanarak uyuşmazlığın çözülmesi gerektiğidir. Bu konuda kanaatimizi belirtmeden önce, söz konusu hükümler ile çalışmamız kapsamında önem arz eden ancak Yargıtay kararında tartışılmayan sözleşme öncesi beyan külfeti ile rizikoyu ağırlaştırılmama ve ağırlaşan rizikoyu beyan etme külfetine dair de kısaca değerlendirmelerde bulunulacaktır⁵.

⁴ Kanun koyucu, eski kanunda sigorta ettirenin külfetlerinin ihlal edilmesine bağlanan yaptırımları düzenleyen hükümlerde kast – kusur ayrımı yapmıştır. Buna karşın, genel hükümlerde kast hali kusurun bir derecesi olarak esas alınır ve kusur üst başlık olarak kullanılmaktadır. Bir diğer deyişle, kusur, kastı da ihmal de kapsayan bir kavramdır. Yeni kanunumuz bakımından sigorta ettirenin külfetlerinin ihlal edilmesine bağlanan yaptırımlarda genel hükümlere uygun şekilde terimler kullanılmıştır. Kanun koyucu, “sözleşme öncesi beyan külfetinin” ve “rizikoyu ağırlaştırılmama ve ağırlaşan rizikoyu beyan etme külfetinin” ihlal edilmesine bağlanan yaptırımları düzenlerken kastın varlığı ve ihmalin derecesine göre sigorta tazminatının ödeneceği yönünde hüküm getirmişken; “rizikonun gerçekleştiğini ihbar etme külfeti”, “bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme külfeti”, “zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma külfetini” düzenleyen maddelerde kusurun ağırlığına göre sigorta tazminatının ödeneceğini düzenlemiştir. Kusur, kast ve ihmal kavramları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2* (Gözen Geçirilmiş 16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 58 – 64; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,2* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 67 – 75; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 643 – 658.

⁵ Sözleşme öncesi beyan külfeti ile ilgili olarak bkz. Şeker Ögüz, *İhbar Görevi* (n 1); İbrahim Ağsakal, *Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları* (Adalet Yayınları 2015); Rizikoyu ağırlaştırılmama ve ağırlaşan rizikoyu bildirme külfeti ile ilgili olarak bkz. Merih Kemal Omağ, *Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu* (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985); Yener (n 1); Kurtarma ve



A. Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusur

Sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan asli edimi, sigorta tazminatı ödeme borcudur. Sigortacının hangi hallerde tazminat ödeme yükümlülüğü altına gireceğine ve tazminatın nasıl belirleneceğine ilişkin kanunda birçok hüküm bulunmaktadır⁶. Bu hükümlerden bir tanesi de rizikonun gerçekleşmesinde kusur başlığıyla düzenlenen TTK m. 1429'dur.

Bahse konu maddede, sigorta sözleşmesinde aksine düzenleme bulunmadığı takdirde sigortacının, sigorta ettirenin ihmallerinden doğan zararları tazminle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, sigorta ettirenin rizikoyu kasten gerçekleştirmesi durumunda sigortacının, tazminat ödeme borcundan kurtulduğu ve aldığı primleri geri ödemeyeceği düzenlenmiştir⁷. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, sigorta ettirenin sigorta tazminatını elde edebilmesi için rizikoyu kasten gerçekleştirmemiş olması gerekmektedir. Hatta sigorta sözleşmesinde, ihmalden doğan zararlardan sigortacının sorumluluğunun doğmayacağı kararlaştırılmışsa rizikonun ihmalle gerçekleşmesi halinde de sigortacının sorumluluğu doğmayacak ve sigorta ettiren sigorta tazminatı almaya hak kazanamayacaktır⁸. Örneğin, sigorta ettirenin, sigortalı aracını kasten duvara vurması durumunda meydana gelen zararlardan sigortacı sorumlu değildir. Buna karşın, ihmalden doğan zararlardan sigortacının sorumlu olmadığı yönünde bir düzenleme getirilmediği takdirde, sigorta ettirenin, telefonla konuşurken dikkatini kaybedip bariyerlere vurması durumunda sigortacının tazminat ödeme borcu söz konusu olacaktır.

Öte yandan, aşağıda incelenecek olan kavramlardan ve uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklardan da anlaşılacağı üzere sigortacının tazminat ödeme borcunu doğuran birçok olayda sigorta ettirenin kusurlu davranışlarının rizikonun gerçekleşmesinde etkisi bulunmaktadır. Ancak, rizikonun gerçekleşmesine etki eden her kusurlu davranış, hukuki uyuşmazlığın tespitinde bizi TTK m. 1429'a götürmemelidir. TTK m. 1429'daki kusurlu

halefiyet hakkının korunması külfeti ile ilgili olarak bkz. Şenocak, 'Zararı Önleme' (n 1); Şaban Kayıhan, 'Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi' (2005) IX (1-2) EBYÜHFD; Emirlioğlu (n 1); Rizikonun gerçekleşmesinde kusur başlığı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler (Madde 1401 – 1452)* (Onikilevha Yayıncılık 2016) 297 – 315 (Ünan Şerh); Zehra Avcı, *Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi* (Adalet Yayınları 2021).

⁶ Bazı ilgili hükümler için bkz. TTK m. 1427, 1428, 1439, 1446, 1447, 1449 vs.

⁷ Maddede yalnızca sigorta ettirenden değil, sigortalıdan, lehtardan ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerden doğan zarara ilişkin de düzenleme bulunmaktadır. Buna karşın, incelememize konu olan uyuşmazlıkta, sigorta ettiren ve sigortalı aynı kişiler olduğundan ve diğer kişiler bakımından da inceleme yapılmasını gerektiren bir durum söz konusu olmadığından yalnızca sigorta ettiren açısından açıklamalar yapılmıştır.

⁸ Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı Cilt – 1* (Adalet Yayınları 2018) 58.

davranış ile rizikonun gerçekleşmesi tehdidini oluşturan ve derhal rizikonun gerçekleşmesine etki eden davranışlar kastedilmektedir⁹. Örneğin, bilerek ve istenerek aracın uçurumdan aşağı atılması veya tehlikeli ve virajlı bir yolda hız sınırlarına uyulmaması sebebiyle aracın uçurumdan yuvarlanması durumunda TTK m. 1429'un uygulama alanına giren bir kusur durumu söz konusu olacaktır. Çünkü burada kusurlu davranış rizikonun gerçekleşmesinde doğrudan etki göstermiştir.

Ancak, sigorta ettirenin kusurlu davranışının rizikonun gerçekleşmesinde her zaman doğrudan etki gösterdiğinden bahsedilemez. Bir diğer deyişle, sigorta ettirenin kusurlu davranışı, sözleşme kurulmadan önce, sözleşme süresi içinde, riziko gerçekleştikten sonra veya gerçekleşmesinin muhakkak olduğu anda da söz konusu olabilir ve bu davranışın rizikonun gerçekleşmesine etki ettiğinden yahut gerçekleşen riziko sonucunda oluşan zararın artmasına sebebiyet vermesinden bahsedilebilir. Şayet, böyle bir durum söz konusu ise rizikonun gerçekleşmesinde kusurun bulunduğu sonucuna varılarak TTK m. 1429'a başvurmak yerine, kusurlu davranışın zamanı tespit edilerek uyuşmazlıkların çözümünde esas alınması gereken kanun maddeleri belirlenmelidir. Örneğin, sigortalanmış aracın lastiğinin inmeye başladığının fark edildiğini, bu durumun sigorta ettiren tarafından önemsenmediğini ve 1 ay sonra inen lastikler sebebiyle rizikonun gerçekleştiğini kabul edelim. Burada rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin kusurlu davranışının etki gösterdiği açıktır. Ancak, kusurlu davranış rizikonun gerçekleşmesine derhal etki etmemiş, belirli bir süre sonra rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermiştir. Hal böyleyken de TTK m. 1429 anlamında kusurlu davranıştan bahsedilemez ve sözleşme süresi içerisinde sigorta ettirene yüklenen külfetin kusurla ihlal edilmesi söz konusu olur.

B. Sözleşme Öncesi Beyan Külfeti

Sigortalanmak istenen menfaat hakkında en iyi bilgiye sahip olan sigorta ettirenin, sigortacıya yapacağı bilgilendirme, sigortacının sigorta ettirenle sözleşme ilişkisi kurup kurmamasında, riziko/prim arasındaki dengenin kurulmasında, teminatın kapsamının ve sigorta ettirene sözleşme ile yüklenilecek külfetlerin belirlenmesinde önem arz etmektedir¹⁰. Bu sebeple de kanun koyucu, sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan külfetini TTK'nin 1435 ile 1443'üncü maddeleri arasında açıkça düzenlemiş ve sigorta ettirenin beyan külfetini ihlal etmesi haline birtakım yaptırımlar bağlamıştır.

TTK m. 1435'in ilk cümlesine göre; sigorta ettiren sözleşme öncesi beyan külfetinin gereğini yerine getirebilmek adına sözleşmenin yapılması sırasında

⁹ Ünan, Şerh (n 5) 471 ve 518; Omağ (n 5) 30 – 32.

¹⁰ Ünan, Şerh (n 5) 407 – 408; Şeker Öğüz, İhbar Görevi (n 1) 21 – 22; Ağsakal (n 5) 26 – 33; Aydın (n 1) 19 – 21.



bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya tam ve eksiksiz bir şekilde bildirmek zorundadır. Kanun koyucu bir sonraki cümlede ise önemli husus kavramını “*Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar; sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir*” şeklinde tanımlamıştır¹¹. Ayrıca sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususların aksi ispatlanıncaya kadar önemli kabul edileceği konusunda kanuni bir karine getirilmiştir.

Bununla birlikte, sigorta ettiren, sigortalanan menfaate dair kendisine yazılı olarak liste usulüyle sorular sorulmamış olsa dahi önemli hususları sigortacıya bildirmelidir¹². Zira sigortacı tarafından sigorta ettirene liste sunulmamış olması sigorta ettirenin önemli hususları sigortacıya bildirmemesini gerektirmez ve bu durum sigorta ettirene yüklenen sözleşme öncesi beyan külfetini ortadan kaldırmaz¹³. Kanun koyucu, sözleşme öncesi beyan edilmesi gereken hususlarda liste usulünün benimsendiği durumlarda ise beyan külfetinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için sigorta ettirenin kendisine yöneltilen sorulara doğru ve eksiksiz bir şekilde cevap vermesini yeterli bulmuştur. Ancak, kanun koyucu bu duruma bir istisna getirerek, liste usulünün benimsendiği durumlarda sigorta ettirenin kendisine yazılı olarak sorulmayan önemli bir hususu kötü niyetle saklamış olmasının sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁴ (TTK m. 1436/1). Diğer taraftan, sözleşme öncesi beyan edilmesi gereken hususların tespitinde liste usulünün benimsenmiş olması sigortacının soru sorma hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Sigorta ettirene liste ile yöneltilen sorular haricinde de soru sorulmuş ise sigorta ettiren bunları doğru ve eksiksiz olarak yanıtlamalıdır (TTK m. 1436/2). Aksi takdirde, sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlali söz konusu olacaktır¹⁵.

Örneğin, yeni dönem için farklı bir sigortacıyla sigorta sözleşmesi yapılmak istenilmesi durumunda sigorta ettirenin kayıtlara girmeyen bir kaza

¹¹ Değişik şartlarda ifadesinin hatalı bir kullanım olduğu ve bunun yerine daha ağır şartlarda ifadesinin kullanılması gerektiği ile ilgili bkz. Rayegân Kender, ‘Türk Ticaret Kanunu Taslağının Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler’ (2005) (Özel Sayı: 1) SHD 7, 18; Ağsakal (n 5) 10 ff; Şeker Öğüz, İhbar Görevi (n 1) 95 ff; Aydın (n 1) 171 – 172.

¹² Zehra Şeker Öğüz, ‘Sözleşme Öncesi İhbar Görevi’ iç Samim Ünvan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), Sigorta Hukuku Sempozyumları (Onikilevha Yayıncılık 2018) 161 – 165 (Şeker Öğüz, ‘Sözleşme Öncesi’); Aydın (n 1) 177; Ağsakal (n 5) 46; Belin Köroğlu Ölmez ‘Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü’ (2016) 1(2) ÇÜHFD 265, 275 – 276; Önemli unsurların nasıl tespit edileceği ve beyan usulleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aydın (n 1) 169 – 183 ve 105 – 128; Şeker Öğüz, İhbar Görevi (n 1) 97 – 107; Ağsakal (n 5) 10 – 47.

¹³ Şeker Öğüz, ‘Sözleşme Öncesi’ (n 12) 161 – 165; Köroğlu Ölmez (n 12) 275 – 276; Ağsakal (n 5) 46.

¹⁴ Kötüniyet kavramının ayrıntıları hakkında bkz. Aydın (n 1) 242 – 252.

¹⁵ Şeker Öğüz, İhbar (n 1) 105 – 107; Ağsakal (n 5) 42 – 47.

ve o kaza sonucunda arabasında oluşan zararlarla ilgili olarak sigortacıyı bilgilendirmemesi halinde sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlali söz konusu olacaktır. Bir başka örnek olarak ise, aşırı hız sebebiyle ehliyetine el konulmuş ve birkaç defa hız kurallarını ihlalden cezai yaptırıma uğramış olan kişinin, bu durumu sigorta ilişkisi kurulmak istenen sigortacıya bildirmemesini veya yalnızca birkaç defa ihlal cezası yaptırımına uğradığını bildirmemesini yahut kendisine sorulmasına rağmen böyle bir şey yaşamamış olduğunu ileri sürmesini verebiliriz. Her iki örneğimizde de sigortacıya bildirilmeyen veya eksik ya da yanlış bildirilen hususlar, sigortacının sözleşme ilişkisi kurup kurmama noktasındaki iradesini veya kuracak olsa da primlerin daha yüksek olarak belirlenmesini etkileyecek nitelikte önem arz etmektedir.

Kanun koyucu, sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlalinin riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmesi durumuna TTK m. 1439/2'de kusur derecelendirmesine ve bağlantının var olup olmamasına göre farklı yaptırımlar bağlamıştır¹⁶.

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan külfetini ihlal etmesi ihmali davranıştan kaynaklanmış ve söz konusu ihmal tazminatın miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki etmiş ise ödenecek tazminattan indirim yapılacaktır. Kanun koyucu, ihmali davranış ile tazminat miktarı yahut rizikonun gerçekleşmesi arasında bağlantının var olup olmamasına göre tazminat bedelinde indirim yapıp yapılmaması sistemini tercih etmiştir. Buradan çıkarılacak bir diğer sonuç ise, ihmali davranışla bu hususlar arasında bağlantı olmaması durumunda sigorta tazminatının tam ödeneceğidir.

Öte yandan, sözleşme öncesi beyan külfeti kasten ihlal edilmiş de olabilir. Kanun koyucu, kasten beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında bağlantının var olup olmamasına göre farklı yaptırımlar belirlemiştir. Kanuni düzenlemeye göre, kasten beyan edilmeyen husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasında bağlantı var ise sigortacı tazminat ödemekten kurtulacaktır. Ancak, kasten yapılan ihlalle rizikonun gerçekleşmesi arasında bağlantı yoksa sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre tazminatı indirimli şekilde ödeyecektir.

C. Rizikoyu Ağırlaştırma ve Ağırlaşan Rizikoyu Beyan Etme Külfeti

TTK'nin 1444'üncü maddesi, sigorta ettirene, sigorta sözleşmesi süresi içerisinde rizikoyu ağırlaştırma ve ağırlaşan rizikoyu sigortacıya beyan etme külfeti yüklemektedir. Takip eden 1445'inci maddede ise, bu külfetin ihlaline dair yaptırımlar düzenlenmektedir.

¹⁶ Sözleşme öncesi beyan külfetine bağlanan tüm yaptırımlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Şeker Öğüz, İhbar (n 1) 127 - 192; Ağsakal (n 5) 95 - 204; Aydın (n 1) 283 - 384; Erbaş Açıklık (n 1) 145 - 163; Kender, 'Hususi Sigorta' (n 1) 264 - 269.



Rizikonun ağırlaşması, her somut sigorta ilişkisinin kendine özgü şartlarına göre değişen bir durumdur¹⁷. Kanun koyucu, nispi nitelikteki bu kavramı tanımlamaktan çekinmiş ve bu kavramın tanımını, doktrin ve uygulamaya bırakmıştır. Doktrinde Ünan riziko ağırlaşmasını, “*sigorta ettirenin sözleşmeyi kurmaya yönelik iradesini açıkladığı sırada mevcut ve riziko için önemli olan hususların sonradan sigortacının öngöremeyeceği biçimde ve süreklilik göstermek koşuluyla değişmesi ve bunun sonucunda rizikonun gerçekleşmesi veya zararın büyümesi yahut sigortacının haklı görülemeyecek istemlerle karşılaşması olasılığının yükselmesidir*”, şeklinde tanımlamıştır¹⁸. Tanımdan yola çıkarak, riziko ağırlaşmasının unsurlarını tespit etmek gerekirse, ağırlaşan riziko durumu;

- sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra gerçekleşmeli,
- sigortacı bakımından ağırlaşma öngörülemez olmalı,
- süreklilik göstermeli,
- rizikonun gerçekleşmesi veya zararın büyümesi yahut sigortacının haklı görülemeyecek istemlerle karşılaşma olasılığı yükselmeli. Kısaca ifade etmek gerekirse, ağırlaşma esaslı olmalı.

Bu unsurları, çalışmamız kapsamında yeterli olacağı kadar açmamız gerektiği düşüncesindeyiz.

İlk unsurumuz, rizikonun durumundaki değişikliğin sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra gerçekleşmesidir. Rizikonun ağırlaşmasından söz edebilmemiz için sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra prim – riziko arasındaki dengeyi bozacak şekilde rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan faktörlerde değişikliğin olması gerekmektedir¹⁹. Bir başka deyişle, sigorta sözleşmesi kurulmadan önce var olan fakat sigortacıya beyan edilmeyen hususlar veya sözleşmenin kurulmasından önce var olup da tarafların bilmeyerek değişiklik gerçekleştirdiğini zannettiği durumlar rizikonun ağırlaşması kapsamında değildir²⁰. Rizikonun ağırlaşması ile sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra riziko durumunda sigortacının aleyhine değişimler ortaya çıkması kastedilmektedir²¹. Örneğin, işyerini yangına karşı sigorta teminatı altına alan sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra işyerinin yanına benzin istasyonu kurması veya gün boyunca güvenlik görevlisi bulunan bir işyerinde hırsızlık sigortası yapıldıktan sonra güvenlik görevlisinin işten çıkarılması, rizikoyu ağırlaştırıcı değişiklik niteliğindedir.

¹⁷ Omağ (n 5) 41; Ali Ayli, ‘Türk Sigorta Hukukunda Rizikoyu Ağırlaştırmama ve Sözleşmenin Süresi İçindeki Riziko Değişikliklerini İhbar Yükümlülükleri’ (2011) 10(2) İKÜHFD 153, 155; Yener (n 1) 99.

¹⁸ Ünan, Şerh (n 5) 469; Başka tanımlar için bkz. Omağ (n 5) 41 - 42; Ayli (n 17) 155 - 156; Yener (n 1) 99 ff.

¹⁹ Ayli (n 17) 156.

²⁰ Ayli (n 17) 156 - 158; Omağ (n 5) 42.

²¹ Kender, ‘Hususi Sigorta’ (n 1) 271.

İkinci unsurumuz, rizikonun durumunda meydana gelen değişikliğin, sigortacı bakımından öngörülemez olmasıdır²². Sigortacı, önceden öngörebileceği değişiklikleri prim hesabında dikkate almalıdır. Öngörülebilir nitelikteki değişiklikler, riziko – prim dengesinin düzeltilmesini gerektirecek bir husus değildir²³. Örneğin, sözleşmenin kurulduğu sırada var olmayan veya inşaatı başlamayan benzin istasyonunun sonradan kurulacağını sigortacı öngöremez. Söz konusu bu hal, riziko – prim dengesini bozucu niteliktedir.

Üçüncü unsurumuz ise rizikoyu ağırlaştırıcı durumun süreklilik arz etmesidir²⁴. Bunun için de değişen riziko durumunun, sözleşmenin kurulduğu ana göre daha ağır bir seviyeye ulaşması ve bir süre bu seviyede kalması gerekmektedir²⁵. Rizikonun durumundaki geçici değişiklikler ve kısa süreli dalgalanmalar riziko ağırlaşması kapsamında değildir²⁶. Buna karşın, değişikliğin mutlaka kalıcı ve kesintisiz olması da gerekmez²⁷. Örneğin, aracı sigortalanan sigorta ettirene alkolik tanısı konulması, rizikonun durumunda sigortacı aleyhine meydana gelen olumsuz bir değişiklik niteliğindedir ve riziko ağırlaşması olarak kabul edilmelidir. Buna karşın, bir defaya mahsus alkollü araç kullanmak riziko ağırlaşması olarak nitelendirilemez²⁸.

Değişen durumun riziko ağırlaşması kapsamında sayılabilmesi için aradığımız son unsur ise, değişikliğin esaslı olması gerektiğidir. Sigortacı, bu değişikliği bilseydi sözleşmede uyarılama yapacaktı veya sözleşmeyi hiç yapmayacaktı ya da feshedecekti sonucuna varacağımız değişikliklerden bahsedilirse, söz konusu değişikliğin esaslı olduğu sonucuna varılır²⁹. Örneğin, Anadolu'nun küçük bir ilçesinde ikamet eden kişinin bireysel aracı olarak kasko sigortasıyla teminat altına alınan aracın, sonradan İstanbul'da ticari taksit olarak kullanılmaya başlanması esaslı bir riziko ağırlaşması niteliğindedir. Sigortacı, bu durumu bilseydi daha yüksek bir prim miktarı belirleyerek sözleşmeyi yapabilir veya sözleşme ilişkisini hiç kurmayabilirdi.

Riziko ağırlaşmaları, değişen durumun sigorta ettirenin iradesine bağlı olup olmamalarına göre bir tasnife tabi tutulmaktadır. Eğer, değişen duruma sigorta

²² Kemal Şenocak, 'Sigorta Ettirenin Rizikoyu Ağırlaştırmama ve Rizikonun Ağırlaşması Halinde Ağırlaşan Rizikoyu İhbar Külfeti' iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), Sigorta Hukuku Sempozyumları (Onikilevha Yayıncılık 2018) 205 (Şenocak, Riziko); Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri* (5. Baskı, Umuttepe Yayınları 2020) 216 ff; Öngörülemezlikle ilgili tartışmalar için bkz. Yener (n 1) 190 ff.

²³ Omağ (n 5) 49; Şenocak, 'Riziko' (n 22) 205.

²⁴ Şenocak, 'Riziko' (n 22) 204; Ayli (n 17) 156 – 157; Ünan, Şerh (n 5) 470 – 471; Omağ (n 5) 49 ff; Yener (n 1) 200 - 202.

²⁵ Şenocak, 'Riziko' (n 22) 204; Omağ (n 5) 50; Değişikliğin belirli bir süre devam etmesi ile ilgili tartışmalar hakkında bkz. Yener (n 1) 197 ff.

²⁶ Şenocak, 'Riziko' (n 22) 204; Ayli (n 17) 157.

²⁷ Omağ (n 5) 50; Ayli (n 17) 157.

²⁸ Omağ (n 5) 50; Kayıhan ve Günergök (n 22) 216.

²⁹ Omağ (n 5) 57 – 58; Ayli (n 17) 159; Yener (n 1) 220 ff.



ettirenin bizzat kendisi yahut onun açık veya zımnî iradesi ile bir başkası sebep olmuş ise sübjektif riziko ağırlaşmasından; sigorta ettirenin açık veya zımnî iradesi olmaksızın bir başkası tarafından sebebiyet verilmiş olması halinde ise objektif riziko ağırlaşmasından bahsedilir³⁰. Sübjektif riziko ağırlaşmasının derhal, objektif riziko ağırlaşmasının ise sigorta ettirenin öğrenmesinden itibaren 10 gün içinde sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir (TTK m. 1444/2).

Ağırlaşan rizikonun bildirilmesi külfetine ve TTK m. 1444'e bağlanan yaptırımları ele alan 1445'inci maddeye geçmeden önce sıklıkla karşımıza çıkma ihtimali olan bazı durumların rizikonun ağırlaşması sayılıp sayılmadığı hususunu da değerlendirmemiz gerekmektedir.

Rizikonun gerçekleşmesi tehlikesini artıran davranışın doğrudan ve derhal rizikonun gerçekleşmesine yol açmış olması durumunda rizikonun ağırlaşması hükümlerine başvurulamaz. Örneğin, hırsızlık rizikosuna karşı sigorta teminatı altına alınmış işyerinde kendisinden başka hiçbir kimse yokken, sigorta ettiren yan dükkâna gitmiş ve bu esnada riziko gerçekleşmişse, rizikonun ağırlaşmasından bahsedilemez. Burada, rizikonun gerçekleşmesine kusurla sebebiyet verme hali söz konusudur ve TTK m. 1429 hükmü uygulanır³¹.

Rizikonun meydana gelmesinden sonra sigorta ettirenin birtakım davranışları, zarar miktarını artırmış olsa bile bu husus, riziko ağırlaşması kapsamında değildir. Çünkü TTK'nin riziko ağırlaşması hükümlerinin uygulanabilmesi için ağırlaşmanın, kısa süreli olmaması ve yeni bir riziko durumu yaratması gerekmektedir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, sigorta ettirenin almadığı kurtarma tedbirlerinden bahsedilir ve TTK m. 1448 uygulama alanı bulur³². Örneğin, yangın sigortasıyla teminat altına alınan evin mutfağında, ateşin yükselmeye başlaması üzerine sigorta ettirenin hemen yanı başında bulunan yangın tüpünü kullanmadığını ve sonucunda da tüm evin yandığını düşünelim. Burada, alınmayan makul önlemin neticeyi ağırlaştırdığı ve zararı arttırdığı aşikârdır. Ancak, böyle bir olayda riziko ağırlaşması değil, kurtarma tedbirlerinin alınmaması söz konusudur ve TTK m. 1448'e başvurulması gerekmektedir.

TTK m. 1444, ağırlaşan rizikoyu beyan etme külfetini sigorta ettirene yüklemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, sigorta ettirenin iki tür beyan etme külfeti bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, sigorta ettiren veya onun izniyle başkası rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırmışsa veya sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilen hususlardan biri gerçekleşmişse, bu durumun sigortacıya derhal bildirilmesi gerektiğidir. Bir diğeri ise, bu işlemlerin sigorta ettirenin bilgisi dışında yapılmış olması halinde öğrenildiği tarihten itibaren en geç on gün içinde sigortacıya bildirilmesidir³³.

³⁰ Ayli (n 17) 160; Kender, 'Hususi Sigorta' (n 1) 272 – 273.

³¹ Omağ (n 5) 30 – 32; Ünan, Şerh (n 5) 471; Yener (n 1) 217 – 219.

³² Ayli (n 17) 159; Ünan, Şerh (n 5) 518 – 519; Yener (n 1) 189 - 190; Emiralioğlu (n 1) 80 – 81.

³³ Her iki durumun ayrıntılarıyla ilgili bkz. Ünan, Şerh (n 5) 474 – 482; Yener (n 1) 398 - 424.

TTK m. 1444'ü takip eden TTK m. 1445'te, rizikoyu ağırlaştırılmama ve ağırlaşan rizikoyu beyan etme külfetine bağlanan yaptırımları ele alan kapsamlı bir düzenlenmeye yer verilmiştir. Karara konu olan olayımız bakımından yalnızca TTK m. 1445/5 hükmünün incelenmesi yeterli olacaktır³⁴. Rizikonun ağırlaşması veya ağırlaşan rizikonun bildirilmemesi çoğu zaman, riziko gerçekleştikten sonra yapılacak incelemeler sonucunda ortaya çıkacaktır. Kanun koyucu, bahse konu fıkrada bu hususu ele alarak zarar sigortaları açısından da tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiğine dair bir yaptırım sistemi öngörmüştür³⁵. Rizikonun ağırlaştığının ve ağırlaşan rizikonun bildirilmemesinin ihmalen ihlal edildiğinin saptanması durumunda, söz konusu ihmali sigortacının ödeyeceği tazminatı artırmış veya rizikonun gerçekleşmesine etki etmiş ise ihmalin derecesine göre sigorta tazminatından indirim yapılır. Buna karşın, sigorta ettirenin ihmalinin değil de kastının bulunması halinde rizikonun ağırlaşmasıyla gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacı tazminat ödeme borcundan kurtulur. Ancak, bağlantı bulunmamaktaysa ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oran dikkate alınarak sigorta tazminatı indirimli şekilde ödenir.

D. Zararı Önleme, Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Külfeti

E - TTK'nin 1293'üncü maddesinde koruma tedbirleri başlığıyla düzenlenen bu külfet³⁶, yeni kanunda 1448'inci maddede halefiyet hakkının korunmasını kapsayacak şekilde genişletilerek kaleme alınmıştır. Sigorta ettirene yüklenen kurtarma ve halefiyet hakkının korunması külfetinin³⁷ amacı, rizikonun

³⁴ Madde metninin tamamı hakkındaki açıklamalar için bkz. Ünan, Şerh (n 5) 483 – 501; Ayli (n 17) 166 ff; Yener (n 1) 425 - 554; Şenocak, 'Riziko' (n 22) 207 – 213.

³⁵ Madde metni, sigorta hukuku kitabının genel hükümler kısmında bulunmaktadır. Kanun koyucu, bu hususu dikkate alarak yalnızca zarar sigortalarında gündeme gelebilen tazminat ödeme borcundan değil, meblağ sigortalarında söz konusu olan bedel ödeme borcundan da bahsetmiştir.

³⁶ Kanun koyucu, eski metnin başlığını koruma tedbirleri olarak belirlemiştir. Ancak eski kanun zamanında bu hüküm "kurtarma külfeti", "kurtarma ödevi", "zararı hafifletme ve kurtarma yükümlülüğü" gibi farklı adlarla adlandırılmaktadır. Koruma tedbirleri başlığının kullanılması sebebiyle, bu külfetin genel koruma tedbirlerinden farkının anlaşılmadığı ileri sürülerek koruma yerine kurtarma ifadesinin kullanılması gerektiği savunulmuştur. Eski kanun bakımından bu hükmün adlandırılmasıyla ilgili tartışmalar için bkz. Kayıhan (n 5) 530; Şenocak, 'Zararı Önleme' (n 1) 366 – 367; Emiralioglu (n 1) 45 – 47. Kanaatimizce de eski kanun bakımından bu külfetin kurtarma külfeti olarak adlandırılması gerekmektedir ve çalışmanın devamında eski kanun bakımından açıklama yapıldığında kurtarma külfeti/ kurtarma tedbirleri ifadeleri tercih edilecektir.

³⁷ Kanun koyucu, madde metninin başlığını zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü olarak belirlemiştir. Ancak, kanaatimizce bu maddenin kurtarma ve halefiyet hakkının korunması külfeti olarak adlandırılması daha doğru olacaktır. Çünkü hukuki kavramların mümkün olduğunca öz/kısa olarak ifade edilmesi gerekmektedir.

|||||||

gerçekleştiği veya gerçekleşmesinin muhakkak olduğu anda sigorta ettirenin, sigortanın varlığına güvenerek önlem almaksızın zararın boyutlarını artırmasına engel olmaktır³⁸. Kanun koyucu tarafından yüklenen bu külfet uyarınca, rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğu veya gerçekleştiği anda sigorta ettiren zararın azaltılması adına makul önlemler almalıdır³⁹. Sigortacı da makul önlemlerden doğan masrafları sigorta ettirene ödemelidir⁴⁰. Eski kanundan farklı olarak yeni kanunda sigorta ettirenin, önlemler alınması adına sigortacıdan avans talep edebileceği düzenlenmiştir. Yine eski kanuni düzenlemeden farklı olarak, bu külfete bağlanan yaptırımda değişiklik yapılmıştır⁴¹. E – TTK m. 1293’ün ihlaline bağlanan yaptırımları ele alan E – TTK m. 1292/2’ye göre, külfetin ihlaline bağlanan yaptırım kasti davranışla gerçekleşmişse sigorta ettiren sigortadan doğan haklarını kaybedecek, kusurla gerçekleşmişse kusurun ağırlığına göre tazminatta indirim yapılacaktır. TTK m. 1448/2’ye göre ise, bu külfetin ihlaline yaptırım uygulanabilmesi için ihlalin sigortacı aleyhine bir durum yaratması gerekmektedir. Aynı fıkrada, külfetin ihlaline bağlanan yaptırım ise kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılması şeklinde kaleme alınmış ve sigorta ettirenin sigorta tazminatından doğan haklarını tamamen kaybettiği yönündeki eski düzenlemeden vazgeçilmiştir⁴².

Zararı önleme, azaltma ifadesi kurtarma olarak adlandırılabilir. Bu iki kavramın kurtarma adıyla ifade edilmesiyle birlikte maddenin genel koruma tedbirlerinden farklı bir durumu ele aldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, madde metninin başlığında yer alan rücu hakkı ifadesiyle de bahsedilen esasen halefiyet hakkıdır. Rücu hakkı ifadesiyle kastedilenin halefiyet hakkı olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Kender, ‘Hususi Sigorta’ (n 1) 286; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 157. Kurtarma ve halefiyet hakkının korunması külfeti ifadesinin neden tercih edilmesi gerektiği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Emirlioğlu (n 1) 57 – 58 ve 77 - 79.

³⁸ Kurtarma ve halefiyet hakkının korunması külfetinin amacına ilişkin bkz. Ünán, Şerh (n 5) 511; Kemal Şenocak, ‘Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Külfetine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2014) XXVIII Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 45, 47 (Şenocak, ‘Yargıtay Kararları’); Kender, ‘Hususi Sigorta’ (n 1) 286; Kayıhan ve Günergök (n 22) 227; Emirlioğlu (n 1) 56. Bu külfetin amaçlarından bir tanesi de sigortacının halefiyet hakkının korunmasıdır. Çalışmamız bakımından sigortacının halefiyet hakkının korunması adına alınması gereken önlemlere dair açıklama yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

³⁹ Kurtarma ve halefiyet hakkının korunması külfetinin ifasının yerine getirebilmesi adına alınması gereken önlemler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kayıhan (n 5) 520 – 523 ve 534; Şenocak, ‘Zararı Önleme’ (n 1) 404 - 407; Emirlioğlu (n 1) 86 – 96.

⁴⁰ Kurtarma ve halefiyet hakkının korunması külfetinin ifasından doğan masraflar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ali Haydar Yıldırım, *Sigortacının Koruma ve Kurtarma Masraflarından Sorumluluğu* (TTK m. 1448/f. 3 – 4) (Onikilevha Yayıncılık 2019); Emirlioğlu (n 1) 110 – 150.

⁴¹ Eski kanunda bu külfete bağlanan yaptırımın sistematığı ve ilgili Yargıtay kararları hakkında bkz. Emirlioğlu (n 1) 52 – 55.

⁴² Yeni kanunda bu külfete bağlanan yaptırımın sistematığı ve ilgili Yargıtay kararları hakkında bkz. Emirlioğlu (n 1) 98 – 109.

Kararımız bakımından önemli olan husus ise, TTK m. 1448'in uygulama anının ne zaman başladığının tespit edilmesi olduğundan bu husus ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Eski kanun zamanında, sigorta ettirenin kurtarma külfetinin ne zaman başlayacağına ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttu ve yargı kararlarında farklı yönde içtihatlar ortaya çıkmaktaydı. Bir kısım yazar, kurtarma tedbirleri alma anının riziko gerçekleştiğinden sonra başladığını savunmuştur⁴³. İkinci bir görüş uyarınca ise, kurtarma tedbirleri alma anı riziko gerçekleşmeden önce başlamalı fakat riziko gerçekleşmeden önceki an geriye doğru çok geniş yorumlanmamalı ve rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğu an esas alınmalıdır⁴⁴. Doktrinde üçüncü bir görüş ise, kurtarma tedbirleri alma anının sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla başladığını savunmuştur⁴⁵. Yargıtay'ın eski kanun zamanında her üç yönde de kararları bulunmaktadır⁴⁶.

⁴³ Kayihan ve Günergök (n 22) 228; Haydar Arseven, *Sigorta Hukuku* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 1987) 125.

⁴⁴ Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (1. Baskı, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1965) 236 - 237; Şenocak, 'Zararı Önleme' (n 1) 416; Tekin Memiş, *Yangın Sigortasında Riziko* (Seçkin Yayıncılık 2001) 172 - 176; Emine Yazıcıoğlu, *Tekne Sigortası Sözleşmesi*, (Beta Yayıncılık 2003) 239 - 240; Ünan, 'Sorumlar' (n 1) 109.

⁴⁵ İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, (4. Baskı 3. Cilt, Beta Yayıncılık 2004) 3343. Doğanay, konuyla ilgili olarak şu yönde ifadelerde bulunmuştur; "*Koruma tedbirlerine ilişkin TTK'nin 1293'üncü maddesi hükmüne göre, sigorta ettiren kimse, gerek rizikonun gerçekleşmesinden önce ve gerekse sonra zararı önleyecek, azaltacak veya hafifletmeye yarayacak her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.*" Doğanay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu Yargıtay kararı için bkz. Doğanay, d. 166, s. 3343.

⁴⁶ Birinci görüşü destekleyici yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 711/4546, 09.05.2002 (<https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2002-711-k-2002-4546-t-09-05-2002-yargitay-11-hukuk-dairesi-karari/468361/> E.T; 18.03.2021); Yargıtay'ın yeni kanunun yürürlüğe girdikten sonraki benzer olaylara ilişkin kararlarında da eski kanunun uygulama anının riziko gerçekleştiğinden sonra başladığına ilişkin açıklamaları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 17 HD, 13747/13051, 30.09.2014 (<https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2014-13747-k-2014-13051-t-30-09-2014/1628049/> E.T; 18.03.2021); İkinci görüşü destekleyici nitelikte kararlar için bkz. Yargıtay 17 HD, 655/3378, 20.05.2009 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2009-655-k-2009-3378-t-20-05-2009> E.T; 18.03.2021); "*... somut olayda yağı tükenmiş aracın zorunluluk olmaksızın çalıştırılmasına devam edilmesinden kaynaklanan motordaki zarar TTK'nin 1293. maddesi ve Kasko Sigortası Genel Şartlarının A.1 ve A.5.7 maddeleri uyarınca kasko sigortası teminatı dışındadır...*". Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu yönde karar vermesi şundan kaynaklanmaktadır; Bilindiği üzere, yağı tükenmiş bir aracın kullanılması motorun yanmasına sebep olmaktadır. Yağı tükenen arabanın sürülmeye devam edilmesi, rizikonun gerçekleşeceğinin muhakkak olduğunu göstermektedir; Üçüncü görüşü destekleyici nitelikteki eski tarihli karar için bkz. Yargıtay 11 HD, 1515/2212, 28.04.1977 sayılı ilam için bkz. Ünan, 'Sorumlar' (n 1) 112 - 113. Yargıtay kararına konu olmuş başka bir uyuşmazlıkta ise davalı sigorta şirketinin, yangın çıkışından önce ve yangın çıkışıyla söndürülmesi süresince sigortalının almış olduğu tedbirlerin, ETK m. 1293 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki savunması dikkate alınmıştır. Kararda, dikkate alınacak bu değerlendirme sonucunda, ETK m. 1293'e



Yeni kanunda, kanun koyucu, bu tartışmalara son vermek istemiş ve kurtarma tedbirleri alma anının ne zaman başlayacağına dair açık bir düzenleme getirmiştir. Yeni düzenlemeye göre, kurtarma tedbirleri, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu veya gerçekleştiği anda alınmaya başlamalıdır. Kanuni düzenlemenin esas aldığı, rizikonun gerçekleşmesinin yüksek ihtimal olduğu an ifadesinin yerindeliği de şüphelidir. Kanaatimizce, eski kanun zamanında da savunulan kurtarma tedbirleri alma anının rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğu veya gerçekleştiği anda başlayacağı yönündeki görüş esas alınmalı ve rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu anın, rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak/kesin olduğu an olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁷. Bu görüşün savunulmasına ilişkin gerekçelerimiz ise şunlardır;

1. Kurtarma tedbiri alma anının riziko gerçekleştikten sonra başlayacağına ilişkin görüşün kabul edilmesi durumunda sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşeceğinin muhakkak olduğunu anlamasına rağmen hareketsiz kalacaktır⁴⁸. Sigorta ettirenin hareketsiz kalması, zararın oluşmasına ya da oluşacak zararın artmasına sebebiyet verecektir. Ayrıca, sigorta ettiren riziko gerçekleşmeden hemen önce alacağı tedbirlerden doğan masraflarını, sigortacıdan alamayacağını düşünerek gerekli önlemleri almaktan kaçınacak ve sigorta tazminatının daha da artmasına sebebiyet verecektir⁴⁹.

2. Kurtarma tedbirleri alma anının geriye doğru bir hayli geniş şekilde yorumlanması, bu külfetle, rizikoyu ağırlaştırmama ve ağırlaşan rizikoyu sigortacıya beyan etme külfeti arasındaki sınırın saptanmasında sorun

göre tazminatta indirim yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 11 HD, 3905/13043, 17.12.2009 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2008-3905-k-2009-13043-t-17-12-2009> E.T; 18.03.2021). Eski tarihli farklı yöndeki kararlar için bkz. Işıl Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (Genişletilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi 2005) 78.

⁴⁷ Kemal Şenocak, 'Türk Ticaret Kanununun Mal Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği' (2009) 58 (1) AÜHFHD 189, 213 – 215; Ünán, Şerh (n 5) 513; Kayıhan ve Günergök (n 22) 228; Evrim Akgün, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi*, (Onikilevha Yayıncılık 2017) 278; Emirlioğlu (n 1) 71 – 77; Yener (n 1) 189; Doktrinde Keser ise aksi görüştedir. Yazar, kanuni ifadeye bağlı kalınmasını ve bu külfetin rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu anda başlaması gerektiği savunmuştur. Bkz. Seçil Keser, *Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2015) 45; Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan başka bir değerlendirmede ise rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlar yerine artması ihtimalinin yüksek olduğu haller ifadesinin kullanılması gerekmektedir. Bkz. Zihni Metezade, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım İle İlgili Görüşler (Genel Hükümler)' (2005) Özel Sayı: 1 SHD 35, 49.

⁴⁸ Şenocak, 'Zararı Önleme' (n 1) 408 – 418; Kayıhan (n 5) 532; Emirlioğlu (n 1) 49.

⁴⁹ Kayıhan (n 5) 532; Emirlioğlu (n 1) 49; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz (n 37) 157.

yaratacaktır⁵⁰. Örneğin, farları çalışmayan aracını uzun süredir kullanmaya devam eden ve bu esnada bir gece yarısı görüş yetersizliğinden dolayı kaza yapan sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştırılmama külfetini ihlal ettiğinden bahsetmek gerekir. Bahse konu durumda, farların bozulması rizikonun gerçekleşme ihtimalini artıran bir durum olup, farı çalışmayan aracın her hâlükârda kaza yapacağı söylenemez. Farın bozulmasıyla birlikte kurtarma tedbirlerinin alınması gerektiğinin kabulü, rizikoyu ağırlaştırılmama kavramının içeriğini boşaltacak ve buna dair hükümlerin uygulama alanını ortadan kaldıracaktır⁵¹.

3. Kurtarma tedbirlerinin alınmasının rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğu zaman diliminden önceki bir anda başlayacağını kabul edilmesi, rizikoyu ihmalle gerçekleştiren sigorta ettirenin sigorta tazminatından eksiksiz bir şekilde faydalanmasını engelleyecektir. Bu yönde bir kabul, TTK m. 1429'un uygulanmasında problemler yaratacak, her iki hükmün çelişmesine sebep olacak ve yaptırımları farklı olan iki hükmün uygulama alanının aynı olması sonucunu doğuracaktır⁵². Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, aksi kararlaştırılmadığı sürece rizikonun gerçekleşmesine ihmalle sebebiyet verilmesi durumunda sigortacı tazminatı eksiksiz ödemelidir. Kurtarma tedbirlerinin alınmamasının ihmali halinde ise sigortacı, indirimli bir şekilde tazminat ödeyecektir. Örneğin, kırmızı ışıkta geçilmesi durumunda rizikonun gerçekleşme ihtimali yüksektir. Söz konusu bu durumda, TTK m. 1448'in lafzına göre yorum yapıp rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu an ifadesinden yola çıkılırsa TTK m. 1429'un uygulama alanı ortadan kalkacaktır ve sigortalı sigorta tazminatına eksiksiz bir şekilde ulaşamayacaktır. Dolayısıyla, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu an ifadesinin de rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak/kesin olduğu an olarak esas alınması gerekmektedir.

4. Kurtarma tedbirleri alma anının rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğu andan önce başlayacağını kabul edilmesi durumunda, sigorta ettirenin, sigortalanan menfaati koruma amacıyla sigorta ilişkisi boyunca rizikonun gerçekleşmesini engellemek için alması gereken önleyici tedbirlerin masraflarının, sigortacıdan tazmin edilmesi sonucuyla karşılaşılabilecektir⁵³. Bu görüşü kabul eden yazarlar, sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra sigortalı menfaati genel koruma tedbirleri uyarınca koruması gerektiğiyle, rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğu veya gerçekleştiği andan sonra alınması gereken kurtarma tedbirlerini birbirine karıştırmaktadır. Bu görüşün kabulü durumunda, sigorta ilişkisinin kurulmasından sonra sigortalı malı korumaya ilişkin alınan tüm önlemlerin

⁵⁰ Ünán, Şerh (n 5) 518 – 519; Şenocak, 'Yargıtay Kararları' (n 38) 48 – 49; Emiralioglu (n 1) 50.

⁵¹ Başka bir örnek için bkz. Emiralioglu (n 1) 50.

⁵² Ünán, Şerh (n 5) 512 – 513; Şenocak, 'Zararı önleme' (n 1) 417 – 418; Emiralioglu (n 1) 50.

⁵³ Şenocak, 'Yargıtay Kararları' (n 38) 46; Emiralioglu (n 1) 51.



masraflarının sigortacıdan talep edilmesi sonucuna varılacaktır. Örneğin, bir binanın yangın sigortasıyla teminat altına alındığını kabul edelim. Kurtarma tedbirlerinin sözleşmenin kurulmasıyla başlayacağını kabul edilmesi, sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra alınan yangın söndürme tüplerinin ve kurulan yangın alarmı sistemlerinin masrafının sigortacıdan talep edilmesi sonucunu doğuracaktır⁵⁴. Böyle bir kabul, sigorta ilişkisinin mantığıyla bağdaşmamaktadır ve sigortacının ekonomik mahvına da sebebiyet verebilecek niteliktedir.

SONUÇ

Çalışmamıza konu olan olayımızda, sigorta ettirenin yağ kaçağı sebebiyle hafif kusurlu geçmiş aracını yaklaşık 10 ay daha kullanmaya devam etmesinin ve hasarın da bu süre zarfında ortaya çıkmış olmasının üzerinde durulması gerekmektedir.

Karara konu olan olayda sigorta ettirenin kusurlu davranışının rizikonun gerçekleşmesine 10 ay sonra etki ettiği tespit edilmiştir. Rizikonun gerçekleşmesi tehdidini doğuran davranışların, doğrudan ve derhal rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermesi durumunda TTK m. 1429'un uygulama alanı bulması gerekmektedir. Örneğin, somut uyuşmazlığımızda, araç muayene istasyonundan çıktıktan çok kısa bir süre sonra seyir halindeyken yanması durumu söz konusu olsaydı, TTK m. 1429 hükmüne başvurularak hukuki uyuşmazlığın çözülmesi gerekecekti. Çünkü hafif yağ kaçağı bulunan aracın kullanılması, rizikonun gerçekleşmesi tehdidini doğuran bir davranıştır ve bu davranışın da hemen rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verdiğiinden bahsedilecektir. Hal böyleyken de sigorta ettirenin kusurlu davranışının rizikonun gerçekleşmesine doğrudan etki etmesi söz konusu olacağından, TTK m. 1429 hükmüne başvurularak uyuşmazlığın giderilmesi gerekmektedir. Ancak, karara konu olayda sigorta ettirenin kusurlu davranışının rizikonun gerçekleşmesine derhal etki ettiğiinden bahsedilemeyeceğinden TTK m. 1429'un tartışılması kanaatimizce doğru değildir.

Diğer taraftan, bahse konu uyuşmazlığın sigorta ettirenin kurtarma ve halefiyet hakkını koruma külfetini düzenleyen TTK m. 1448'le bağdaştırılması da yerinde değildir. Çünkü yağ kaçağı sebebiyle hafif kusurlu geçmiş aracın kullanılması durumunda rizikonun gerçekleşmesinin muhakkak olduğundan söz edilemez. Buna karşın, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin normale göre daha yüksek olduğundan söz edilebilir. Yağ kaçağının 10 ay sonra yangına sebebiyet vermesinden de anlaşılacağı üzere, çok cüzi bir miktar kaçaktan bahsedilebilir. Hal böyleyken de rizikonun kesinlikle gerçekleşeceği sonucuna varılıp TTK m. 1448'e başvurulamaz. Aksinin kabulü durumunda, rizikonun

⁵⁴ Şenocak, birebir aynı örneği 1972 tarihli bir Yargıtay kararı üzerinden vermiştir. Bkz. Şenocak, 'Yargıtay Kararları' (n 38) 46; Başka bir örnek için bkz. Emirlioğlu (n 1) 51.

gerçekleşmemesi için alınması gereken önleyici tedbir olan bir ustaya başvurarak kaçağın olduğu noktanın tamir edilmesinin masrafı sigortacıya yükletilecektir. Ancak, sigorta ilişkisinin mantığının sigorta ettirene ödenen prim karşılığında, sigortalanan menfaati korumak adına alınan her önlemin masrafının sigortacıdan karşılanması olmadığı aşikârdır. Örneğin, aracın yağ deposunun tamamen delinmesi durumunda rizikonun muhakkak gerçekleşeceğinden bahsedilebilir. Yağ deposu tamamen delinmiş aracın kullanılmaya çalışılması, motorun yanmasına ve hasarın oluşmasına muhakkak sebebiyet verecektir ve böyle bir durum söz konusu olduğunda da alınan makul önlemlerin masrafları sigortacıdan talep edilebilecektir.

Kanaatimizce, yağ deposundaki hafif kaçağa rağmen 10 ay daha kullanılan araçta rizikonun gerçekleşmesi durumunda sözleşme öncesi beyan külfeti ve rizikoyu ağırlaştırma ve ağırlaşan rizikoyu beyan etme külfeti hükümleri tartışılmalıdır. Çünkü olayımızda, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi tehdidini doğuran davranışı çok uzun bir süre devam etmiş ve akabinde riziko gerçekleşmiştir. Yargıtay kararı incelendiğinde sigorta himayesinin ne zaman başladığı ve sigorta sözleşmesi kurulmasından önce mi yoksa sonra mı araç muayenesinin yapıldığı ile araçtaki kusurun sözleşme kurulmadan önce var olup olmadığı tespit edilememektedir. Dolayısıyla, burada her iki ihtimal de esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Birinci ihtimal, davaya konu olan aracın muayenesinin, sigorta himayesi başlamadan önce yapılmış olmasıdır. Araç muayenesi sonucunda tespit edilen kusurların sigortacıya bildirilmemesi sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlali niteliğinde olacaktır. Araç muayene istasyonu tarafından tespit edilen eksiklikler, sigorta ettirenin bildiği veya muayene sonrası verilen raporu okuyarak rahatlıkla bilebileceği nitelikteki bir husustur. Yağ deposundaki kaçağın yangına sebebiyet verecek kadar ciddi bir husus olması, bu durumun önemli nitelik taşıdığını da göstermektedir. Sigortacı tarafından sözleşme görüşmeleri sırasında sigorta ettirene liste usulüyle soru sorulmamış ise muayene istasyonu tarafından tespit edilen yağ deposundaki kaçağın bildirilmemesi, sözleşme öncesi beyan külfetinin ihmalle veya kasten ihlal edilmesini gündeme getirecektir. Aynı şekilde, sigorta ettirene liste usulüyle soru sorulmuş ancak sigorta ettirene yöneltilen sorular arasında araç muayenesinin yapıp yapılmadığına şayet yapıldı ise araçta hangi kusurların bulunduğu dair herhangi bir sorunun bulunmaması halinde de sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Fakat böyle bir durum söz konusu olduğunda sigorta ettirenin kötü niyetli olup olmadığının tartışılması yapılmalıdır. Yine, sigortacının liste dışında da sigorta ettirene sözlü veya yazılı olarak soru sorması ve bu sorular içinde bu hususun bulunması ve sigorta ettirenin doğru ve eksiksiz bir şekilde yanıt vermemesi durumunda da sözleşme öncesi beyan külfetinin ihlali söz konusu olabilir. Yangının yağ



deposundaki kaçak sebebiyle ortaya çıkması, beyan edilmeyen husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasındaki bağlantının varlığını kanıtlamaktadır. Dolayısıyla burada somut olaydaki tüm hususlar göz önüne alınarak, sözleşme öncesi beyan külfetinin ihmalen mi yoksa kasten mi ihlal edilmiş olduğunun tespiti yapılmalıdır. Eğer, ihmalen bir ihlalden söz edilirse ihmalin derecesine göre sigorta tazminatından indirim yapılacaktır. Öte yandan, kasti bir ihlalin var olduğuna kanaat getirilirse sigortacı tazminat ödemekten kurtulacaktır.

İkinci ihtimal ise, sigorta himayesi başladıktan sonra araç muayenesinin yapılmış ve araçtaki kusurun sözleşme süresi içinde ortaya çıkmış olmasıdır. Davacı sigorta ettirenin, aracını tamir ettirmeden yağ kaçağını göz ardı ederek aracı uzun bir süre sürmeye devam etmesi rizikonun objektif ağırlaşması niteliğindedir. Sigorta ettiren ağırlaşan riziko durumunu, araç muayenesiyle öğrenmiş ve buna karşın önlemler almak ve bunu öğrendiği tarihten itibaren 10 gün içinde sigortacıya ihbar etmek yerine aracını aylarca kullanmaya devam etmiştir. Rizikonun ağırlaşması için aranan, sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra ağırlaşmanın meydana gelmesi, ağırlaşmanın öngörülemez olması, süreklilik taşıması ve esaslı olması şartları sağlanmaktadır. Dolayısıyla, araç muayenesinin sigorta sözleşmesi süresi içinde yapılması ve araçtaki kusurun sigorta ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olması söz konusu ise, hukuki uyumsuzluğun tespitinde rizikoyu ağırlaştırmama ve ağırlaşan rizikoyu beyan etme külfetinin ihlal edildiği sonucuna varılması gerekmektedir. Bu sonuca varıldıktan sonra ise, TTK m. 1444'ün ihlaline bağlanan yaptırımları ele alan TTK m. 1445'e başvurulmalıdır. Davalı sigortacı tarafından, yağ kaçağının rizikoyu ağırlaştırdığı riziko gerçekleştikten sonra tespit edildiği için TTK m. 1445/5 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Yine aynı şekilde sigorta ettirene uygulanacak yaptırımı tespit edebilmek için sözleşme süresi içindeki külfetinin ihmalen mi kasten mi ihlal edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayın tüm koşulları göz önüne alındığında, davacı sigorta ettirenin sözleşme süresi içindeki külfetini ihmalen ihlal ettiği sonucuna varılırsa, söz konusu ihmalen rizikonun gerçekleşmesi arasında bağlantı bulunduğu için ihmalen derecesine göre ödenecek tazminatta indirim yapılmalıdır. Buna karşın, ihlalin kasten olduğuna kanaat getirilirse, sigortacı tazminat ödemekten kurtulmalıdır.

KAYNAKÇA

Ağsakaç İ, *Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları* (Adalet Yayınları 2015).

Akgün E, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi* (Onikilevha Yayıncılık 2017).

Antalya, O. G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,2* (Genişletilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019).

Arseven H, *Sigorta Hukuku* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 1987).

Avcı Z, *Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi* (Adalet Yayınları 2021).

Aydın S, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları – Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı* (Seçkin Yayınları 2018).

Ayli A, *Türk Sigorta Hukukunda Rizikoyu Ağırlaştırılmama ve Sözleşmenin Süresi İçindeki Riziko Değişikliklerini İhbar Yükümlülükleri* (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 153 – 189.

Bozer A, *Sigorta Hukuku* (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1965).

Can M, *Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı Cilt – 1* (Adalet Yayınları 2018).

Doğanay İ, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi* (4. Baskı 3. Cilt, Beta Yayıncılık 2004).

Erbaş Açıklık A, *'Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar'* (2019) 35(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 131 – 168.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Emirlioğlu F, *Sigorta Ettirenin Zararı Önleme – Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Külfeti (TTK m. 1448)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Ağustos 2020).

Kayıhan Ş, *'Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi'* (2005) IX (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 513 – 541.

Kayıhan Ş ve Günergök Ö, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri* (5. Baskı, Umuttepe Yayınları 2020).

Kender R, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Onikilevha Yayıncılık 2016) (Kender, 'Hususi Sigorta').

Kender R, *'Türk Ticaret Kanunu Taslağının Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler'* (2005) (Özel Sayı: 1) Sigorta Hukuku Dergisi, 7 – 28.

Keser S, *Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2015).

Koroğlu Ölmez B, *'Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü'* (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265 – 291.

Memiş T, *Yangın Sigortasında Riziko* (Seçkin Yayıncılık 2001).



Metezade Z, '*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım İle İlgili Görüşler (Genel Hükümler)*' (2005) (Özel Sayı: 1), Sigorta Hukuku Dergisi, 35 – 51.

Oğuzman M. K. ve Öz M. T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2* (Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).

Omağ MK, *Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu* (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985).

Şeker Öğüz Z, '*Sözleşme Öncesi İhbar Görevi*', Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), Sigorta Hukuku Sempozyumları (Onikilevha Yayıncılık 2018) 155 – 172 (Şeker Öğüz, 'Sözleşme Öncesi').

Şeker Öğüz Z, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sözleşme Öncesi İhbar Görevi* (Filiz Kitabevi 2010) (Şeker Öğüz, İhbar).

Şenocak K, '*Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)*' (1995) 44(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 365 – 424 (Şenocak, 'Zararı Önleme').

Şenocak K, '*Sigorta Ettirenin Rizikoyu Ağırlandırmama ve Rizikonun Ağırlaşması Halinde Ağırlaşan Rizikoyu İhbar Külfeti*', Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), Sigorta Hukuku Sempozyumları (Onikilevha Yayıncılık 2018) 201 - 213 (Şenocak, 'Riziko').

Şenocak K, '*Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Külfetine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*' (2014) XXVII Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXVIII, 45 – 64 (Şenocak, 'Yargıtay Kararları').

Şenocak K, '*Türk Ticaret Kanununun Mal Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği*' (2009) 58(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 189 – 230.

Ulaş I, *Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (Genişletilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi 2005).

Ünan S, '*Kara Sigortalarında Sigorta Ettirenin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar*' (1998) (1) Sigorta Hukuku Dergisi, 97 – 113 (Ünan, 'Sorunlar').

Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler (Madde 1401 – 1452)* (Onikilevha Yayıncılık 2016) (Ünan, Şerh).

Yazıcıoğlu E, *Tekne Sigortası Sözleşmesi* (Beta Yayıncılık 2003).

Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).

Yener Mİ, *Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması* (Seçkin Yayınları 2020).

Yıldırım AH, *Sigortacının Koruma ve Kurtarma Masraflarından Sorumluluğu* (TTK m. 1448/f. 3 – 4) (Onikilevha Yayıncılık 2019).

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar;

<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama>.



KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Case
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
d	: dipnot
D.	: Decision
E.	: Esas
EBYÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
eds	: Editör
E.T	: Erişim Tarihi
E – TTK	: 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
ff	: and following (takip eden)
HD	: Hukuk Dairesi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
n	: footnote (dipnot)
s.	: sayfa
SHD	: Sigorta Hukuku Dergisi
T.	: Tarih
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vs.	: vesaire

BANKACILIK ZİMMETİ SUÇU

Crime of Banking Embezzlement

Onuralp ATAY*

Özet

Bankacılık zimmeti suçu 19/10/2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenmektedir. Bankacılık zimmeti suçunun faili ancak banka yönetim kurulu, başkan ve üyeleri ile diğer mensupları olabilir. Bankacılık işlemlerinin mülkiyet hakkına yönelik olması sebebiyle bankacılık zimmeti suçunun işlenmesiyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiğini ve korunan hukuki değerın mülkiyet hakkı olduğunu belirtmek mümkündür. Ceza hukukuna göre suçun faili yalnızca gerçek kişi olabilir. Bu sebeple bankacılık zimmet suçunun faili de ancak gerçek kişi olabilecektir. Suçun konusu ise para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer mallardır. Bankacılık Kanunu'nun 160/1 ve 160/3. maddelerinde iki ayrı suç düzenlenmektedir. İlk fıkrada fiil, failin görevi nedeniyle zilyetliğı kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı zimmete geçirmektedir. Üçüncü fıkradaki fiil ise faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak olarak tanımlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: bankacılık faaliyetleri, zimmet, varsayımsal zimmet, zilyetlik, kredi sözleşmeleri.

Abstract

Banking embezzlement is regulated in Article 160 of the Banking Law No. 5411 dated 19/10/2005. The perpetrator of the banking embezzlement crime can only be the bank's board of directors, chairman and members, and other members. It is possible to state that the right to property is violated by committing the crime of banking embezzlement, since the banking transactions are for the right of ownership, and the protected legal value is the right of ownership. According to criminal law, the perpetrator of the crime can only be a natural person. For this reason, the perpetrator of the banking embezzlement crime can only be a real person. The subject of the crime is money or money substitute documents or bills or other goods. Two separate offenses are regulated in the article 160. The act in the first paragraph is embezzles the property

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* LL.M, Hâkim, Adalet Bakanlığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, onuralp.atay@ogr.iu.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0001-8434-6057>

whose possession has been transferred to him due to his duty or which he is obliged to protect and supervise. The act in the third paragraph is the real person shareholders have held the control the management and supervision of a bank whose permission for banking transactions has been revoked or has been transferred to the SDİF, are proven to have used the credit institution's resources directly or indirectly in their own interests or in the third persons, their such acts shall be considered embezzlement.

Keywords: bank activities, embezzlement, hypothetical embezzlement, possession, loan agreements.

GİRİŞ

Bankacılık faaliyetlerinin ülke ekonomisine olan etkilerinin boyutu düşünüldüğünde bankacılığa ilişkin özel düzenlemelerin gerekliliği tartışmasızdır. Banka kaynaklarının kötüye kullanılmasının toplumsal etkileri de göz önüne alındığında bankacılık suçlarına özel bir önem atfedilmiştir. Kanun koyucu bu nedenle bankacılık zimmetini 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ayrı bir düzenlemeyle ele almıştır.

Çalışmamızda da Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu ele alınmıştır. Bankacılık zimmeti suçunun Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçuyla büyük benzerlikler göstermesi sebebiyle zaman zaman Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçuna ilişkin değerlendirmelere de yer verilecektir. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde genel olarak bankanın tanımı ve gerçekleştirdikleri faaliyetlerin niteliği üzerinde durulmaktadır. Çalışmamızın ikinci bölümünde bankacılık zimmeti suçu, korunan hukuki değer, suçun konusu, fail, fiil, manevi unsur bakımından izah edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda varsayımsal zimmet suçunun niteliği, suçun oluşma şartları ve suça ilişkin tartışmalı hususlar aktarılacaktır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise suçun özel görünüş şekilleri, yaptırım ve etkin pişmanlık hükümleriyle bankacılık zimmetinin soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin özel hükümlere değinilecektir.

I. BANKACILIK FAALİYETLERİ VE BANKACILIK ZİMMETİ

A. Banka Kavramı

Bankaların tüm özelliklerini kapsayan bir tanım yapılması zordur¹. Bankaya ilişkin sabit bir tanım yapılamamasının nedeni, gelişen teknoloji ve ekonomi alanında bankaların faaliyet alanının çeşitlenip genişlemesidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 815. maddesinde bankanın tanımına ilişkin "Bu Kısımda geçen "banka"dan amaç, Bankacılık Kanunu'na tabi olan kuruluşlardır." denilmektedir. Mevzuatımızda TTK'daki tanımın dışında banka ve bankacılık

¹ Selman Dursun, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, (2006), s.117.

faaliyetlerine yönelik detaylı açıklamalara 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda yer verilmekle birlikte ilgili Kanun'da da bankanın tanımına ilişkin bir açıklama getirilmemişti. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile birlikte 2000'li yıllarda bankacılık krizinin ortaya çıkmasıyla bankacılık hukuku tekrar ele alınmıştır. İlgili Kanun ile bankacılık sisteminin daha sıkı şekilde denetlenmesi amaçlanmış ve sistemin işleyişine ilişkin hukuki ve cezai düzenlemeler yapılmıştır². 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 3. maddesinde "...Mevduat bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini..." şeklinde tanımlansa da ilgili düzenlemeyle de bankaya ilişkin kapsamlı bir tanımlama getirildiği söylenemez zira mevduat bankasının yanında katılım bankası, kalkınma ve yatırım bankası gibi farklı türlerde bankanın kurulması da mümkündür. Yine de düzenlemeyle Bankacılık Kanunu'na göre kurulmuş ve adında banka olan kuruluşlar banka sayılarak şekli bir tanım yapılmıştır³.

Doktrinde ise bankaya ilişkin farklı tanımlara yer verilmiştir. Bir tanıma göre banka, mevduat kabul eden, özel cari ve katılım hesapları yoluyla fon toplayan veya fon kabul eden ve topladıklarını kredi olarak kullandıran ve özel yasaları ile kendilerine verilen görevleri yerine getiren ekonomik kuruluş olarak tanımlanmaktadır⁴. Diğer bir tanıma göre banka, bir çatı kavram olarak; sahibi, faaliyet konuları, kuruluşu, faaliyete geçmesi, yönetimi, iç denetimi, öz kaynakları, özel kanununda öngörülmüş bulunan, kamu hukuku nitelikli düzen kuralları ile düzenlenen işletmenin adı şeklinde ifade edilmiştir⁵.

B. 5411 Sayılı Kanun Bağlamında Bankaların Kuruluşu ve Faaliyetleri

Tarihsel süreçte bankalar, topladıkları mevduatı, müşterilerine kredi vermek suretiyle ekonomiye kazandıran bir işlev görmüşlerdir⁶. Günümüzde ise bankaların iki temel fonksiyonu: mevduat veya benzeri paraları kabul etmek ve bunları kredi olarak kullandırmaktır⁷. Yürürlükten kalkan 4389 sayılı

² Yasemin Baba, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması" (2012) (S.9), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 253, s.253.

³ Ahmet Mücahit Selçuk, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçları" İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.7.

⁴ Süheyl Donay, Bankacılık Ceza Hukuku, (2007), s.11.

⁵ Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in Banka Hukuku'nun Esasları, (Yeniden Yazılmış 2.Baskı, 2009), s.9.

⁶ Çağatay Uygun, "Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı Maddesinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 247'nci Maddelerinde Yer Alan Zimmet Suçu", Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.22.

⁷ Göksel Tiryaki, "Ekonomik Suçlar, Bankacılık Suçları ve Bu Tür Suçlarla Mücadele Stratejisi", (2004) (S.34) Active Bankacılık ve Finans Dergisi 56, s.56.



mülga Bankalar Kanunu'nda banka faaliyetlerinin neler olduğu belirsizdi. Bu durum bazı faaliyetlerin bankacılık faaliyeti olup olmadığı konusunda tereddüte neden olmaktaydı⁸. Tereddütleri ortadan kaldırmak için bankacılık faaliyetlerinin neler olduğu ilk kez 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde bankaların faaliyet alanları tek tek sayılmıştır. Bunun nedeni, ülkemizde yaşanan ekonomik krizler neticesinde bankaların sıkı bir mali ve hukuki denetim altına alınması amacıdır⁹. İlgili maddenin 1.fıkrasının (v) bendinde Kurulca belirlenecek diğer faaliyetlerin de bankacılık faaliyeti sayılacağı belirtilmiştir. Bankacılık faaliyetlerinin teknolojiyle birlikte çeşitlenmesi, yeni ekonomik ihtiyaçların ortaya çıkması gibi durumlarda bankacılık mevzuatının piyasa koşullarına kolaylıkla uyum sağlayabilmesi için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun belirleyeceği faaliyetlerin de bankacılık faaliyeti olarak kabul edilebileceği kararlaştırılmıştır. Mevduat kabulü, katılım fonu kabulü, nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri, nakdî ve kaydî ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dâhil her türlü ödeme ve tahsilat işlemleri, çek ve diğer kambiyo senetlerinin iştirası işlemleri, saklama hizmetleri, kredi kartları, banka kartları ve seyahat çekleri gibi ödeme vasıtalarının ihracı ve bunlarla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi işlemleri, efektif dâhil kambiyo işlemleri; para piyasası araçlarının alım ve satımı; kıymetli maden ve taşların alımı, satımı veya bunların emanete alınması işlemleri gibi işlemler bankacılık faaliyetleri arasında yer almaktadır.

Bankacılık işlemlerinin temelinde müşteri ile banka arasında kurulan güven ilişkisi bulunmaktadır¹⁰. Bankacılık faaliyetlerinden en yaygını kredi sözleşmeleridir. Kredi, bir bankanın bankacılık kurallarında belirlenen şekilde gerçek veya tüzel kişilere teminat karşılığı para vermek, kefalet garantisi sağlamak gibi işlemler olarak tanımlanabilir. Kredi sözleşmesi ile banka, müşterisine öngörülen limit kadar krediyi hazır bulundurma ve talep halinde kullandırma, kredi alan ise ana borcu, faizi ve komisyonları vade tarihinde ödeme yükümlülüğü altındadır¹¹. Zimmet suçu açısından kredi sözleşmelerinin önemine ilerleyen bölümde yer verilecektir¹².

II. SUÇUN KANUNİ TANIMI

Zimmet suçu esas olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesine rağmen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin ilk fıkrasında “*Görevi*

⁸ Ali Sait Yüksel, Aslı Yüksel, Ülkü Yüksel, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 6 vd.

⁹ Davut Gürses, Bankacılık Kanunu'na Göre Zimmet Suçu, (2.Baskı, 2009), s.5.

¹⁰ Ömrü Yılmaz, Hakan Öncel, Ümit Şahin, Banka Zimmeti, (2018), s.8.

¹¹ Adem Sözüer, “Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar”, (2005) (S.5) Hukuki Perspektifler Dergisi 166, s. 177-178.

¹² Bkz: IV. Bölüm, D, 3.

nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.” denilerek bankalar açısından özel bir hükümlle düzenleme altına alınmiştır.

İkinci fıkrada suçun hileli hareketle işlenmesi nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir. Buna göre “Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re’sen ödettirilmesine hükümlenir.”

İlgili maddenin üçüncü fıkrasında “Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir...” denilmek suretiyle esasen zimmet tanımına uymayan bir eylem zimmet kabul edilerek yaptırım altına alınmaktadır.

Dördüncü fıkrada bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemlerinin zimmet suçunu oluşturmayacağı teyit edilmiştir.

Beşinci ve altıncı fıkralarda soruşturma başlamadan önce ya da soruşturma ve kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık gösterilmesi halinde verilecek cezada farklı oranlarda indirim yapılacağı belirtildikten sonra yedinci fıkrada zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması halinde verilecek cezadan üçte birden yarıya kadar indirim yapılacağı kabul edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nda zimmet suçu 247. maddede düzenlenmektedir. İlgili madde uyarınca; “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”. Özgü bir suç olan zimmet suçunda fail ancak kamu görevlisi olabilmektedir. Zimmet suçunda fiil zimmete geçirmektir. Zimmete geçirmek, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, zimmet suçunun oluşabilmesi için, suça konu malın kamu görevlisinin şahsının veya bir başkasının zimmetine geçirilmiş



olması arasında fark bulunmamaktadır¹³. Zimmet suçunda kamu görevlisi olan fail, kamu idaresinin görevi sebebiyle zilyet olduğu malı zimmetine geçirek hem kamuyu zarara uğratmakta hem de kamu idaresine duyulan güveni sarsmaktadır¹⁴. Bu sebeple zimmet suçunun mağduru da kamu idaresidir.

Bankacılık zimmeti Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçuyla benzer unsurları taşımaya rağmen iki suç failler açısından farklılaşmaktadır. Bankacılık zimmeti ile Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçunun maddi unsurlarının benzerlik göstermesi nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçuna ilişkin yapılan değerlendirmeler bankacılık zimmeti suçu açısından da önemlidir. Anayasa Mahkemesi de banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunun aslında Türk Ceza Kanunu'ndaki zimmet suçunun aynısı olduğunu; ancak bir güven kurumu niteliğinde olan bankaların mensuplarının zimmet fiillerinin kamu düzenine ve ekonomiye etkilerini düşünerek, ceza siyasetinin bir gereği olarak daha fazla ceza öngörülmek suretiyle Bankacılık Kanunu'nda düzenlendiğini belirtmiştir¹⁵. Türk Ceza Kanunu'nda uzun zamandır suç olarak tanımlanmış bir fiilin, özel kanunlara hüküm eklenmek suretiyle tekrar edilmesi kanun tekniği bakımından eleştiriye açık bir husustur. Bu bağlamda Kanun koyucu'nun bankacılık faaliyetleri aracılığıyla işlenen suçlara daha ağır bir yaptırım uygulamak istemesi halinde bunu Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suça yeni bir fıkra ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal ekleyerek yapmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir¹⁶.

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ceza hukuku haksız ve hukuka aykırı gördüğü fiilleri suç olarak belirleyerek toplum bakımından önemli görülen bazı değerleri koruma altına almaktadır¹⁷. Esasen yaptırım altına alınan her suçta kamu düzeninin korunması hukuki değer olarak belirlenebilir ancak kamu düzeninin yanında bazı suç tiplerinin somut olarak daha belirgin ve özel nitelikteki hukuki değerleri konu edindiği söylenebilecektir. Bankacılık zimmet suçunun hangi hukuki değeri koruduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bankacılık zimmetinin Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçunun özel bir hali olduğu göz önüne alındığında zimmet suçuyla korunan hukuki değere ilişkin açıklamalara değinmek gerekir. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda

¹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5-557/214, 27/03/2018, <www.uyap.gov.tr>(Erişim Tarihi:18/12/2020)

¹⁴ Nur Centel, "Zimmet Suçu (TCK 247)" (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 2779, s. 2785.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, 103/199, 25.12.2014, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27/06/2021)

¹⁶ Sözüer, s.167.

¹⁷ Selçuk, s.82.

korunan hukuki değer, devlet görevlileri ile kamu idaresine karşı duyulan güvenin korunması ve kamu görevlilerinin devlete karşı sahip oldukları sadakat yükümlülüğüne uygun davranılmasının sağlanmasıdır¹⁸. Kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla kendilerine emanet edilen malvarlığını koruma, gözetme ve malvarlığı üzerinde tevdi amacına uygun biçimde tasarrufta bulunma yükümlülükleri mevcuttur¹⁹.

Bankacılık zimmeti özelinde korunan hukuki değer ise ekonomik düzenin işleyişi yanında mülkiyet hakkı ve güven ilişkisidir²⁰. Bankaların sosyal ve ekonomik alanda güven ve istikrarın sağlanmasında, ekonomik gidişatin ülke genelinde güven esasına göre yürütülmesinde büyük bir yeri ve önemi olduğu belirtilerek bankacılık zimmeti suçlarında para ve para hükmündeki malvarlıklarının halkın güven duygusunu sarsmadan muhafaza edilmesini ve duyulan güven duygusunun sarsılmasını önlemeyi amaçladığı da savunulmaktadır²¹. Bir görüşe göre ise bankacılık zimmeti suçunda fail, zimmet suçundaki gibi kamu görevlisi olmayan, özel bir teşebbüste çalışan ve kamu gücü kullanmayan bir kişi olduğu için bankacılık faaliyetleri, mülkiyet hakkının özel bir görünüşü niteliktedir. Bankacılık faaliyetlerinin ülke ekonomisi için önem arz eden yapısının bu hususu değiştirmeyeceği, her ne kadar zimmet suçuyla aynı ismi taşısa da bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer farklı olduğu belirtilmektedir²². Anayasa Mahkemesi ise bankacılık zimmet suçunda korunan hukuki değere ilişkin bir kararında, bankaların bir güven kurumu niteliğinde olduğunu belirterek, bu suçla birlikte finans kuruluşlarına olan güvenin ve bu kurumların ekonomik hayatın güvenilirliği ve işleyişindeki rolüne vurgu yapmıştır²³.

¹⁸ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, (Genişletilmiş 2.Baskı, 2012), s.13.

¹⁹ Sözüer, s.174.

²⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (17.Baskı, 2018), s.927; Fatih Selami Mahmutoglu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, (2003), s.230.

²¹ Ahmet Ceylani Tuğrul, Öğreti ve Uygulamada Zimmet Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları, (2.Baskı, 2013), s.543.

²² Sözüer, s.175.

²³ “...Finansal piyasalara ve finansal kurumlara güvenin sağlanması, kamu düzeni güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, finansal piyasalara ve kurumlara güvenin sağlanması da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, yasa koyucun bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işleme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır bir yaptırıma tâbi tutmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır...” Bkz: Anayasa Mahkemesi, 2010/116, 2011/118, 7.7.2011, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 19/12/2020).



Belirtilen görüşler ışığında bankacılık zimmeti suçunda birden fazla hukuki değer korunduğu söylenebilecektir. Bankacılık zimmeti suçuyla bir yandan bankanın mülkiyet hakkı, diğer yandan bankacılık sisteminin güven ve istikrar içerisinde etkin, düzenli ve verimli şekilde çalıştığına ilişkin kamusal inancın korunması söz konusudur²⁴. Gerçekten, bankacılık faaliyetlerinin ülke ekonomisi bakımından önemi, bankacılık faaliyetleri ile ilgili işlenen suçların hem ülke ekonomisi hem de toplumsal etkileri düşünüldüğünde bankacılık zimmeti suçuyla Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçundan farklı olarak özel bir düzenleme yapılmasının ekonomik düzenin ve işleyişinin korunması amacını güttüğü söylenebilir. Bunun yanında banka personellerinin kamu gücünü kullanan bir kamu personeli olmaması ve banka ile müşteri arasında kurulan özel hukuk ilişkisi de düşünüldüğünde, bankacılık zimmet suçuyla taraflar arasındaki güven ilişkisinin ve mülkiyet hakkının korunduğu da ifade edilebilecektir.

IV. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

Bankacılık zimmeti suçu da tıpkı Türk Ceza Kanunu'ndaki zimmet suçu gibi özgü suçlardandır. Özgü suçlarda suçun faili herkes değil, yalnızca belirli sığata sahip kişiler olabilmektedir²⁵. Ayrıca suçun faili yalnızca gerçek kişi olabilmektedir. Suç bir tüzel kişilik faaliyeti çerçevesinde işlenmekteyse tüzel kişilikteki fiili işleyen sorumlu gerçek kişi tespit edilmelidir²⁶.

1. Bankacılık Kanunu'nun 160/1. Maddesindeki Fiil Bakımından Fail

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/1. maddesinde “*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları...*” suçun faili olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere bankacılık zimmeti suçu ancak Kanun'da sayılan bankada görevli banka mensubu tarafından işlenebilmektedir. Banka yönetim kurulu başkan ve üyelerinin kimler olduğunun tespitini yapma konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak “diğer mensuplar” kavramına kimlerin dâhil olduğu tereddüt yaratabilir. Banka mensubundan anlaşılması gereken, bankanın her kademedeki mensubudur. Bu çerçevede suçun kredi kullandırılmak suretiyle işlenmesi halinde, kredi ilişkisini tevdi amacı dışında oluşturan banka mensupları, duruma göre yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ya da yardımcıları, kredi

²⁴ Hasan Tahsin Gökcan, Güveni Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresi'ne Karşı İşlenen Suçlar, (2008), s.439.

²⁵ Gürses, s.117.

²⁶ Muhammet Erişen, “Bankacılık Zimmeti”, (2011) (S.83), Sayıştay Dergisi 97, s.101.

komitesi üyeleri, bölge ve şube müdürleri fail olabileceklerdir²⁷. Bankadaki etki ve yetki alanları göz önüne alındığında genel müdür ile sıradan bir banka personelinin aynı madde hükmüne göre cezalandırılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasını Anayasa Mahkemesi, “...kredi kuruluşunun Yönetim kurulu başkan ve üyeleri dışında kalan diğer banka mensuplarının işleyeceği zimmet suçunun da finansal piyasalar ve finansal kurumlara duyulan güvene verebileceği zarar göz önüne alındığında, aynı yükümlülüklerle tâbi olan banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer banka mensupları arasında ayırım yapılmaksızın aynı yaptırıma tâbi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır...” gerekçesiyle reddetmiştir²⁸.

Suçun faili bakımından, failin banka ile bir sözleşme ilişkisinin bulunması, bu ilişkinin de yöneticilikten ya da mensupluktan kaynaklanması gereklidir²⁹. Bunun yanında failin görev tanımının bankacılık faaliyetiyle de ilgisinin bulunması gereklidir³⁰. Banka güvenlik görevlisinin diğer mensup kavramına girip girmediği ise tartışmalıdır. Güvenlik görevlisi ile banka arasında doğrudan hizmet sözleşmesinin varlığı halinde güvenlik görevlisinin de bankanın mensubu sayılacağını, ancak güvenlik hizmetinin dışarıdan hizmet satın alma yoluyla yapılması halinde güvenlik görevlisinin zimmet suçunun faili olamayacağını ileri süren bir görüş mevcuttur³¹. Yargıtay ise bankada kadrolu güvenlik görevlilerinin bankacılık zimmeti suçunun faili olabileceğini kabul etmektedir³².

2. Bankacılık Kanunu'nun 160/3. Maddesindeki Fiil Bakımından Fail

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/3. maddesinde “Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi

²⁷ Fatih Selami Mahmutoglu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s.231.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 2010/116, 2011/118, 21/10/2011, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

²⁹ Donay, s.110.

³⁰ “...Zimmet suçunun 5237 sayılı TCK.nun 40/2 maddesinde belirtilen özgü suçlardan olduğu ve anılan maddedeki düzenlemeye göre “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir; “düzenlemesi karşısında, dairemizin yerleşik kararlarında da bahsedildiği üzere genel müdür yardımcısının makam şoförü olan sanık ...'nın görev tanımının bankacılık faaliyetleri ile ilgili olmadığı, sanığın görevlendirildiği OGS işlemleri için para yatırma görevinin bankacılık faaliyetleri ile ilgili olmadığı gibi bu konuda yetkilendirildiğine dair resmi bir belge bulunmadığı, bu haliyle suçun faili olamayacağı; diğer sanık ...'nın da banka çalışanı olmayıp taşeron firma elemanı olduğu, sanıkların bankacılık işlemleri ve banka parasını korumak gibi görevlerinin olmadığı cihetle; suçun sübutu halinde eylemin emniyeti suistimal suçunu oluşturacağı...” Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 17090/3625 26/04/2017, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 19/12/2020).

³¹ Gürses, s.24.

³² Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 2010/13998, 2012/3094, 03/12/2012,< www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 19/12/2020).



kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir...” denilmektedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere esasen zimmet tanımına uymamakla birlikte kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kullanma fiili, zimmet kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinin 3.fıkrasında 1.fıkradan bağımsız olarak ayrı bir suç düzenlenmektedir. Kanun tekniği açısından bunun doğru bir husus olmadığını belirtmek gerekir. Bankacılık Kanunu’nun 160/3. maddesine ilişkin detaylı açıklama çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yapılacağından burada yalnızca suçun failinin tespitiyle yetinilecektir³³. Suçun faili, faaliyet izni kaldırılan veya Fon’a devredilen bankanın fiilen veya hukuken denetimini elinde bulunduran gerçek kişi ortaklardır. Bankanın fiilen veya hukuken denetimini elinde bulundurmayan banka personeli suçun faili olamayacaktır³⁴. Kanun’da belirtildiği gibi gerçek kişi ortağın sadece yönetim yetkisinin veya denetim yetkisinin olması yeterli değildir. Yönetim ve denetim yetkisinin birlikte bulunması gereklidir³⁵. Bankanın ortak olmayan yönetim kurulu üyeleri ve diğer mensupları bu fıkra kapsamında fail olamayacaktır, eğer suça iştirak koşulları varsa fail olarak değil suça yardım eden olarak cezalandırılacaktır³⁶.

B. Suçun Mağduru

Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kavramı karıştırılsa da zarar gören, mağdurdan farklı bir kavramı karşılamaktadır. Mağdur, failin suç teşkil eden hareketinden doğrudan etkilenen kişi iken; suçtan zarar gören doğrudan veya dolaylı olarak etkilenebilir. Mağdur suçun maddi unsuruna muhatap olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki yararı zedelenen kişidir³⁷. Gerçek kişiler suçun mağduru olabilirken tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilir³⁸. Bir görüşe göre bankacılık zimmeti suçunun mağduru banka tüzel kişiliğidir³⁹. Suç konusu malın maliki banka ise suçun mağdurunun da banka olduğunu, suça konu mal bankaya ait olmamakla birlikte herhangi bir bankacılık faaliyeti

³³ Bkz: IV. Bölüm, D, 3.

³⁴ Sözüer, s.175.

³⁵ Yılmaz, Öncel, Şahin, s.55.

³⁶ Sözüer, s.185.

³⁷ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (24.Baskı, 2021), s.117.

³⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (11.Baskı, 2011), s.762; Sözüer, s.179.

³⁹ Devrim Güngör, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu” (2009) (S.4), Ankara Barosu Dergisi 23, s.23; Erişen, s.114.

kapsamında bankanın uhdesinde bulunuyorsa bu durumda suçun mağdurunun malın sahibi, suçtan zarar görenin ise banka tüzel kişiliği olacağını ifade eden bir görüş de mevcuttur⁴⁰. Yargı kararlarında ise farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Yargıtay bazı kararlarında bankanın suçun mağduru⁴¹ olduğunu kabul ederken bazı kararlarında suçtan zarar gören⁴² olduğuna hükmetmiştir. Bize göre bankacılık zimmeti suçlarında suç konusunu oluşturan şeyin banka vasıtasıyla zimmete geçirildiği gözetildiğinde bankanın güvenilirliğinin ve itibarının zedelendiği açıktır. Bir tüzel kişinin suçun mağduru olamayacağı da göz önüne alındığında bankacılık zimmeti suçlarında banka suçtan dolayı olarak etkilenen konumundadır. Bu sebeple bankanın ancak suçtan zarar gören olabileceği kabul edilmelidir.

C. Suçun Konusu

5411 sayılı Kanun'un 160. maddesinde yer alan suçun konusunu *para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer mallar* oluşturmaktadır. Doktrinde para, evrak ve senetlerin esasında bir mal olduğu ve Kanun'da suç konularının tek tek sayılması yerine mal ibaresinin yeterli olacağı ifade edilmektedir⁴³. Para yerine geçen evrak ve senetler Türk Ceza Kanunu'nun 198. maddesinde sayılmaktadır. Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziyet altınları para hükmündedir. Bunların dışında kalan her türlü mal ise diğer mallar olarak kabul edilmelidir. Bankanın suç konusu olan malın maliki olması şart değildir. Görevi gereği zilyetliği kendisine devredilen her mal üzerinde zimmet suçu işlenebilir⁴⁴. Zilyetlik kavramına ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda bir tanım yer almadığından kavramı tanımlamak için Türk Medeni Kanunu'na bakmak gereklidir. Türk Medeni Kanunu'nun 973/1. maddesinde "*bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir.*" denilmektedir. Ceza hukuku açısından zilyetlik ise fiili veya hukuki bir durumu içermektedir⁴⁵. Failin kendisine görevi gereği tevdi edilen şey üzerinde malikmiş gibi hareket ederek tasarrufta bulunması, fiilen malı uhdesine geçirmesi, yok etmesi veya başkasına devretmesi halinde suç oluşacaktır. Zilyetliğin devrine ilişkin olarak

⁴⁰ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, s.129; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler 2011, s.795; Gürses, s.33; İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet İrtikap Rüşvet Suçları, (2010), s.47.

⁴¹ Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 2010/5409, 2013/2083, 22/01/2013; Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 2009/6840, 2012/24951, 25/09/2012, < www.uyap.gov.tr. > (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

⁴² Yargıtay 5.Ceza Dairesi, 13715/6077, 31/05/2012, < www.uyap.gov.tr. > (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

⁴³ Sözüer, s.17; İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, s.80.

⁴⁴ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, s.80.

⁴⁵ Yılmaz, Öncel, Şahin, s.23.



herhangi bir sınırlama belirtilmediği için zilyetliğin teslimli ya da teslimsiz şekilde devredilmesinin önemi yoktur⁴⁶.

Bankacılık Kanunu'nun 160/3. maddesi açısından suçun konusu kredi kuruluşlarının kaynakları olarak belirlenmiştir. Esasen madde metninde hem banka hem de kredi kuruluşu ifadesine yer verilmesi belirsizlik yaratmaktadır. 5411 sayılı Kanun'un "*Tanımlar ve Kısaltmalar*" başlıklı 3. Maddesine göre kredi kuruluşları mevduat ve katılım bankalarını, banka kavramı ise mevduat, katılım ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade etmektedir. Görüldüğü gibi banka kavramı, kredi kuruluşu kavramına göre daha geniş bir kapsama sahiptir. Bir görüşe göre suçun kapsamının kredi kuruluşlarının kaynakları olarak algılanması gereklidir⁴⁷. Diğer bir görüşe göre ise aynı fıkra içinde hem banka hem kredi kuruluşu ibaresinin kullanılması maddi bir hatadan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple suçun konusunu banka kaynakları olarak anlamak gerekir⁴⁸. Bize göre suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği ceza kanunlarının yorumunda suçun uygulanma kapsamını genişletecek şekilde yorum yapılmaması gerekmektedir. Kanun maddesinde hem banka hem kredi kuruluşu ibaresine yer verilmesinin tereddüt yarattığı şüphesizdir. Bu çelişki giderilene kadar suçun konusu kredi kuruluşunun kaynakları olarak kabul edilmelidir.

D. Fiil

1. Genel Olarak

Fiil, kişinin iradesiyle hâkim olduğu insan davranışdır⁴⁹. Ceza hukukunun konusu icrai ya da ihmali bir harekettir.⁵⁰ Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde iki farklı suçun düzenlendiğini belirtmiştik. Bu sebeple Bankacılık Kanunu'nun 160/1 ve 160/3. maddesindeki suçlar açısından fiillerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir.

2. Bankacılık Kanunu'nun 160/1. Maddesi Açısından Fiil

a. Zilyetliği Banka Mensuplarına Devredilen Malların Zimmete Geçirilmesi

Bankacılık Kanunu'nun 160/1. maddesinde fiil ve suçun konusu "*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren...*" şeklinde ifade

⁴⁶ Gürses, s.53.

⁴⁷ Gökcan, s.440.

⁴⁸ Yılmaz, Öncel, Şahin, s.55.

⁴⁹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi, (3.Baskı, 2006), s.153; Hakeri, s.128.

⁵⁰ Hakeri, s.128.

edilmiştir. Bu fıkarda belirtilen suç açısından fiil zimmete geçirmek olarak ifade edilmektedir. Zimmete geçirmek, Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinin gerekçesinde “suç konusu mal üzerinde, malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Bu tasarruflar, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde oluşabileceği gibi bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir...” denilerek tanımlanmıştır⁵¹. Zimmet fiilinde fail, görevi dolayısıyla zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı tahsis edildiği amaç dışında kendisi veya başkası için mal edinme kastıyla hareket etmelidir⁵².

b. Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Malların Zimmete Geçirilmesi

Bankacılık Kanunu'nun 160/1. maddesinde zimmet suçunun ayrıca koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan mallar üstünde de işlenebileceği kabul edilmiştir. Bir görüşe göre koruma ve gözetim yükümlülüğü bütün banka mensupları için geçerli değildir. Sadece bu konuda özel olarak yükümlendirilen banka personeli için geçerlidir⁵³. Bu görüşün kabulü halinde koruma ve gözetim yükümlülüğü ancak banka iç denetçileri, teftiş kurulu personeli gibi mensuplar açısından söz konusu olacak ve sorumluluğun kapsamı daralacaktır⁵⁴. Öte yandan banka personelinin özel bir yetkilendirme olmasa da banka değerleri üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğunu ileri süren bir görüş de mevcuttur⁵⁵. Yargıtay ise banka müdürü olan bir kişinin bankaya ait para ve diğer eşyaları koruma yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedir⁵⁶.

3. Bankacılık Kanunu'nun 160/3. Maddesi Açısından Fiil

Bankacılık Kanunu'nun 160/3. maddesinde “Faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde

⁵¹ 5237 Sayılı TCK'nın 247. madde Gerekçesi, < www.tbmm.gov.tr.>(Erişim Tarihi: 20/12/2020)

⁵² Centel, s.2789.

⁵³ İbrahim Murat Haznedar, Bankacılık Zimmeti Suçu, (2007) , Legal Hukuk Dergisi 1169, s.1176.

⁵⁴ Yılmaz, Öncel, Şahin, s.30.

⁵⁵ “Bankacılık faaliyeti niteliği gereği, banka personeli tarafından kollektif bir çaba ve yaygın bir entellektüel sermaye ve teknoloji kullanılarak gerçekleştirilen bir faaliyettir. Bankacılık zimmeti suçunun konusunu oluşturan değerlerin sadece özel olarak yükümlendirilen banka personeli tarafından korunması ve gözetime tâbi tutulması gerektiğini kabul etmek mümkün değildir. Aksi takdirde denetim ve gözetim yükümlülüğüne ait yetkilerini kullanabilecek durumdaki banka personelinin herhangi bir nedenle bulunmadığı veya müdahale edemediği durumda bankaya ait değerlerin yeterince korunamaması riski doğar...” Bkz: Taner Gülşen, “Zimmet Suçu” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.140.

⁵⁶ Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 16842/14733, 02/07/2014, <www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 20/12/2020)



bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir... ” denilmektedir. Suçun oluşabilmesi için öncelikle bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fon’a devredilmesi gereklidir. Bu unsur aşağıda objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığı yönünden ayrıca tartışılacaktır⁵⁷.

Öncelikle düzenlemenin ceza kanunu tekniğine uygun olmadığı belirtilmektedir⁵⁸. Zimmet suçunda bir mal edinme söz konusuysen ilgili suçta doğrudan bir mal edinme söz konusu değildir. Bu sebeple suçun zimmet suçundan ayrı olarak “banka kaynaklarının istismarı” şeklinde adlandırılıp ayrı bir maddeyle düzenlenmesi ya da hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹. Suçta yer alan fiilin zimmet tanımına uymamakla birlikte zimmet kabul edilmesi sebebiyle doktrinde ilgili suç “*varsayımsal zimmet suçu*” olarak adlandırılmıştır⁶⁰. Bunun yanında maddede yer alan “*kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde*” ifadesi belirsizlik yaratmaktadır. Bir görüşe göre kredi kuruluşunun emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmek, söz konusu işlemlerin bankanın bünye sağlamlığını bozmasını ve bu durumun süreklilik kazanmasını ifade eder⁶¹. Yine de emin şekilde çalışma kavramının öznel ve soyut nitelikte olduğu ve her bankaya göre farklılık arz edebileceği unutulmamalıdır. Bu öznel Kanun’da “kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmek” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması ya da emin bir şekilde çalışmayı tehlikeye düşürecek hallerin örneklenmesi yoluyla giderilebilecektir.

İlgili düzenlemeyle banka yönetim kurulunda yer almayan ancak fiilen bankanın hâkimi olan ortağın bankayı kendisinin veya başkasının menfaatine olacak şekilde kullanması cezalandırılmak istenmiştir⁶². Esasen suçun oluşması için bankanın emin şekilde yönetilmemesi sonucu faaliyet izninin kaldırılması veya Fon’a devredilmesi halinde hâkim ortağın yaptığı kredi işlemlerinin sırf bankayı emin şekilde yönetmediği gerekçesiyle cezalandırılabilme ihtimali, bu krediyi tüm koşullara uygun olarak almış olsalar bile, kredi olarak kullanmış

⁵⁷ Bkz: IV. Bölüm, D, 4.

⁵⁸ Aynı yönde bkz: Sözüer, s.167; Güneş, Okuyucu Ergün, Bankacılık Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Benzeri Suçta Bankanın TMSF’ye Devredilmiş Ya Da Faaliyet İzninin Kaldırılmış Olması Koşulunun Niteliği, s.30; Donay, s.116; Yasemin Baba, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması” s.254.

⁵⁹ Sözüer, s.183.

⁶⁰ Sözüer, s.182.

⁶¹ Selçuk, s.232.

⁶² Selçuk, s.210.

oldukları miktarı “zimmete geçirmiş gibi” sorumlu tutulmaları, suçun kast unsuru yönünden eleştirilmekteydi⁶³. Fon’a devredilmemiş veya faaliyet izni kaldırılmamış bankalar açısından alınan kredilerin geri ödenmemesi sadece faaliyet zararı olarak kalacakken bankanın Fon’a devredilmesi veya faaliyet izninin kaldırılması halinde zimmet suçu kabul edilmesi de eleştiri konusuydu⁶⁴. Gerçekten bankacılıkta yapılan en yaygın işlem kredi sözleşmeleri yoluyla kredi kullandırılmasıdır. Bankalar müşterileriyle yapacakları sözleşmelerle müşterisine belli bir oranda kredi sağlamayı, müşteri ise vadesi geldiğinde bu parayı faiziyle birlikte geri ödemeyi taahhüt etmektedir⁶⁵. Bankaların, söz konusu ticari faaliyeti icra ederken üstlenmiş olduğu risk, kredinin geri dönmemesidir⁶⁶. Bankanın kredileri kendi hâkim ortaklarına veya onun grup şirketlerine sağlaması halinde varsayımsal zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmelidir. Bu konuda en önemli kıstas, failin kredinin geri dönmeyeceğini bilmesine rağmen kredi vermesi, kredinin verildiği anda bankacılık kurallarına uygun şekilde tahsis edilip edilmediğidir⁶⁷. Kredinin alınmasıyla ilgili gerekli usuli işlemlere uyulması, kredi alanın mali yeterliliğinin bulunması, gerekli risk analizinin yapılması ve teminat alınması durumunda zimmet suçu oluşmaz⁶⁸. Yargıtay da bir kararında teminatın varlığı halinde suçun oluşmayacağını kabul etmektedir⁶⁹. Nitekim bu düşünceler doğrultusunda 01/02/2018 tarihli 7076 sayılı Kanun ile de aynen kabul edilen 687 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 160. maddeye eklenen 4.fıkıradaki “*Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.*” denilerek anılan hususlar tereddüte yer vermeyecek şekilde teyit edilmek istenmiştir. Bunun yanında 17/07/2019 tarihli Bankacılık Kanunu’na eklenen Geçici 32. madde ile banka, finans kuruluşu gibi kurumlarla kredi ilişkisine giren borçluların geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerine ve istihdama katkıda bulunmaya devam etmelerine imkân verilmesini sağlamak amacıyla, borçların yeniden yapılandırmaya tabi tutulabileceği kabul edilmiştir. Bunun için borçlunun yeniden yapılandırma sonucunda borçlarını geri ödeme kabiliyeti kazanacağına kanaat getirilmesi şarttır. Düzenlemenin son fıkrasında ilgili madde uyarınca yapılacak teminat

⁶³ Sözüer, s.183

⁶⁴ Sözüer, s.183; Gürses, s.65.

⁶⁵ Fatih Selami Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s.101.

⁶⁶ Yasemin Baba, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması” s.257.

⁶⁷ Sözüer, s.177.

⁶⁸ Güneş Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, (2008), s.183.

⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2002/11-158, 2005/58, 31/05/2005, bkz: Sözüer, s.181.



azaltma, anapara ve diğer alacaklardan vazgeçilerek kayıttan düşme yahut benzer işlemlerle kredilerin yeniden yapılandırılmasının bankacılık zimmeti suçunu oluşturmayacağı belirtilmektedir.

Bankacılık mevzuatında banka hâkim ortaklarına kredi tahsis edilemeyeceğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bankanın hâkim ortağına belirlenen limiti aşan kredi tahsis etmesi ise bankanın mali durumuna ilişkin ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Banka bu limit sorununu aşmak için doğrudan kredi vermek yerine karşılıklı kredi açma, inançlı işlem ya da kıyı bankacılığı gibi uygulamalar ile hâkim ortağına dolaylı şekilde kredi tahsis edebilir. Bu işlemlerle amaç, kredi sınırlamalarına ilişkin hükümlerini dolanmak suretiyle banka hâkim ortağının grup şirketlerine yasal sınırların üzerinde kredi temin edilmesinin yolunu açmaktır⁷⁰. Karşılıklı kredi usulünde iki banka, karşılıklı olarak hâkim ortak ve grup şirketlerine eşit miktar ve şartlarda kredi vermekte, bu krediler birbirinin teminatı olarak kabul edilmektedir⁷¹. Karşılıklı kredi yöntemiyle hayali veya mali gücü yerinde olmayan şirketlere, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerine kredi kullandırmışlarsa, zimmet suçu oluşacaktır⁷². İnançlı işlemde ise bir banka, görünüşte başka bir bankaya kredi açmasına rağmen krediyi alan banka aldığı krediyi, kredi aldığı bankanın grup şirketlerine vermektedir. İnançlı işlemlerle baştan itibaren geri ödemeyeceği bilinen veya mali yapısı itibarıyla kredi borcunu ödeme olanağı bulunmayan kişilere, gerekli teminatlar alınmaksızın kredi verilmesi halinde zimmet suçu oluşacaktır⁷³. Kıyı bankacılığı ise bankacılık işlemlerinin bazı kolaylıklar gösterilmesi suretiyle yabancı ülkelerde gerçekleştirilmesidir. Yurt içindeki banka sadece aracı konumunda bulunmakta ve toplanan parayı yurt dışındaki bankaya aktarmaktadır⁷⁴. Uygulamada Türkiye’de kurulu bankalar tarafından, kendi bankasının kardeşi niteliğinde bir kıyı bankası ile muhabirlik sözleşmesi imzalanması ve Türkiye’de toplanan mevduatların, yurt dışında kurulu kıyı bankasına kağıt üzerinde havale edilmiş gibi gösterilmesi mümkündür⁷⁵. Varsayımsal zimmet suçuyla bu gibi hileli kredi işlemleri yoluyla banka hâkim ortağının menfaat temin etmesi cezalandırılmak istenmiştir.

⁷⁰ Ahmet Gökçen, “Bankalar Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Suçu (4387 s.lı K. m. 22/3-4)”, (2005) 1 (S.10) , Legal Mali Hukuk Dergisi 2665, s.2686.

⁷¹ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Bankalar Kanununun Bankalar Kanununun 22/3 İle 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar”, (2005) (S.3), Hukuki Perspektifler Dergisi 223, s.225.

⁷² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.569; Asuman İnceoğlu Aytekin, s.390.

⁷³ Sözüer, s.179; İnceoğlu Aytekin, s.391.

⁷⁴ Dursun Selman, “Kıyı (Off-Shore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları”, (2004) Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 32 247, s.260; Yasemin Baba, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması” s.259.

⁷⁵ Aytekin İnceoğlu, s.141.

4. Bankacılık Kanunu 160/3. Maddesi Açısından Faaliyet İznini Kaldırılması veya Fon'a Devrin Cezalandırılabilme Şartı Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Bankacılık Kanunu'nun 160/3. maddesinde gerçek kişi ortağın cezalandırılabilmesi, bankanın faaliyet izninin kaldırılmış veya Fon'a devredilmiş olmasına bağlanmıştır. İlgili şartın suçun maddi unsurlarına mı dâhil olduğu yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu tartışmalıdır.

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devredilme halleri Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede *“Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak; a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi, b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması, c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi, d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, e) Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması, Hâllerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.”* denilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki suçun oluşumu için faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devir şartının öngörülmesi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na bu konularda geniş takdir yetkisinin tanınması, uygulamaya sübjektiflik karıştırılabileceği ve suç ile cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşüncesiyle eleştiriye açıktır⁷⁶.

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun unsurlarının dışında kalan, failin cezalandırılması için Kanun'un aradığı şartlardır⁷⁷. Suçun kanuni tanımındaki hareket ve netice dışında suçun oluşumu için öngörülmüş diğer şartların objektif cezalandırılabilme şartı olması mümkündür⁷⁸. Objektif

⁷⁶ Sözüer, s.183; Gürses, s.166; Yasemin Baba, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması” s.262.

⁷⁷ Hakeri, s.262.

⁷⁸ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve



cezalandırılabilme şartına yönelik failin kastının olup olmaması önemli değildir⁷⁹. Bir başka deyişle failin objektif cezalandırılabilme şartının varlığını bilip bilmemesi suçun oluşumuna etki etmez⁸⁰. Bir görüşe göre bankanın Fon'a intikali, failin iradesinden bağımsız olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından alınacak bir kararla olacağı için suçun oluşumu açısından bu koşul objektif cezalandırılabilme şartıdır⁸¹. Bize göre de bankanın Fon'a intikali, failin fiilinin dışında, ondan bağımsız olarak gelişen bir durum olduğundan objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Diğer görüşe göre ise cezalandırılabilme şartı, suçun oluşması için değil devletin cezalandırabilme yetkisini kullanabilmesinin fiilin dışında kalan bir olaya bağlanmasıdır. Faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devir, suç konusu fiile yabancı bir unsur olmadığından cezalandırılabilme şartı olarak görülemez ve suçun maddi unsurlarına dâhildir⁸². Bu şartın objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu yoksa suçun unsurlarına mı dâhil bulunduğu hususu açılacak ceza davasında verilecek hüküm konusunda fark yaratmaktadır. Objektif cezalandırılabilme şartı suçun oluşmasını etkilememekte, sadece failin cezalandırılmamasını sağlamaktadır. Yani fiil hukuk düzeninde suç oluşturmaya devam ettirmektedir. Bu yüzden mahkeme, beraat kararı yerine CMK'nın 223/4. maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığına karar vermelidir⁸³. Bu hususun en önemli sonucu da, fiil, hukuk düzeninde hukuka aykırı olarak görülmeye devam ettiğinden failin özel hukuk sorumluluğu varlığını koruyacaktır. İlgili şartın suçun maddi unsurlarına ait olduğunun kabul edilmesi halinde verilecek karar ise suçun unsurları oluşmadığından beraat kararıdır. Beraat kararıyla fiil hukuk düzeni açısından da hukuka uygun kabul edileceğinden failin özel hukuk sorumluluğu da doğmayacaktır.

E. Suçun Nitelikli Halleri

1. Ağırlaştırıcı Neden

Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesinde “*Suçun, zimmetin açığa çıkmasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası*

Zamanaşımı”, (2013) 19 (S.3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17, s. 19.

⁷⁹ Hakeri, s.262.

⁸⁰ Selçuk, s.236.

⁸¹ Söztür, s.183; İnceoğlu Aytekin, s.142; Güngör, s.28; Fatih Selami Mahmutoğlu, Bankalar Kanununun 22/3 İle 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s.232; Gökcan, s.447.

⁸² Güneş Okuyucu Ergün, Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Benzeri Suçta Bankanın TMSF'ye Devredilmiş Ya Da Faaliyet İzninin Kaldırılmış Olması Koşulunun Niteliği, s.36 vd; Uğur Yiğit, Bankacılık Suçları, (2006), s.457.

⁸³ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, s.47.

verilir.” denilmektedir. İlgili düzenleme 160/1. maddede düzenlenen basit zimmet suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmektedir. Bir davranışın hile olarak nitelendirilebilmesi için sonucu gerçekleştirmeye elverişli, yoğun ve aldatici nitelikte olması gerekmektedir⁸⁴. Yargıtay’a göre “...zimmetin normal denetim ve bankada mevcut kayıt ve belgelerin karşılaştırılması ve kontrolü sonucu tespit edilip edilemeyeceği, suçun banka dışı araştırmayı gerektirecek derecede bankayı aldatici ve fiilin açığa çıkmasını engelleyecek her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenip işlenmediğine...” bakılmalıdır⁸⁵.

2. Daha Az Cezayı Gerektiren Haller

a. Kullanma Zimmeti

Kullanma zimmetine ilişkin esas düzenleme Türk Ceza Kanunu’nun 247/3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilebilir. Yargıtay’a göre de görevi gereği kendisine tevdi edilen bir parayı belli süre kullanıp herhangi bir uyarı veya ihbar olmadan sanığın kendiliğinden yatırması halinde kullanma zimmeti söz konusu olacaktır⁸⁶. Bankacılık Kanunu’nda kullanma zimmetine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde bankacılık zimmetinde de kullanma zimmetinin uygulanabileceğini belirtilmektedir⁸⁷. Yargıtay ise Bankacılık Kanunu’nda açıkça kullanma zimmetine yönelik bir düzenleme bulunmadığı için bankacılık zimmeti suçunda bu kurumun uygulanamayacağını kabul etmektedir⁸⁸.

b. Değer Azlığı

Bankacılık Kanunu’nun 160/7. maddesinde “Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.” hükmüne yer verilmiştir. Değer azlığının belirlenmesinde suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü gibi unsurlar esas alınmaktadır⁸⁹. İndirim oranı da azlığın derecesine göre Kanun’da belirtilen alt ve üst sınırlar göz önüne alınarak mahkeme tarafından takdir edilecektir⁹⁰.

⁸⁴ Erdal Baytemir, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, (2011), s.47.

⁸⁵ Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 2003/5543, 2004/4973, 08/04/2004, bkz: Güngör, s.26.

⁸⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2740/5909, 29/05/2014, < www.uyap.gov.tr. > (Erişim Tarihi: 23/12/2020).

⁸⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 84/1425, 14/04/1999, bkz: Selçuk, s.172; Aynı yönde bkz: İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, s.128.

⁸⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2012/28265, 2013/15410, 28/05/2013, < www.uyap.gov.tr. > (Erişim Tarihi: 29/10/2021).

⁸⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2012/6741, 2013/4601, 06/05/2013, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 24/12/2020).

⁹⁰ Yılmaz, Öncel, Şahin, s.105.

V. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bankacılık zimmeti suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Doktrinde suçun oluşması için kastın varlığı gerekli görülmektedir⁹¹. Suçun oluşabilmesi için failin zimmete geçirme, faydalanma, mal edinme gibi bir özel kastının bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁹². Yargıtay'a göre de suçun oluşumu için özel kast niteliğindeki mal edinme, zimmete geçirme kastının varlığı gereklidir⁹³.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Bankacılık zimmeti suçu, suç konusu üzerinde failin malik sıfatıyla hareket etmesiyle tamamlanacaktır⁹⁴. Suçun gerçekleşmesi için neticenin ortaya çıkması şartı aranmadığından sırf hareket suçu olarak tanımlanmaktadır⁹⁵. Hareketin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüsün gündeme gelebileceğini kabul eden bir görüş de mevcuttur⁹⁶. Varsayımsal zimmet suçu açısından ise yukarıda anlatıldığı şekilde objektif cezalandırılabilme şartının varlığı kabul edilirse suça teşebbüs mümkün olmayacaktır ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleştikten sonra, yani banka Fon'a devredildikten veya faaliyet izni kaldırıldıktan sonra suça teşebbüs mümkün hale gelecektir⁹⁷. Bize göre de kural olarak bankacılık zimmeti suçu sırf hareket suçu olarak kabul edilse de failin icra hareketlerinin bölünebilmesi durumunda suça teşebbüs mümkün olacaktır. Bu sebeple her somut olay açısından değerlendirme yapılarak icra hareketlerinin bölünüp bölünmediğini tespit etmek gereklidir.

B. Fikri İçtima

Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesinde özel bir içtima hükmüne yer verilmiştir. İlgili maddeye göre *"Bu Kanun'a göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, faileri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır."* Bankacılık Kanunu'ndaki hüküm, Bankacılık Kanunu'na göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirmesi durumunu fikri içtima kapsamına

⁹¹ Aytekin İnceoğlu, s.396; Yılmaz, Öncel, Şahin, s.69.

⁹² Fatih Mehmet Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s.258; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.547; Donay, s.114.

⁹³ Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 12968/17182, 23/12/2010; Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 1111/2031, 16/02/2010, bkz: Yılmaz, Öncel, Şahin, s.69.

⁹⁴ Aytekin İnceoğlu, s.403.

⁹⁵ Selçuk, s.174; Güngör, s.25; Erişen, s.114.

⁹⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler 2018, s.806.

⁹⁷ Aytekin İnceoğlu, s.403.

almıştır⁹⁸. Söz konusu madde ile işlenen fiilin Bankacılık Kanunu dışındaki başka bir kanuna göre de suç oluşturması halinde özel norm-genel norm ilişkisi yapılmayarak en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanması istenilmiştir⁹⁹. Örnek olarak, Bankacılık Kanunu'nun 160/1. maddesindeki zimmet suçu için 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörülmesi karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü için Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesine göre daha ağır cezayı gerektiren Bankacılık Kanunu'nun 160/1. madde hükmünün uygulanması gerekecektir¹⁰⁰. Bir görüşe göre ise bu durumda fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz. Fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi için tek bir eylem ile farklı suçların işlenmesi gereklidir. Dolayısıyla aynı suç bütün unsurlarıyla hem genel hem özel kanunda düzenlenmiş ise fikri içtima hükümleri uygulanmayacak ve görünüşte içtima bulunduğundan özel nitelikteki kanun olaya uygulanacaktır¹⁰¹. Bankacılık zimmeti suçunu oluşturan bir fiil aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda veya farklı bir kanundaki ayrı bir suça vücut veriyorsa Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesi ancak bu durumda uygulanabilecek ve en ağır cezayı gerektiren hüküm faile tatbik edilecektir¹⁰².

Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli halinin resmi veya özel belgede sahtecilik suçuyla birlikte işlenmesi halinde faile ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 204 veya 207. maddelerine göre de ceza verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca faile yalnızca nitelikli zimmet suçundan ceza verilmesi gerekir¹⁰³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesindeki resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarıyla birlikte başka bir suçun birlikte işlenmesi halinde hem sahtecilikten hem de ilgili suçtan ceza verilmesini öngören hüküm karşısında failin iki suçtan da cezalandırılması gerekir¹⁰⁴. Yargıtay'a göre ise Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesindeki düzenleme yalnızca Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suçlar açısından uygulanabilecek bir kural niteliğindedir. Özel yasalarda düzenlenen suçlarla birlikte evrakta sahtecilik suçlarından ayrıca ceza verilebilmesi için bu konuda özel yasalarda açık düzenleme olmalıdır¹⁰⁵.

⁹⁸ Gürses, s.83.

⁹⁹ Selçuk, s.182.

¹⁰⁰ Aytekin İnceoğlu, s.406; Selçuk, s.183; Yılmaz, Öncel, Şahin, s.77

¹⁰¹ Kayıhan İçel/ Hakan Evik, "Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, (2007), s.296; Gürses, s.83.

¹⁰² Gürses, s.83.

¹⁰³ Gürses, s.84.

¹⁰⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler 2018, s.806.

¹⁰⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7-38/79, 06/04/2010, bkz: Yılmaz, Öncel, Şahin, s.78 vd.

C. İştirak

Bankacılık zimmeti suçu yalnızca banka mensupları veya gerçek kişi ortaklar tarafından işlenebildiği için özgü suç niteliğindedir¹⁰⁶. Yargıtay uygulamasında da bankacılık zimmeti suçu özgü suç olarak değerlendirilmiş ve Bankacılık Kanunu'nda belirtilen niteliği taşımayan kişilerin suçun faili olamayacağı kabul edilmiştir¹⁰⁷. Türk Ceza Kanunu'nun 40/2. maddesinde belirtildiği şekilde "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." hükmüyle özgü suçlara iştirak eden kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Suçun, görevi gereği zilyetliği kendisine teslim edilmiş veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan mallara karşı görevli birden fazla banka mensubu tarafından işlenmesi halinde her fail Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesine göre sorumlu olacaktır. Banka mensubu olmayan ya da görevi gereği mala zilyet olmayıp koruma ve gözetim yükümlülüğü de bulunmayan banka mensubu ise ancak failin niteliğine göre yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır¹⁰⁸.

Varsayımsal zimmet suçuna ilişkin doktrindeki bir görüşe göre Fon'a intikal eden bankada ortak olmayan kişi, yönetim kurulu üyeleri ve diğer banka görevlileri bu suçun faili olamaz. Çünkü bu suçun faili olarak gerçek kişi ortaklar gösterilmiştir. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerin fiilleri ancak yardım eden veya azmettiren olarak nitelendirilebilir¹⁰⁹. Diğer görüşe göre ise yönetim kurulu üyelerinin bu suçun faili olmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu sebeple Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesine göre fail olarak sorumlu tutulabilirler¹¹⁰. Bize göre ilgili maddede açıkça ancak gerçek kişi ortakların suçun faili olabileceği belirtildiği için yönetim kurulu üyeleri ile diğer yöneticiler fail olarak cezalandırılmaz.

VII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesinde Bankacılık Kanunu'nda yer alan suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılmasının BDDK veya TMSF tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunulması şartına bağlı olacağı belirtilmiştir. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir¹¹¹.

¹⁰⁶ Sözüer, s.176; Aytekin İnceoğlu, s.215; Selçuk, s.246.

¹⁰⁷ Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 17090/3625, 26/04/2017, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 22/12/2020).

¹⁰⁸ Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 10566/13284, 16/05/2012, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 22/12/2020).

¹⁰⁹ Sözüer, s.184; Güneş Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, s.32.

¹¹⁰ Aytekin İnceoğlu, s.404.

¹¹¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 13741/9824, 22/05/2014, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 01/01/2021).

Muhakeme şartları gerçekleşmediği sürece yargılamanın başlatılması, devam ettirilmesi ve sonuçlandırması mümkün değildir¹¹². Gerçekten CMK'nın 223/8. maddesine göre Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir.

Söz konusu yazılı başvurunun niteliği doktrinde tartışmalıdır. TMSF veya BDDK'nın suçtan doğrudan zarar gören niteliğinde olmaması ve yazılı başvurunun bir süreye bağlanmaması, yapılan başvurunun şikâyet niteliğinde olmadığını göstermektedir¹¹³. İlgili kurumlar tarafından yapılan yazılı başvurunun talebe benzediği¹¹⁴ ifade edilmekteyse de talep sonucu Cumhuriyet savcısının kamu davası açma zorunluluğunun bulunmaması, yazılı başvurunun talep mahiyetinde de olmadığını göstermektedir¹¹⁵. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre bankacılık zimmeti suçunda ilgili kurumun dava açılmasını zorunlu kılmayacak şekilde yaptığı başvuru, müracaat niteliğindedir¹¹⁶. Müracaatın mülga Türk Ceza Kanunu dönemine ait bir kurum olduğunu ve yeni ceza hukuku sistemimize göre geçmişte müracaat olarak kabul edilen başvuruların artık şikâyet olarak kabul edilmesi gerektiğini, kanun koyucunun ise yazılı başvuruları açıkça şikâyet olarak adlandırmadığını belirterek yazılı başvurunun “*sui generis*” bir niteliği bulunduğunu kabul eden bir görüş de mevcuttur¹¹⁷.

Yargıtay, bankanın da bu madde kapsamında yazılı başvuruda bulunabileceğini, banka veya BDDK'nın yazılı başvurusunun muhakeme şartı için yeterli olduğunu kabul etmektedir¹¹⁸. Soruşturma ve kovuşturma kural olarak yazılı başvuru şartına bağlanmış ise de varsayımsal zimmet suçuna ilişkin bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre 160. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurum'un veya Fon'un yazılı bildirim üzerine veya gecikmesinde sakınca görülen

¹¹² Hakeri, 99.

¹¹³ Selçuk, s.263; Uygun, s.156.

¹¹⁴ Güngör, s.28.

¹¹⁵ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, “Yazılı Başvuru” Şartının Hukuki Niteliği” (2013), (S.101), Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.102; Ahmet Mücahit Selçuk, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçları”, s.263; Gürses, s.107.

¹¹⁶ Güneş Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, s.196; Selman Dursun, Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, (Sayı:4), (2007), Ceza Hukuku Dergisi, s.264.

¹¹⁷ Gürses, s.107.

¹¹⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 189719268, 07/06/2012, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 01/01/2021).



hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ile Fon haberdar edilir. Yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurum'un veya Fon'un başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar. Bankacılık Kanunu'nun 163. maddesine göre başlatılan soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde bu karar, ilgisine göre BDDK veya TMSF'ye tebliğ edilecektir. Tebliğ işlemi yapılan kurumun Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca bu karara itiraz hakkı bulunmaktadır. Varsayımsal zimmet suçunda soruşturma bizzat Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Bankacılık Kanunu'nun 166. maddesine göre Cumhuriyet Başsavcılıkları, bu suçların soruşturmasında gerekli olması hâlinde, geçici olarak yargı çevresi içerisindeki veya dışındaki, genel bütçeli dairelere ve katma bütçeli idarelere, bütün kamu kurum ve kuruluşlarına, belediyelere, bankalara ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler. Bu istemler, ilgili kurum ve makamlarca geciktirilmeksizin yerine getirilir. Özürsüz olarak bu istemleri yerine getirmeyen sorumlu kişiler, üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Soruşturmanın gerekli kıldığı hâllerde, suç mahalli veya delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılır. Soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, bu suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur. El koyma kararı yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kırk sekiz saat içinde kararını açıklar. Aksi halde el koyma hükümsüz kalır.

Bankacılık zimmeti suçları açısından özel bir yetki hükmü bulunmaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 164. maddesine göre bankacılık zimmeti suçuna ilişkin davalar, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmektedir. Bankacılık suçlarında bilirkişi incelemesi de özel olarak düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu'nun 165. maddesine göre açılan davalarda bilirkişinin raporunu hazırlaması için 3 aylık sürenin bulunduğu, hâkimin bu süreyi 2 ay daha uzatabileceği belirtilmiştir. Bilirkişinin raporunu süresinde hazırlamaması halinde dosyanın kendisinden alınacağı, ayrıca 1 yıl süreyle Bankacılık Kanunu kapsamındaki davalarda bilirkişi olarak yer alamayacağı belirtildiği gibi 500 güne kadar adli para cezasına mahkûm edilecekleri de kabul edilmektedir. Dosyanın bilirkişiye tevdi edilmesiyle dava zamanaşımı durmaktadır. Raporun teslim edilmesiyle bu süre kaldığı yerden işlemeye başlar. Bankacılık Kanunu'nun 167. maddesine göre bankacılık zimmeti suçundan mahkûm olanlar, Fon'a

veya Hazine'ye olan borçları ve tazminatları ödemediği veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil olunamadığı süreçte, bunlar hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

Bankacılık Kanunu'nun Geçici 31. maddesi'nde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış başvurulara iç hukukta sonuç bağlanan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre bankacılık mevzuatının uygulanmasıyla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış başvuru veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı kapsamında karşılıklı olarak dostane çözüme ulaşılması hâlinde, ilgili kamu otoritesinin şikâyet ya da yazılı başvurudan vazgeçme veya müdahillikten çekilme beyanının ilgili Cumhuriyet savcılığı veya mahkemeye ulaşması üzerine, dostane çözüm kapsamına giren fiiller nedeniyle yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıklar hakkında kovuşturmayla yer olmadığına veya davanın düşmesine verileceği kabul edilmektedir.

VIII. YAPTIRIM

Bankacılık zimmeti suçunun birinci fıkrasındaki basit zimmet suçu için altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Ayrıca faillerin bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edileceği de belirtilmiştir. Ceza mahkemesinin adli para cezasının yanında tazminata da hükmedecek olmasının hükümlünün ödemedi önceliği adli para cezasına vereceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹⁹. Bankanın uğradığı zararın tazmininde ağır ceza mahkemesi, bir özel hukuk mahkemesi gibi davranarak zararı hesaplamalı ve hüküm kısmında bu zararı açıklamalıdır¹²⁰. Yargıtay'a göre ceza mahkemesi, sadece bankanın zararını suç tarihindeki değere göre hesaplamalıdır¹²¹. Mahkemenin hükmedeceği tazminatın şahsi hakka ilişkin olduğu savunulmaktadır¹²². Tazminat miktarının belirlenmesi esas olarak hukuk mahkemelerinin görev alanına girmesine rağmen ilgili zararın tazminine ceza mahkemesinin hükmetmesi usul ekonomisi ilkesi ile açıklanmaktadır¹²³. Her ne kadar usul ekonomisi ilkesi sebebiyle ceza mahkemesine tazminata hükmetme yetkisi tanınmışsa da ceza mahkemesinin zarardan kaynaklı faize hükmetmemesi bankanın veya zarara uğrayanların sonradan tekrar hukuk mahkemesinde dava açmasına neden olacaktır¹²⁴.

¹¹⁹ Selçuk, s.183.

¹²⁰ Aytekin İnceoğlu, s.408.

¹²¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2008/13185, 2011/18429, 02/11/2011, < www.uyap.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 23/12/2020).

¹²² Aytekin İnceoğlu, s.408; Donay, s.110.

¹²³ Gürses, s.98.

¹²⁴ Selçuk, s.184.



Bankacılık zimmeti suçunun ikinci fıkrasına göre suçun hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükümlenir.

Bankacılık zimmeti suçunun üçüncü fıkrasındaki varsayımsal zimmet suçunda faile on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir.

IX. ETKİN PİŞMANLIK

Zimmet suçu ile bir zarar oluşmuşsa bu zararın tazmini hem Türk Ceza Kanunu'nda hem de Bankacılık Kanunu'nda etkin pişmanlık hali olarak öngörülmüştür. Zararın tazmin anına göre failin cezasında etkin pişmanlık sebebiyle yapılacak indirim farklılık göstermektedir.

Banka malvarlığına karşı işlenen suçlarda zararın tespitinin uzun zaman alması, zarar tespit çalışmaları devam ederken soruşturma veya kovuşturma aşamasına geçilmesi halinde zararı karşılamak isteyen failin somut iradesi esas alınarak etkin pişmanlık anının failin ödemeye yönelik somut iradesinin ortaya çıktığı an olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵. Bankacılık Kanunu'na göre soruşturma başlamadan önce, malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde verilecek cezanın üçte ikisi, kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde ise verilecek cezanın yarısı indirilecektir. Bu durumların hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde ise verilecek cezanın üçte biri indirilir. Söz konusu iadenin veya zarar tazmininin gönüllü olması gerekmektedir. Hukuk mahkemelerinde açılan bir davanın neticelenmesinin ardından, zararın icra yoluyla karşılanması halinde bu hüküm uygulanmayacaktır¹²⁶. Etkin pişmanlıkta karşılanması gereken zarara faiz ve mahrum kalınan kâr dâhil edilmeyecektir¹²⁷. Suç konusu malın aynen iade edilmesi veya zararın tazminini kural olarak fail bizzat gerçekleştirmelidir. Üçüncü kişilerin bu zararı gidermesi halinde, failin suçtan pişmanlığı bulunuyorsa ve zararın tazminine yönelik bilgisi varsa, etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir. Gerçekten failin cezaevinde bulunduğu veya şahsen zararı gideremediği durumlarda failin yakını, tanıdığı veya ailesi aracılığıyla zararın giderilmesi gibi hallerde fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.

¹²⁵ Sözüer, s.186.

¹²⁶ Aytekin İnceoğlu, s.401.

¹²⁷ Yılmaz, Öncel, Şahin, s.110.

Bankacılık Kanunu'nda kovuşturma başlamadan önce failin gönüllü olarak zararı karşılması gerektiği belirtilirken soruşturma başlamadan önce zararın giderilmesi halinde gönüllü olma koşulu aranmamıştır. Bir görüşe göre her iki durumda da failin etkin pişmanlığı gönüllü şekilde gerçekleştirmesi gerekmektedir¹²⁸. Yargıtay ise madde metninde açıkça soruşturma başlamadan önce gönüllü olma şartı aranmadığı gerekçesiyle gönüllülüğün gerekmediğini belirtmektedir¹²⁹. Bize göre etkin pişmanlık kurumunun temelinde failin gönüllü şekilde zararı giderme düşüncesi yatmaktadır. Bu sebeple Bankacılık Kanunu'nda kovuşturma başlamadan önce etkin pişmanlığın gönüllü olması gerektiği belirtilirken soruşturmadan önce gönüllü olması gerektiğine yönelik ibarede bulunulmaması maddi hata olarak değerlendirilmelidir.

Etkin pişmanlık ile ilgili bir diğer husus, varsayımsal zimmet suçunda TMSF'ye devredilen bankalarda banka ana ortaklarının TMSF ile yapacakları anlaşmalar sonucu TMSF'ye yapacakları ödemelerin etkin pişmanlık olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Anlaşma uyarınca yapılan ödemeler için etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı kabul edilir¹³⁰. Bir görüşe göre ise bu durumda etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için anlaşmayla belirlenen zarar ile mahkemenin belirlediği zarar miktarının aynı olması ve zararın en geç hükümde önce tamamen ödenmiş olması gereklidir¹³¹.

SONUÇ

Bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer hem malikin mülkiyet hakkı hem de ülkedeki ekonomik düzenin işleyişine duyulan güvendir. Tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı göz önüne alındığında bankacılık zimmeti suçlarında banka suçtan zarar gören konumundadır. Bankacılık zimmeti suçu özgü suçlardandır. Fail sadece banka mensubu olabilir. Banka mensubunun fail olabilmesi için bankayla arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve görev tanımının bankacılık faaliyetine ilişkin olması gereklidir.

Bankacılık zimmeti suçu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde temel olarak iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. İlk fıkrada düzenlenen bankacılık zimmetinin temel halinde fail, görevi gereği zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu mal tahsis edildiği amaç dışında kendisi veya başkası için mal edinme kastıyla hareket etmektedir. Varsayımsal zimmet suçunda ise faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını

¹²⁸ AYTEKİN İNCEOĞLU, s.401.

¹²⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/7-429, 2012/181, 08/05/2012, bkz: Yılmaz, Öncel, Şahin, s.111-112.

¹³⁰ SÖZÜER, s.186.

¹³¹ GÜRSER, s.96.



emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilmektedir. Lafzi ifadeyle de belirtildiği şekilde teknik anlamda zimmet tanımına uymayan bir eylem zimmet kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Banka hâkim ortağına tahsis edilen kredinin ödenmemesi tek başına suçun oluşumuna sebebiyet vermez. Suçun oluşabilmesi için kredinin geri ödenemeyeceği bilinmesine rağmen kredinin verilmesi gereklidir. Bunun için kredi alanın mali yeterliliğinin olup olmadığı, gerekli risk analizinin yapılıp yapılmadığı, teminat alınıp alınmadığı gibi hususlar birlikte değerlendirilerek failin suç kastının varlığı tespit edilmelidir. Varsayımsal zimmet suçunun oluşması için bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi gereklidir. Bu şart objektif cezalandırılabilme şartı niteliğindedir.

Bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi halinde faile hapis ve adli para cezasının yanında bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilmektedir. Yargılama yapan ağır ceza mahkemesinin bir hukuk mahkemesi gibi davranarak oluşan zararı hesaplaması gereklidir. Bankacılık faaliyetlerinin uzmanlık gerektiren teknik ve karmaşık niteliği gereği zararın ve zimmet fiilinin tam olarak belirlenmesinin uzun süre alacağı göz önüne alındığında dava ile ilgili bilirkişi görevlendirmesi yapılması halinde zamanaşımı süresinin duracağı hüküm altına alınmıştır.

KAYNAKÇA

Akçin İ, Aslan V, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar (2.Baskı, Adalet Yayınevi, 2019).

Zimmet Suçu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (C.LXXI, S.1, 2013), s.43-66.

Artuk M.E ve Alşahin M. E, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (C.19, S:3, 2013), s.17-44.

Artuk M.E, Gökçen A ve Yenidünya A.C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2011).

Artuk M.E, Gökçen, A, Alşahin, M.E ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (17.Baskı, Adalet Yayınevi, 2018).

Baba Y, 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Yıl 3, S.9, Nisan 2012), s.253-280.

Baba, Y, Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2017.

Baytemir E, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti (Adalet Yayınevi, 2011).

Centel N, Zimmet Suçu(TCK 247) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019), s. 2779-2800.

Donay S, Bankacılık Ceza Hukuku (Beta Yayıncılık, 2007).

Dursun S, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar (Seçkin Yayıncılık, 2006).

Dursun S, Kıyı (Off-Shore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 32 (2004), s.247-282.

Dursun S, Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, Ceza Hukuku Dergisi, (Sayı:4, 2007), s.263-275.

Erişen M, Bankacılık Zimmeti Sayıştay Dergisi (S.83, 2011), s.97-123.

Gülşen T, Zimmet Suçu Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Güngör D, 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu Ankara Barosu Dergisi (Yıl 67, S.4, 2009), s.23-29.

Gürses D, Bankacılık Kanunu'na Göre Zimmet Suçu (B.2, On İki Levha Yayıncılık, 2009).

Gökçen A, Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu (4387 s.lı K. m. 22/3-4), Legal Malî Hukuk Dergisi (C. 1, S. 10, Nisan 2005), s. 2665-2693.

Gökcan H.T, Güveni Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresi'ne Karşı İşlenen Suçlar (Seçkin Yayınları, 2008).

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (24.Baskı, Adalet Yayınevi, 2021).

Haznedar İ.M, Bankacılık Zimmeti Suçu, Legal Hukuk Dergisi (Nisan 2007), s.1169-1188.

İçel K ve Evik H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, (Beta Yayıncılık, 2007).

İnceoğlu Aytekin A, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.



Mahmutoğlu F, Bankalar Kanununun 22/3 İle 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar Hukuki Perspektifler Dergisi (S.3, 2005), s.223-238.

Mahmutoğlu F, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar (Seçkin Yayınevi, 2003).

Malkoç İ, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet İrtikap Rüşvet Suçları (Malkoç Yayınevi, 2010).

Okuyucu Ergün G, Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Benzeri Suçta Bankanın TMSF'ye Devredilmiş Ya Da Faaliyet İzininin Kaldırılmış Olması Koşulunun Niteliği Terazi Hukuk Dergisi, (S.39, 2009), s.29-41.

Okuyucu Ergün G, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu (Çakmak Yayınevi, 2008).

Özgenç İ, Zimmet Suçu (Genişletilmiş 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012).

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi (3.Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006).

Selçuk A.M, 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçları İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Sözüer A, Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar Hukuki Perspektifler Dergisi, (S.5, 2005), s. 166-191.

Tekinalp Ü, Ünal Tekinalp'in Banka Hukuku'nun Esasları, (Yeniden Yazılmış 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2009).

Tiryaki G, Ekonomik Suçlar, Bankacılık Suçları ve Bu Tür Suçlarla Mücadele Stratejisi Active Bankacılık ve Finans Dergisi, (Yıl:6, S.34, Ocak - Şubat 2004), s.56-74.

Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım (Savaş Yayınevi, 2007).

Toroslu N, Ceza Hukuku (Savaş Yayınevi, 2005).

Tuğrul A.C, Öğreti ve Uygulamada Zimmet Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları (2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013).

Uygun Ç, Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı Maddesinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 247'nci Maddelerinde Yer Alan Zimmet Suçu Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Yenisey F ve Nuhoğlu A, "Yazılı Başvuru» Şartının Hukuki Niteliği, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, (S.101, 2013), s.97-108.

Yılmaz Ö, Öncel H ve Şahin Ü, Banka Zimmeti (Adalet Yayınevi, 2018).

Yiğit U, Bankacılık Suçları, (Has Matbaacılık, 2006).

Yüksektepe M.A, TCK Genel Hükümleri Dâhilinde Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri ve Yargıtay Kararları ile Zimmet (Aristo Yayınevi, 2018).

Yüksel A.S, Yüksel A, Yüksel Ü, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi (Beta Yayıncılık, 2004).

Elektronik Kaynaklar:

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://www.uyap.gov.tr>



BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN TUTUKLAMA KARARI VERME YETKİSİ

To be Handled of Make an Arrest Warrant Dispute in Regional Courts of Justice

Uğur AŞKIN*

Özet

İstinaf, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ilk derece mahkemesi hükümlerine karşı kabul edilmiş olağan bir kanun yoludur. Burada, ilk derece mahkemesi hükmünün hem hukuki hem de maddi açıdan denetlenmesine imkân tanınması sebebiyle, hukuk sistemi içerisinde önemli bir ihtiyaca cevap verilmektedir.

Temyiz incelemesinden farklı olarak istinafta bölge adliye mahkemeleri, ilk derece mahkemesinin yaptığı işlemleri yapmaya kural olarak yetkilidir. Bu nedenle bölge adliye mahkemeleri, ilk derece mahkemesi gibi delil toplayabileceği için tutuklamayı gerektiren nedenlere ilişkin emarelere sonradan ulaşabilir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinde tutuklama kararı verilmemesine rağmen, istinaf incelemesinde şartların oluşmasıyla tutuklama kararı verilebilir.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte AİHM ve Yargıtay içtihatlarında, istinafta tutukluluk halinin devamına karar verildiğinde azami tutukluluk sürelerinin dikkate alınmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu sürelerin ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararını açıklamasına kadar geçerli olduğu savunulmaktadır. Kanunda yer almamasına rağmen hükme bağlı tutukluluk olarak adlandırılan bu uygulamanın kişi hak ve özgürlükleriyle bağdaştığı kabul edilemez.

Bu çalışmada önemli bir koruma tedbiri olan tutuklamanın istinafta bölge adliye mahkemeleri tarafından hangi aşamada verilebileceği, şartları, azami süresi, sona erme halleri ve bu kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolları ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: istinaf, bölge adliye mahkemesi, tutuklama, tutukluluk süreleri.

Abstract

Appeal is an ordinary legal remedy enacted to the judgments of the first instance court in the Criminal Procedure Code numbered 5271. The remedy responds to an important need in the legal system by virtue of enabling the judgments of the first instance court to be audited both legally and financially.

Unlike appellate review, regional courts of justice on appeal are authorized as a rule to take the actions taken by the court of first instance. Therefore, it is possible that regional courts of justice reach afterwards indications associated with reasons requiring arrest because the regional courts of appeal are capable of collecting evidence in just the

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugur.askin@inonu.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-3842-8745>

same way as a court of first instance. Therefore, an arrest warrant is likely to be issued in company with meeting the conditions of the appeal examination, although an arrest warrant is not be issued in the court of first instance .

In addition to controversial in doctrine, in the case law of the EHRC (European Human Right Court) and the supreme court is emphasized that the maximum periods of detention should not be taken into account, when it is decided continuation of detention on appeal. It is defended that these periods are valid until the first instance court announces its reasoned decision. The adhibition called adjudicatory detention is unacceptable to be compatible with individual rights and freedoms.

This study will examine at what stage detention which is an important protection measure should be issued, detention conditions, maximum duration, termination circumstances, and what legal remedies against these decisions are in detail.

Keywords: appeal, regional courts of justice, detention, detention times.

GİRİŞ

Kanun yolu, yargılama makamlarınca verilen bir kararın hukuka aykırı olduğu iddiası ile çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere başka bir yargılama merci tarafından denetlenmesini sağlayan hukuki çaredir¹.

İlk derece yargı mercilerince verilen kararların, bölge adliye mahkemelerinde maddî olayın tespiti ve hukuka uygunluk yönlerinden, Yargıtay'da ise sadece hukuka uygunluk açısından incelenmesini; Yargıtay'ın, bir içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürebilmesini sağlamak amacıyla 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile birlikte, bölge adliye mahkemelerinin teşkilatlanması düzenlenmiş² ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile istinaf kanun yolu getirilmiştir.

¹ Urs Konrad Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, (2. Auflage, 2015), § 28, N. 1; Meyer and Goßner, *Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen* (StV 1997), 212; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin 2021), 885; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (11. Baskı, Seçkin 2021), 245; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (15. Baskı, Seçkin 2021), 661; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı, Seçkin 2021), 702; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı, Adalet 2021), 649; Ali Rıza Çınar, *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu*, (1. Baskı, Turhan 2006), 11; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Baskı, Savaş 2014), 319; Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (1. Baskı, Seçkin 2018), 17; Cengiz Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2. Baskı, Seçkin 2016), 29.

² Bölge adliye mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur (5235 sayılı Kanun m. 26). Daireler ise, kendi içerisinde hukuk ve ceza daireleri olmak üzere ikiye ayrılır. Her bölge adliye mahkemesinde en az üç hukuk ve en az iki ceza dairesi bulunur. Gerekli hâllerde dairelerin sayısı, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca artırılıp azaltılabilir. Dairelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur (5235 sayılı Kanun m. 29).

Tutuklama ise, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin varlığı halinde, şüpheli veya sanığın kaçmasını ya da delilleri karartmasını önlemek amacıyla kişi özgürlüğünün hakim kararıyla hükümden önce kısıtlanmasıdır³.

5271 sayılı CMK m. 100’de düzenlenen tutuklama koruma tedbirine karar verilebilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenlerinden birinin bulunması gerekir⁴. Yargılama sonucunda şüpheli veya sanığın mahkûmiyeti kuvvetle muhtemel olması halinde, kuvvetli suç şüphesinden bahsedilir. Tutuklama nedenleri ise kaçma ve delilleri karartma şüphesidir. Ayrıca işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez (CMK m. 100/1).

Tutuklama için somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesiyle birlikte tutuklama nedenlerinin varlığı gerekir. Ancak CMK m. 100/3’te katalog olarak sayılan suçların işlenmesiyle tutuklama nedenlerinin gerçekleştiği kabul edilir. Ancak bu suçlarda dahi tutuklama kararı verilebilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerekir. Bölge adliye mahkemelerinin tutuklama kararı verebilmesi için kaçma ve delilleri karartma tehlikesi olan tutuklama nedenlerinin varlığı yeterlidir. Bu aşamada ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir karar bulunduğundan kuvvetli suç şüphesi yerini kesinliğe bırakır⁵. Nitekim bölge adliye mahkemeleri tutuklamaya ilişkin

³ Gaby Münchafffen and Norbert Gatzweiler, *Das Recht der Untersuchungshaft*, (2. Auflage, C.H. Beck 2002), 1-2; Rachel A. Harmon, “Why Arrest.” Michigan Law Review, vol. 115, no. 3, December 2016, 364. HeinOnline, 312-313; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (18. Baskı, Beta 2010), 918- 919; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (4. Baskı, Seçkin 2021), 73; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (12. Baskı, Seçkin 2021), 289; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 243; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 410.

⁴ Doktrinde tutuklamaya karar verilebilmesi için bazı ek şartların aranması gerektiği savunulmuştur. Bunlar; şüpheli veya sanığın huzurda bulunması, adli kontrol tedbirlerine karar verilememesi, güvence ya da teminat belgesi verilmemiş olması, muhakeme şartlarının gerçekleşmesi ve tutuklama yasağının bulunmamasıdır. Bkz. Feridun Yenisey ve Salih Oktar, “İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama”, (2019) C. 21 (Özel sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 3138; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Baskı, Beta 2016), 388; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Bası, Seçkin 2008), 560; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (1. Baskı, Asil 2006), 220; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok VILLEMIN ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 467.

⁵ Mahmut Koca, Ali Kemal Yıldız, Selman Dursun, Neslihan Göktürk, Serdar Talas, Abdullah Batuhan Baytaç ve Serhat Mahmutoğlu, İstinaf ve Bireysel Başvuru Türkiye Raporu, (Editör: Adem Sözüer), İstinaf Kanun Yolu ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Konferansı, 2-3 Haziran 2017, s. 109-110; Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde İstinaf, (2. Baskı, Seçkin 2020), 205.

kararlarında yalnızca tutuklama nedenlerine ilişkin değerlendirme yapıp, suç şüphesini ele almamaktadır⁶.

Bölge adliye mahkemeleri istinaf incelemesinde tutuklama şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle salıvermeye karar verebileceği gibi, bu şartların gerçekleşmesiyle tutuklamaya ya da tutukluluğun devamına karar verebilir. Diğer bir ifadeyle ilk derece yargılamasında tutukluluk şartları oluşmamasına rağmen, istinafta yeni delillerin elde edilmesiyle tutuklama kararı verilebilir.

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE ÖN İNCELEME VE KOVUŞTURMA

Bölge adliye mahkemelerinde yargılamayı daha hızlı ve sağlıklı sürdürmek için iki aşamalı inceleme yapılmaktadır. Bu incelemelerin ilk aşamasında ön inceleme, ikinci aşamasında ise dosya üzerinden esastan inceleme yapılır⁷. Bu incelemelerin ne kadar sürede yapılacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bunun adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek şekilde makul sürede tamamlanması gerekir.

Ön inceleme aşamasında CMK m. 279’da belirtilen yetki ve başvuru şartlarına ilişkin hususların dışında herhangi bir inceleme yapılamaz. Dolayısıyla bu aşamada herhangi bir usuli işlem yapılamayacağı gibi tarafların yeni delil ileri sürebilmesi de mümkün değildir⁸. Nihayetinde ön incelemede bölge adliye mahkemelerinin salıverme ya da tutuklama kararı verebilmesi mümkün değildir⁹.

⁶ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2’nci Ceza Dairesinin 17.05.2018 tarihli ve 2018/1069 E., 2018/1104 K. sayılı kararı; “Sanığın üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, almış olduğu ceza süresi gözetildiğinde böyle bir ceza tehdidi karşısında kaçma şüphesinin bulunması, sürdürülen tutuklama tedbirinin orantılı olup tutuklama koşullarında bir değişiklik olmaması ve yargılamaya konu suçun CMK’nın 100/3 maddesinde yer alan katalog suçlardan olması nedeniyle adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı anlaşıldığından CMK’nın 104/3, 105/1-son maddeleri uyarınca sanık ve sanık müdafileri tarafından sapılan sanığın tahliye taleplerinin ayrı reddine, CMK’nın 108/3 maddesi gereğince sanığın tutukluluk halinin devamına...”

⁷ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 931; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 269; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 740- 741; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 725; Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 280.

⁸ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 931; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 269; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 740; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 725; Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 283-284.

⁹ Bölge adliye mahkemelerinde yalnızca duruşma açılarak kovuşturmayla başladığında tutuklama kararı verilebilir. Dolayısıyla bu mahkemelerin ön inceleme aşamasında tutuklama kararı verebilmesi mümkün değildir. Bkz. Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (1. Baskı, Adalet 2019), 259.

Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi ön inceleme sonucunda dava dosyası hakkında yetkisizlik veya istinaf başvurusunun reddine karar vermezse, dosyanın delilleriyle birlikte esastan incelemesine geçilir¹⁰. Diğer bir ifadeyle, bölge adliye mahkemesince ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra doğrudan duruşma evresine geçilmeyip, dosya üzerinden esasa ilişkin bir inceleme yapılır¹¹.

İlgili ceza dairesi söz konusu esasa ilişkin incelemesini dosya üzerinden kurul olarak yapar. Ancak ilk derece mahkemesinin gönderdiği dosyaları başkan, üyeler arasında paylaşırabilir¹².

Bölge adliye mahkemesinde esasa ilişkin inceleme, öncelikle dosya ve dosyayla birlikte sunulmuş olan deliller üzerinde yapılır (CMK m. 280/1). Ancak daire dosya üzerinden esasa ilişkin incelemesini yalnızca hukukilik kapsamında yapmaz. Çünkü temyizden farklı olarak istinafta, ilk derece mahkemesinin kararındaki usule ve maddi olaya ilişkin hususlar denetlenir¹³.

İlgili ceza dairesinin dosya hakkındaki esastan incelemesinin istinaf isteminde belirtilen sebeplerle sınırlı olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁴. Ancak bölge adliye mahkemesinin maddi olay açısından yapacağı inceleme, tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yeniden tekrarlanması anlamına gelmeyip, yalnızca tartışmalı olan delillerin yeniden incelenmesi ile sınırlıdır¹⁵.

¹⁰ 5271 sayılı Kanun Gerekçesi; http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmad-deleri?_adf.ctrl-state=osi4j9fwf_19&pkanunlarmo=23594&pkanunnumarasi=5271, e.t: 27.01.2021.

¹¹ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 931; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 269; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 741; Osman Yaşar, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, (1. Baskı, Seçkin 2011), C.3, 3966.

¹² Ali Rıza Çınar, *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf*, (1. Baskı, Adalet 2010), 133; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 931; Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, (Adalet Bakanlığı 2007), 142.

¹³ Roxin and Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, (27. Auflage, C.H. Beck 2012), § 53 N. 1; Schroeder and Verrel, *Strafprozessrecht*, (7. Auflage, C.H. Beck 2017), § 34 N. 298; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (13. Bası, Seçkin 2016), 490; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 915; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 263; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 741; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Vıllemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 696; Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 409; Yaşar, 3.Cilt, 3967; Çınar, *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf*, 133; Ali Parlar ve Orhan Sekmen, *Ceza ve Hukuk Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz*, (1. Baskı, Bilge 2016), 124.

¹⁴ Çınar, *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf*, 134; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 741.

¹⁵ Yusuf Solmaz Balo, "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafin Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları", (2016) S. 7, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 217.



II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE DOSYA ÜZERİNDEN ESASTAN İNCELEME SONUCUNDA SANIĞIN TUTUKLULUK HALİNE İLİŞKİN KARAR VERİLMESİ

Görevli ceza dairesi dosya ve dosyayla birlikte sunulmuş olan deliller kapsamında esasa ilişkin inceleme sonucunda üç tür karar verebilir. Bunlar; istinaf başvurusunun esastan reddine, hükmün bozulmasına, davanın yeniden görülmesine ve duruşma işlemlerinin başlamasına ilişkin kararlardır¹⁶.

Dosya üzerinden esasa ilişkin inceleme sonucunda istinaf başvurusunun esastan reddine veya hükmün bozulmasına karar verilecek ise, tutuklu bulunan sanık hakkındaki salıverilme talepleri hakkında da karar verilmelidir. Nitekim CMK m. 104/3'te bu husus; "*dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

Davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerinin başlanmasına karar verilirse, duruşma hazırlığında da salıverme talebi hakkında karar verilebilir¹⁷. Zira CMK m. 280/1-c'de düzenlendiği üzere; görevli ceza dairesi ön inceleme sonucunda istinaf başvurusunu reddetmemiş ve dosya üzerinden yaptığı esastan incelemede de red veya bozma kararı vermemişse, gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görülmesine¹⁸ ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verir.

¹⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı, Yetkin 2014), 544; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Baskı, Adalet 2017), 468; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 932- 933; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 269; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 741; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 347; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 727; Caner Yenidünya ve Zafer İçer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (1. Baskı, Adalet 2016), 800; Yaşar, 3.Cilt, 3967; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (2.Cilt, Savaş 2015), 175; Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 409; Parlar ve Sekmen, *Ceza ve Hukuk Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz*, 110; Kubilay İnan, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları*, (1. Baskı, Seçkin 2006), 114.

¹⁷ Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 682; Mustafa Artuç ve Mehmet Tevfik Elmas, *Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf*, (1. Baskı, Adalet 2017), 537; Parlar ve Sekmen, *Ceza ve Hukuk Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz*, 125.

¹⁸ Doktrinde Yenisey, davanın yeniden görülmesini ıslah olarak adlandırmaktadır Zira istinafta yeni bir olay yargılaması yapılır ve ilk derece mahkemesi kararında hata tespit edilirse, esas mahkemesi tarafından verilmiş olan ilk hüküm ıslah edilir. İstinaf yargılaması yapan mahkeme, hatayı tespit ettikten sonra esas hakkındaki kararı da verir (Feridun Yenisey, "İstinaf", (2000) S. 2, Adalet Dergisi, 176.

Kanunun madde gerekçesinde “gerekli tedbirler” kavramına tutuklama ya da adli kontrol kararı verilmesi örnek olarak gösterilmiştir¹⁹. Bu nedenle bölge adliye mahkemelerinde esasa ilişkin inceleme sonucunda tutuklama veya adli kontrol gibi koruma tedbirlerine karar verildikten sonra davanın yeniden görülmesi amacıyla duruşma hazırlığına ilişkin işlemlere başlanır²⁰.

III. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE DURUŞMA EVRESİNDE TUTUKLAMA KARARI VERİLMESİ

Bölge adliye mahkemesinde dosya üzerinden yapılan esastan inceleme sonucunda davanın yeniden görülmesine ve duruşma işlemlerine başlanmasına karar verilmesiyle birlikte inceleme aşaması sona ererek duruşma evresine geçilir²¹.

İstinafta, ilk derece mahkemesine konu olan dava ikinci kez ele alındığı için duruşma hazırlığına ilişkin kuralların büyük çoğunluğu ilk derece mahkemesindeki kurallarla aynıdır²². Zira CMK’nın 282’nci maddesinin 1’inci fıkrası; “*duruşma açıldığında aşağıda gösterilen istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır*” şeklindedir. Dolayısıyla ilk derece mahkemelerinin duruşma hazırlığına ilişkin işlemlerini düzenleyen CMK’nın 175 ila 181’nci maddelerindeki; iddianamenin kabulü ve duruşma hazırlığı (m. 175), iddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağırılması (m. 176), sanığın savunma delillerini toplanması istemi (m. 177), çağırılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi (m. 178), çağırılan tanıkların ad ve adreslerinin sanığa ve Cumhuriyet savcısına

¹⁹ Doktrinde karşı görüş olarak; ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri açısından kıyas yasağı söz konusudur. Dolayısıyla CMK m. 104/3’teki Yargıtay ve BAM’a tanınan tutuklu sanığın salıverilmesi yetkisi, kıyas yapılarak bu mercilerin tutuklamaya da karar verebileceği şeklinde genişletilemez. Bkz. Birtek, *istinaf*, 259.

²⁰ Kaymaz, *istinaf*, 117.

²¹ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku Gazi Şerhi*, (1. Baskı, Seçkin 2005), 864; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 935; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 272; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırt, Özyayın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 734.

²² Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Bası, İstanbul Üniversitesi 1989), 1043; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 491; Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*, (1. Baskı, Seçkin 2010), 137; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku Gazi Şerhi*, 864; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 936; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 272; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırt, Özyayın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 734; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 346; Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 410; Yaşar, 3.Cilt, s. 3969; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. 2, 176.



bildirilmesi (m. 179), tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmeleri (m. 180), ve son olarak tanık ve bilirkişinin dinleneceği günün bildirilmesine (m. 181) ilişkin kurallar istinafta da geçerlidir²³.

Duruşma hazırlığı aşamasında bölge adliye mahkemesi başkanının veya görevlendireceği üyenin gerekli çağrılar ve duruşmaya ilişkin hazırlıkları tamamlamalarıyla birlikte duruşma evresine geçilir.

İstinafta, ilk derece mahkemesindeki genel kurallar uygulandığı için bölge adliye mahkemelerinin gerekli şartların sağlanması halinde, kural olarak koruma tedbirlerine başvurabilmeleri mümkündür²⁴. Bu nedenle bölge adliye mahkemeleri duruşma evresinde tutuklama, adli kontrol ya da tahliye kararlarını verebilir²⁵.

İstinafta bölge adliye mahkemelerinin koruma tedbirlerine karar verebilmeleri her ne kadar mümkün olsa da tutuklama kararı verebilmeleri doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, temyiz incelemesinde ek delil sunarak bunların tartışılması mümkün olmadığı için Yargıtay tutuklama kararı veremez ancak kararı bozması halinde salıvermeye karar verebilir²⁶. Buna karşılık istinaf incelemesinde ilk derece mahkemesinde tartışılmamış bilgi ve belgelerin tartışılması ve ek delil sunulması mümkün olduğu için, bölge adliye mahkemelerinin tutuklama kararı verebilmesi mümkündür²⁷.

²³ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 936; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 273; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 349; Z. Özen İnci, *Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, (3. Baskı, Seçkin 2014), 147; Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 295 vd.

²⁴ İstinaf kanun yolunda tutuklama kararı verme yetkisi kovuşturma evresindeki kurallara tabidir. Yargıtay ise, sadece bozma kararıyla birlikte salıvermeyi sağlar. Bkz. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 937.

²⁵ Muharrem Özen, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, (2016) C. 65 (S. 4), AÜHFD, 2375; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi*, 859.

²⁶ Nitekim bozma halinde salıverme kararı verilebileceğine ilişkin Yargıtay’ın 2015 tarihli kararında; “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazı bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükümlerin bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi gereğince (bozulmasına), bozma nedenine göre 5271 sayılı cmk’nın 104/3. madde ve fıkrası uyarınca sanık h... k...’un tahliyesine, başka suçtan tutuklu ya da hükümlü olmaması halinde derhal salıverilmesi için Rize Cumhuriyet Başsavcılığı’na yazı yazılmasına...*” (Yarg. 8. C.D., 2015/14794 E., 2015/25561 K., 10.12.2015 T.).

²⁷ Feridun Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, (1. Baskı, Beta 1990), 179; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 385; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özyayın, Alan Akcan, Tüttüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 475; Gökcen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 420; Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 168; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, s. 87; Özen, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, 2349;

Diğer bir görüşe göre ise, CMK m. 104/3 uyarınca Yargıtay'ın veya bölge adliye mahkemesinin ilgili ceza dairesi, dosya üzerinden yapacağı inceleme sonrasında tutuklu sanığın salıverilmesine re'sen veya talep üzerine karar verebilir. Ancak Yargıtay'ın ve bölge adliye mahkemelerinin tutuklama kararı verebilmesi mümkün değildir. Zira kanun koyucu bu mercilere tutuklama kararı verebilme yetkisini tanımak isteseydi, CMK m. 104/3'de salıverme yetkisini açıkça düzenlediği gibi, bu yetkiyi de düzenlerdi²⁸.

Kanaatimizce bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin tutuklama kararı verebilmesi mümkündür. Zira istinafta bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yaptığı tüm işlemleri kural olarak yapmaya yetkilidir. Burada istinaf merci, ilk derece mahkemesi gibi delil toplayabileceği için tutuklama nedenleri sonradan da oluşabilir. Dolayısıyla ilk derece yargılamasında tutuklama kararı verilmemesine rağmen, istinaf aşamasında şartların oluşmasıyla tutuklama kararı verilebilir.

İfade etmek gerekir ki, CMK'nın 100'üncü maddesinde düzenlenen tutuklama koruma tedbirine ilişkin kurallar, genel hüküm mahiyetinde olup yalnızca ilk derece yargılamalarında değil, istinaf kanun yolunda da geçerlidir. Ayrıca bölge adliye mahkemeleri hukukilik denetiminin yanı sıra maddi olaya ilişkin incelemelerde de bulunduğu için olay mahkemesi işlevi görür. Zira temyizden farklı olarak istinaf kanun yolunda, yeni vakıa ve deliller ileri sürülebildiği gibi maddi olayın tespitine ilişkin incelemelerde de bulunulur. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin maddi olaya ilişkin tespitlerinin denetimi neticesinde bölge adliye mahkemelerinde tutuklama kararı verilebilir. Ayrıca istinafa konu olan bir yargılamada ilk derece mahkemesi tutuklama sebeplerinin varlığına rağmen hukuki bir hata sonucunda tutuklama kararı vermeyebilir. Bölge adliye mahkemelerinde, ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki hukuki ve maddi hataların düzeltilmesi amaçlandığı için, ilk derece mahkemelerinin tutuklama kararına ilişkin yaptığı hatalar da bu aşamada düzeltilebilmelidir.

Nitekim Çorlu 2'nci Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/64 E., 2016/342 K. sayılı kararına konu olan olayda; Saat 01:00 sıralarında maktulün tanıklar M.B ve İ.B'nin içinde bulunduğu araçla seyir halindeyken sanık R.D'nin evinin önünde indiği, maktul inerken olay tanıklarına "beni biraz bekleyin geleceğim" diyerek G.D ile bir şeyler konuşacağını söylediği, evden silah sesi gelmesi üzerine sanık G.D'nin elinde bir silahla evden uzaklaştığının görüldüğü, otopsi raporuna göre 9 adet ateşli silah yaralanması olduğu, maktulün ateşli silah

İnci, *Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Tutuklama*, 147; Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 56-57; Özlem Ögütçü, *Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*, (1. Baskı, Seçkin 2019), 46; Kaymaz, *istinaf*, 204; Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, 61.

²⁸ Artuç/Elmas, s. 537; Parlar/Sekmen, s. 126.



yaralanmasına bağlı iç kanama sonucu öldüğü belirlenmiştir. Söz konusu olaya ilişkin yapılan yargılamada, Çorlu 2'nci Ağır Ceza Mahkemesi sanık G.D'nin tutuksuz yargılanmasına karar vermiştir. Çorlu 2'nci Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/64 E., 20016/342 K. sayılı kararına ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1'inci Ceza Dairesine yapılan istinaf başvurusunda; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1'inci Ceza Dairesinin 2017/164 E. dosya numaralı 22.05.2017 tarihli kararı; “*Sanık R.D ile A.D üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin mevcut olduğu, suçun CMK'nın 100/3-a maddesinde öngörülen katalog suçlardan olması nedeniyle tutuklama nedenlerinin var olduğu, tutuklama tarihine göre tutukluluk durumunun ölçülü bulunduğu, suçu için yasada öngörülen cezanın süresi, dikkate alındığında tahliyesi halinde kaçacağına dair şüphenin devam ettiği dikkate alınarak sanığın TUTUKLULUK HALİNİN DEVAMINA, sanık G.D'ye isnat edilen suçun önemi delil durumu ve suçun CMK 100/3-a maddesinde öngörülen suçlardan olması ayrıca tanıklar İ.B, Ş.A ve M.B'nin ifadeleri dikkate alınarak sanık G.D'nin CMK'nın 100/3-a maddesi gereğince TUTUKLANMASINA...*” şeklindedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1'inci Ceza Dairesinin söz konusu kararında; sanık G.D ilk derece yargılamasında tutuksuz yargılanmasına rağmen, istinaf incelemesinde isnat edilen suça ilişkin önemli delillerin bulunması ve suçun CMK m. 100/3-a'daki katalog suçlardan olması sebebiyle G.D'nin tutuklanmasına karar verilmiştir.

Adli kontrol tedbirine uyulmaması durumunda da bölge adliye mahkemesi adli kontrol kararını kaldırarak tutuklama kararı verebilir. Nitekim CMK m. 112/1'de bu husus; “*adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki “*yetkili yargı mercii*” ifadesi, elbette istinaf incelemesinde bölge adliye mahkemesini de kapsamaktadır.

Öte yandan başka bir suç sebebiyle tutuklama koruma tedbirinin uygulanması, sonradan işlenen suça ilişkin tutuklama kararı verilmesine engel değildir²⁹. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin tutuklama kararı vermesinden sonra aynı sanığın yeni bir suç işlenmesi halinde, ilk derece mahkemesi bu yeni suça ilişkin tutuklama kararı verebilir.

IV. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE TUTUKLULUK SÜRELERİ

Tutukluluk süreleri İHAS m. 5/3'e göre, yakalama veya gözaltına alma ya da ilk defa tutuklama anından başlayıp kişinin serbest bırakılma anına

²⁹ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 376; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 425.

kadar geçen süreyi ifade eder³⁰. Diğer bir ifadeyle tutukluluk süresi³¹ kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihte başlayıp³², fiilen serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verilinceye kadar devam eder³³.

İstinafta, ilk derece mahkemelerindeki genel kurallar uygulandığı için tutukluluğa ilişkin kanunda öngörülen azami süreler (CMK m. 102) ve tutukluluğun gözden geçirilmesine ilişkin genel kurallar (CMK m. 108) burada da geçerlidir³⁴.

5271 sayılı CMK'nın "tutuklulukta geçecek süre" başlıklı 102'nci maddesine göre; "(1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/18 m.) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez.

(3) Bu maddede öngörülen uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir.

(4) (Ek: 17/10/2019-7188/18 md.) Soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci,

³⁰ Ulaş Karan, *Kişİ Özgürlüğü ve Güvenlik Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Edt. Sibel İnceoğlu), (1. Baskı, Avrupa Konseyi), 202; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, (1. Baskı, Legal 2012), C.1, 367.

³¹ AYM, B. No: 2012/1137, K.T. 02/07/2013, bkz. para. 66.

³² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20'nci Ceza Dairesinin 19.04.2019 tarihli ve 2018/264 E., 2019/268 K. sayılı kararı; "Silahlı terör örgütü üyeliği yakalama tarihine kadar temadi eden suçlardan bulunduğundan, "14.11.2016" olan ilk yakalanma tarihinin suç tarihi olduğu gözetilmeden, gerekçeli karar başlığında "08.06.2016 ve öncesi" yazılmasının, 14.11.2016-16.11.2016, 13.01.2017-17.01.2017 tarihleri arasında gözaltında geçen süreler ile 17.01.2017 olan tutuklama tarihinin gösterilmemesinin mahallinde düzeltilmesi olanaklı görülmüştür"

³³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, (2. Baskı, Seçkin 2004), 279-280; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 398; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 307- 308; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 424; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 257.

³⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 398-399; Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", s. 2375; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744.



Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

(5) (Ek:17/10/2019-7188/18 md.) *Bu maddede öngörülen tutukluluk süreleri, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından yarı oranında, on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar bakımından ise dörtte üç oranında uygulanır”.*

7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte soruşturma evresindeki tutuklama süreleri sınırlandırılmıştır. Böylelikle soruşturma evresinde tutukluluk süreleri ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir³⁵.

İstinafta tutuklamaya ilişkin azami sürelerin belirlenmesi hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre; ilk derece mahkemesince sanığın mahkûmiyetine karar verilmişse, Türk hukukuna ilk olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011 yılında verdiği kararıyla³⁶ gelen hükme bağlı tutukluluk söz konusu olur. Bu durumda tutuklamaya ilişkin azami süreler yalnızca ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama için geçerli olup, CMK m. 102'deki süreler yalnızca isnada bağlı tutukluluk halinde geçerlidir. Diğer bir ifadeyle CMK m. 102'de düzenlenen azami tutuklama süreleri, ilk derece mahkemesi tarafından verilen gerekçeli karar sonrasında geçerliliğini yitirmekte ve kişinin hakkında verilen bir hüküm olmasından dolayı tutuklama tedbiri, hükme bağlı tutukluluk olarak adlandırılmaktadır³⁷. Dolayısıyla hükme bağlı tutukluluğun söz konusu

³⁵ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 397- 398; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 305-306; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 475; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 423; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 90- 91; Hüsnü Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol*, (4. Baskı, Adalet 2020), 218.

³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.04.2011 tarih, 2011/1-51 E., 2011/42 K. numaralı kararı.

³⁷ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 7'nci Ceza Dairesinin 25.04.2019 tarihli ve 2018/1392 E., 2019/978 K. sayılı kararı; “Mevcut delil durumu ve olgulara istinaden müsnet suçun sanık tarafından işlendiği sonucuna varılmasına, sanığa isnat edilen suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna, tutuklulukta geçirdiği süreye, sanığın kaçması ve saklanması ihtimaline binaen CMK'nın 100/3 maddesindeki suçlardan olmasına, ceza miktarına göre kaçma şüphesinin görülmesine, tutuklulukta geçirdiği süre ve dosya kapsamına göre adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu

olması ihtimalinde, tutuklamaya ilişkin azami süreler yalnızca ilk derece mahkemesindeki tutukluluk süreleri dikkate alınarak belirlenir³⁸. Bu nedenle istinafta geçen tutukluluk süreleri, hükmen tutukluluk olarak değerlendirilerek azami tutukluluk sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Diğer bir görüşe göre ise, cezai yargılamada mahkûmiyet kararları kesinleşmeden infaz edilemez ve sanık hükümlü sıfatını almaz. İlk derece mahkemesi tutuklu sanık hakkında mahkûmiyet kararını açıkladıktan sonra bölge adliye mahkemesindeki istinaf incelemesi sırasında, sanık halen tutuklu kabul edilir. Hatta CMK m. 104/3'te, bölge adliye mahkemelerinin salıverme talepleri hakkında karar verebileceği düzenlenmektedir. Bu maddeyle kanun, istinaf evresindeki özgürlüğü kısıtlayan halleri tutuklama olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla azami tutukluluk süreleri ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararını açıklamasından itibaren değil, olağan kanun yolu aşamalarında geçen süreler de dikkate alınarak hesaplanmalıdır³⁹.

AİHM, istinaf ve temyizde tutuklu olarak geçirilen süreyi azami tutukluluk sürelerinin belirlenmesinde dikkate almamaktadır⁴⁰. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararından sonra sanığın tutukluluk hali devam ediyorsa, bu durumda sanık hakkında AİHS'in m. 5/3 kapsamında "*bir suç isnadına bağlı olarak tutulma*" değil, m. 5/1-a'daki "*mahkûmiyet sonrası tutulma*" hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir⁴¹. Ayrıca AİHM, istinaf ve temyizdeki tutukluluk sürelerini adil yargılanmanın düzenlendiği 6'ncı madde kapsamında da inceleyebilmektedir⁴².

değerlendirilerek CMK'nın 100 ve müteakip maddeleri gereğince tahliye talebinin reddine, hükmen tutukluluk halinin devamına..."

³⁸ Abdullah Batuhan Baytaç, "Hükme Bağlı Tutukluluk", (2018) 6 (2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 135; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 424; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 372; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 377.

³⁹ Devrim Güngör ve Güneş Ergün Okuyucu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", (2012) 4, Ankara Barosu Dergisi, 181 vd; Yenisey ve Oktar, "İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama", 3142; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 399; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 308; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 260- 261; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Vıllemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 481- 482; Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 168-169; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 94 -95; Birtek, *istinaf*, 261.

⁴⁰ AİHM, Wemhoff/Almanya, 27.6.1968, A. 7, S.17.

⁴¹ AİHM, mutatis mutandis Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992, A 242-b, s. 62-65.

⁴² Levent Korkut, "Türkiye'de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme", (2014) 1, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 82; Halit Dönmez, "CMK 102'deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme", (2010) 4, Ankara Barosu Dergisi, 193.



Yargıtay ise, AİHM içtihatları doğrultusunda azami tutukluluk sürelerinin belirlenmesinde ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilinceye kadar geçen sürenin esas alınması gerektiğine karar vermiştir. Dolayısıyla Yargıtay olağan kanun yolu evresinde geçen tutukluluk sürelerini, hükme bağlı tutukluluk olarak değerlendirerek azami tutukluluk sürelerinin hesabında dikkate almamaktadır⁴³.

Kanaatimizce, azami tutukluluk sürelerinin belirlenmesinde olağan kanun yollarında geçen sürelerin de dikkate alınması gerekir. İlk derece mahkemesi tutuklu bulunan sanık hakkında mahkûmiyet kararı verse bile, sanığın istinaf evresinde tutukluluk sıfatı devam eder. Olağan kanun yolları tüketilir veya başvuru süreleri geçirilerek karar kesinleşirse o zaman sanık hükümlü sıfatını alır. Sonrasında tutukluluk hali, hükümlülüğe dönüştüğü için azami tutukluluk süreleri dikkate alınmaz. Öte yandan istinafta geçen tutuklamanın azami süre hesabında dikkate alınmaması sonucunu doğuran hükme bağlı tutukluluk kavramı kanunlarımızda bulunmamaktadır. Yargı kararlarıyla getirilen bu kavram, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal etmektedir.

İfade etmek gerekir ki, CMK m. 102 uyarınca azami tutukluluk süreleri ceza muhakemesinin tamamı için geçerlidir. Hakikaten söz konusu maddede ilk derece, istinaf ve temyiz yargılamalarında tutukluluk sürelerine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Yalnızca soruşturma ve kovuşturma yönünden tutukluluk süreleri ayrılmıştır. Dolayısıyla azami tutukluluk sürelerini yalnızca ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararını açıklamasına kadar sınırlandırmak, kanun lafzına da aykırılık teşkil etmektedir⁴⁴.

Azami tutukluluk sürelerinin belirlenmesinde, yargılanılan suç sayısına bakılmaksızın CMK m. 102'deki sürelerin tüm suçlar bakımından tek süre olarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, azami tutukluluk süreleri her suç açısından ayrı ayrı değerlendirilmeyip, işlenen tüm suçlar

⁴³ “CMK m.102’de belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır; zira hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın altılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS’nin 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır.” (YCGK., 2011/1-51 E., 2011/42 K., 12.04.2011 T.).

⁴⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 399; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 308; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 260; Baytaz, “Hükmen Tutukluluk”, 143.

⁴⁵ Murat Balcı, “Tutukluluk Süreleri ve Temyiz Aşaması”, (2011) 85 (6), İstanbul Barosu Dergisi, 34-35; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 30; İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 171.

için geçerlidir⁴⁶. Bu durum maddenin gerekçesi ile düzenleniş amacından ve de tutuklamanın bir yaptırım olmamasından kaynaklanır⁴⁷. Aksi halde yargılanılan her suç için azami tutukluluk sürelerinin ayrı ayrı belirlenmesi, tutuklamaya ilişkin azami süreleri uygulanamaz hale getirir. Nihayetinde söz konusu hal makul sürede yargılanma (AİHS m. 6) ve makul sürede salıverilme (AİHS m. 5/3) haklarını ihlal eder. Dolayısıyla bölge adliye mahkemeleri tutuklamaya ilişkin azami süreleri belirlerken, yargılanılan tüm suçlar için tek süre üzerinden değerlendirme yapmalıdır.

Bölge adliye mahkemesi tutukluluğa ilişkin sürelerin kanuni sınırlar dahilinde uzatılmasına da karar verebilir. Ancak bu uzatma kararlarını vermeden önce Cumhuriyet savcısının, sanık ile müdafinin görüşlerini alması gerekir (CMK m.102/3).

V. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE TUTUKLAMANIN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Tutuklama şart ve sebeplerine bağlı olarak verilen tutuklama kararı geçici nitelik arz eden bir koruma tedbiridir. İstinaf incelemesinde bu şart ve sebeplerin ortadan kalktığı belirlenmesiyle birlikte bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin tutuklamaya derhal son vermesi gerekir.

İfade etmek gerekir ki, bölge adliye mahkemesi dosya üzerinden esastan incelemesi neticesinde davanın yeniden görülmesine karar verebilir. Yapılan bu yargılamanın sonucunda sanığın beraatine veya davanın düşmesine karar verilebilir. Bu durumda da tutuklama koruma tedbiri kendiliğinden sonlanır.

Bölge adliye mahkemesi sanığın tutukluluk halini, adli kontrol koruma tedbirine dönüştürebilir. Bu halde de istinaftaki tutukluluk hali sona erer.

Son olarak kanunda belirtilen azami tutukluluk sürelerinin dolmasıyla birlikte bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi tutuklama tedbirine son vermelidir.

⁴⁶ “Azami tutukluluk süresinin, suç sayısı gerekçesiyle uzatılması muhtemel özgürlük ve güvenlik ihlallerine ilave olarak, makul sürede yargılanma hakkı açısından da olası ihlallere zemin hazırlayabilecek niteliktedir. Böyle bir uygulama, özgürlük ve güvenlik ihlallerini neredeyse otomatik, makul sürede yargılanma hakkının ihlalini ise potansiyel hale getireceğinden kabul edilemez” (AYM- Murat Narman, B. No: 2012/1137, 02.07.2013, § 49).

⁴⁷ Uygulamada azami tutukluluk sürelerinin yargılaması yapılan her suç açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kararların verildiği görülmektedir. Nitekim İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 5/11/2012 tarih ve 2007/165 sayılı ara kararı ile “Kanun'daki azami tutukluluk süresinin her bir suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği” gerekçesiyle reddedilerek başvuruçuların tutukluluk hallerinin devamına karar verilmiştir.

B. Tutuklamayı Gerektiren Sebeplerin Ortadan Kalkması

a. Yetkili Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Tarafından Tutuklamanın Sona Erdirilmesi

Bölge adliye mahkemesi herhangi bir talep olmasa bile sanığın tutukluluk halini otuzar günlük sürelerle re'sen inceler. Bunu dosyanın esasına ilişkin olarak değil, tutukluluğun şekli şartlarıyla sınırlı olarak yapar⁴⁸. Tutuklama şartlarından kuvvetli suç şüphesinin ortadan kalkması ya da tutuklama nedenlerinin bulunmaması durumunda, tutuklamayı gerektiren sebepler ortadan kalkar.

Tutuklama sebeplerinin ortadan kalktığına ilişkin sanık veya müdafî de itirazda bulunabilir. Bu, bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinden sanığın serbest bırakılması talebiyle gerçekleşir⁴⁹. Eğer ki tutuklama kararı verildiği andaki şartların oluşmadığı ileri sürülüyorsa, tutuklama kararına itiraz söz konusu olur. Şayet tutuklama kararının verildiği andaki şartların değiştiği veya tutuklama sebeplerinin ortadan kalktığı ileri sürülürse, bu tahliye talebi olarak adlandırılır⁵⁰.

İstinafta tutuklamayı gerektiren sebeplerin ortadan kalktığına belirlenmesiyle, ilgili ceza dairesi tutuklamayı derhal sonlandırır⁵¹. Henüz istinaf incelemesi tamamlanmamış olsa dahi, bu sebeplerin ortadan kalkmasıyla salıverme gerçekleştirilir.

Tutuklamayı gerektiren sebeplerin ortadan kalkması nedeniyle sanığın salıverilmesi yazılı bir kararla tespit edilmelidir. Her ne kadar sanığın beraatı veya davanın düşmesi nedeniyle tutuklamanın kendiliğinden sonlanması

⁴⁸ Öğütçü, *Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*, 90-91.

⁴⁹ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2'nci Ceza Dairesinin 17.05.2018 tarihli ve 2018/1069 E., 2018/1104 K. sayılı kararı; “Sanığın üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, almış olduğu ceza süresi gözetildiğinde böyle bir ceza tehdidi karşısında kaçma şüphesinin bulunması, sürdürülen tutuklama tedbirinin orantılı olup tutuklama koşullarında bir değişiklik olmaması ve yargılamaya konu suçun CMK'nın 100/3 maddesinde yer alan katalog suçlardan olması nedeniyle adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı anlaşıldığından CMK'nın 104/3, 105/1-son maddeleri uyarınca sanık ve sanık müdafileri tarafından sapılan sanığın tahliye taleplerinin ayrı ayrı reddine, CMK'nın 108/3 maddesi gereğince sanığın tutukluluk halinin devamına...”

⁵⁰ Murat Özen, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, (2019) 34, Adalet Dergisi, 209; Öğütçü, *Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*, 111.

⁵¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 6'ncı Ceza Dairesinin 20.03.2017 tarihli ve 2017/692 E., 2017/750 K. sayılı kararı; “Sanık M. S. 'ye esas mahkemesince verilen cezaların süresine, sanığın tutuklulukta kalmış olduğu süreye ve infaz kanunlarında son dönemde meydana gelen değişiklikler sebebi ile sanığın cezasının bu hali ile kesinleşmiş olması halinde dahi sanığın ceza evinde infaz kanunlarına göre geçireceği süreye göre soruşturma evresinde tutuklandığı nitelikli hırsızlık suçundan taktiren bihakkın tahliyesine, başka suçtan tutuklu ya da hükümlü değil ise derhal salıverilmesine, bu konuda ilgili ceza evi müdürlüğüne ve cumhuriyet başsavcılığına ayrı ayrı müzakereler yazılmasına...”

mümkünse de, tutuklama sebeplerinin ortadan kalkması nedeniyle salıverilme için yazılı karar gerekir.

b. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı Tarafından Tutuklamamın Sona Erdirilmesi

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tutuklamamın artık gereksiz olduğu kanısına varırsa şüpheliyi derhal serbest bırakır (CMK m. 103/2).

Doktrinde tartışmalı olan husus, CMK m. 103/2’de Cumhuriyet savcılarında tanınan serbest bırakma yetkisinin bölge adliye mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları bakımından da geçerli olup olmadığıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, Cumhuriyet savcısının salıverme yetkisini düzenleyen CMK m. 103/2 genel hüküm mahiyetinde olduğu için BAM Cumhuriyet savcıları bakımından da bu yetki geçerlidir. Kaldı ki, 5235 sayılı Kanunda da BAM Cumhuriyet savcılarının bu yetkiyi kullanması yasaklanmamıştır. Ayrıca soruşturma evresinde görev yapan Cumhuriyet savcılarında salıverme yetkisini düzenleyen CMK m. 103/2’nin kıyas yapılması suretiyle BAM Cumhuriyet savcılarında uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Zira ceza muhakemesi hukukunda özgürlüğü kısıtlayan durumlar haricinde sınırlı kıyas yapılabilmesi mümkündür⁵².

Diğer bir görüşe göre ise, CMK m. 103/2’de tutuklu şüpheliye ilişkin Cumhuriyet savcısının salıverme yetkisi yalnızca soruşturma evresine mahsustur. Dolayısıyla savcının kovuşturma evresinde tutukluyu salıverme yetkisi bulunmamaktadır. İstinaf evresi de, kovuşturma içerisinde mülahaza edileceği için bu evrede BAM Cumhuriyet savcılarının tutukluyu salıverme yetkileri bulunmamaktadır⁵³.

Kanaatimizce, BAM Cumhuriyet savcılarının tutukluluğu sonlandırma yetkileri bulunmamaktadır. Öncelikle Cumhuriyet savcılarının tutukluyu salıverme yetkileri CMK m. 103/2 uyarınca soruşturma evresine münhasırdır. Soruşturma evresinin tanımı CMK m. 2/1-e’de; “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder*” şeklindedir. Dolayısıyla iddianamenin kabul edilmesiyle başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar süren kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının tutukluyu salıverme yetkisi bulunmamaktadır. İstinaf evresi de kovuşturmaya dahil olduğu için, bu evrede BAM Cumhuriyet savcılarının tutukluyu serbest bırakma yetkileri yoktur. Öte yandan 5235 sayılı Kanunun BAM Cumhuriyet savcılarının yetkilerini düzenleyen 40’ıncı ve 41’inci maddelerinde tutuklunun salıverilmesine ilişkin bir yetki düzenlenmemiştir.

⁵² Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, 136.

⁵³ Özen, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, 771; İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama*, 235; Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 116; Birtek, *istinaf*, 266.

C. Adli Kontrol Kararı Verilmesi

Adli kontrol, tutuklama sebeplerinin varlığı halinde şüpheli veya sanığın CMK'da düzenlenen bir ya da birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasıdır⁵⁴. Buradaki amaç suç isnadında bulunulan kişinin özgürlüğünü tamamen kısıtlamadan denetiminin ve gözetiminin sağlanmasıdır. Böylece delillerin karartılması veya kaçma tehlikesi önlenir.

Bölge adliye mahkemeleri 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verebilir. Ayrıca kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde ya da azami tutukluluk sürelerinin dolması halinde dahi, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir⁵⁵.

Bölge adliye mahkemelerinin adli kontrol kararı verebileceği CMK m. 110/3'te düzenlenmiştir⁵⁶. Bu hükme göre; “109 uncu madde ile bu madde hükümleri, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da, kovuşturma evresinin her aşamasında uygulanır”⁵⁷. İstinafta, CMK m. 2/1-f'deki tanıma göre kovuşturma evresine dahil olduğundan ve CMK m. 110/3'teki “yetkili diğer yargı mercileri” ifadesinden hareketle bölge adliye mahkemelerinin doğrudan adli kontrol kararı verebilmeleri ya da tutuklamayı kaldırarak adli kontrole hükmedebilmeleri mümkündür⁵⁸.

Mevzuatımızda, adli kontrol tedbirinin uygulanmasına ilişkin azami bir süre öngörülmemiştir. Bu eksiklik 7331 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen ve

⁵⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 363; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 268; Şahin ve Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 308; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 107; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Vıllemın ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 491; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 430; İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama*, 82.

⁵⁵ Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 107; Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama ve Adli Kontrol*, 247.

⁵⁶ Kaymaz, *istinaf*, 125; Birtek, *istinaf*, 259-260.

⁵⁷ Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 2'nci Ceza Dairesinin 24.01.2020 tarihli ve 2019/943 E., 2020/101 K. sayılı kararı; “İlk derece mahkemesince hükmüle birlikte CMK'nın 109/3-a ve 109/3-b maddeleri gereğince adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına karar verildiği, yurt dışına çıkamama şeklindeki adli kontrol tedbirinin yeterli olacağı anlaşılmalı CMK'nın 109/3-b maddesi gereğince her hafta Çarşamba günü ikametinin bulunduğu yer kolluk birimine giderek imza atma şeklindeki adli kontrol tedbirinin kaldırılmasına, yurt dışına çıkamama şeklindeki adli kontrol tedbirinin ise devamına...”

⁵⁸ Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi kapsar. Temyiz aşamasında da henüz hüküm kesinleşmediği için CMK m. 110/3'den hareketle Yargıtay'ın da adli kontrol kararı verebilmesi mümkündür. Ancak Yargıtay'ın CMK m. 104 uyarınca tutuklama kararı veremeyeceğine dikkat edilmelidir. Bkz. Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 116.

01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girecek olan CMK m. 110/A ile giderilmiştir⁵⁹. Nitekim söz konusu madde ile ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde adli kontrol süresinin iki yıl olduğu ve bu sürenin bir yıla kadar uzatılabileceği, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise bu sürenin üç yıl olduğu ve üç yıla kadar da uzatılabileceği düzenlenmektedir⁶⁰.

Doktrinde, adli kontrol koruma tedbirine ilişkin azami sürelerin yalnızca ilk derece yargılaması için değil, aynı zamanda kanun yolu aşaması içinde ayrıca belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶¹.

Kanaatimizce, CMK m. 110/3'te adli kontrole ilişkin kuralların diğer yargı mercileri için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla adli kontrole ilişkin azami süreleri düzenleyen CMK m. 110/A hükmü istinaf kanun yolunda da uygulanmalıdır. Böylece bölge adliye mahkemelerinin adli kontrole ilk kez karar vermeleri halinde, işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görevine girip girmemesine göre azami süreler belirlenmelidir. Ancak ilk derece mahkemesince adli kontrol tedbiri uygulanmış ve yargılamanın neticesinde verilen hükme karşı istinafa başvurulmuş olabilir. Bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin adli kontrol kararı vermesi halinde ilk derece yargılamasında geçen adli kontrol süreleri de eklenerek CMK m. 110/A'daki azami sürelerin belirlenmesi gerekir. Zira kanun koyucu CMK m. 110/A'da sürelerin azami nitelikte olduğunu ifade ederek soruşturma, kovuşturma ve kanun yolu evresini kapsayacak şekilde belirlemiştir.

7331 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen bir diğer kural ise tutuklamada olduğu gibi adli kontrol kararlarının da belirli süre içerisinde gözden geçirilmesidir. Nitekim CMK'nın 110'uncu maddesine eklenen ve 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girecek olan dördüncü fıkra ile adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmeyeceğine ilişkin en geç dört ay aralıklarla kovuşturma evresinde mahkemece re'sen inceleme yapılması gerektiği düzenlenmektedir⁶². Bu kural CMK m. 110/3 uyarınca bölge adliye

⁵⁹ CMK m. 110/A hükmünün yürürlüğe giriş tarihinin 01.01.2022 olarak belirlenmesi yerinde değildir. Gerçekten şüpheli ve sanıkların lehine olan bu düzenlemenin bir an önce uygulanması gerekir. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 372.

⁶⁰ 7331 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen CMK m. 110/A'ya göre; "(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde adli kontrol süresi en çok iki yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hâllerde gerekçesi gösterilerek bir yıl daha uzatılabilir. (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, adli kontrol süresi en çok üç yıldır. Bu süre, zorunlu hâllerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda dört yılı geçemez. (3) Bu maddede öngörülen adli kontrol süreleri, çocuklar bakımından yarı oranında uygulanır".

⁶¹ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 372.

⁶² 7331 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen CMK m. 110/4'e göre; "Şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda en geç dört

mahkemeleri için de geçerlidir. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin adli kontrol kararı vermesi halinde, bu kararı en geç dört ay aralıklarla gözden geçirmesi gerekir.

CMK m. 111/2 uyarınca bölge adliye mahkemesinin ilk kez adli kontrol kararı vermesi halinde, bu karara karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Bu durumda itirazı inceleyecek merci, CMK m. 268/3-e gereği kararı veren daireyi sıra numarası itibarıyla izleyen daire; son numaralı daire ise birinci ceza dairesidir.

D. Sanığın Beraat Etmesi, Davanın Düşmesi, Cezanın Ertelenmesi veya HAGB Kararının Verilmesi

CMK'nın 282'nci maddesinin birinci fıkrası; “*duruşma açıldığında aşağıda gösterilen istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır*” şeklindedir. Buradan hareketle istinaf yargılaması neticesinde verilebilecek kararlara ilişkin hususlarda ilk derece mahkemesinin tabi olduğu kurallar geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, ilk derece mahkemesi yargılama neticesinde hangi tür kararları verebiliyorsa, bölge adliye mahkemesi de yargılama neticesinde o kararları verebilir. Bunlar; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarıdır.

CMK m. 223/2'ye göre; “*Beraat kararı; a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, hallerinde verilir*”.

Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi neticesinde CMK m. 223/2'deki hallerden biri dolayısıyla sanık hakkında beraat kararı vermesiyle birlikte tutukluluk hali kendiliğinden sona erer⁶³. Fakat verilen beraat kararı tutukluluğu devam eden suça ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla sanık hakkında birden fazla dosyaya ilişkin aynı anda tutuklama kararı verilmişse, diğer dosya kapsamındaki suç açısından tutukluluk hali devam eder.

aylık aralıklarla; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise resen mahkeme tarafından 109 uncu madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir”.

⁶³ Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 2'nci Ceza Dairesinin 09.07.2018 tarihli ve 2018/59 E., 2018/934 K. sayılı kararı; *Sanık E. K. 'nin üzerine atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, somut, kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemediğinden CMK'nın 223/2-e maddesi uyarınca beraatine, Beraat kararı verilen sanığın hükmüyle birlikte bihakkın tahliyesine, bir başka suçtan tutuklu veya hükümlü değil ise derhal salıverilmesi amacıyla ilgili yer Cumhuriyet Başsavcılığına müzekkere yazılmasına...*”

Düşme kararının verilebileceği halleri düzenleyen CMK m. 232/8'e göre; *"Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir"*.

Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi neticesinde CMK m. 232/8'deki hallerden biri dolayısıyla düşme kararı vermesi halinde tutukluluk hali kendiliğinden sona erer. Çünkü düşme kararıyla birlikte dava konusu olay şeklen dahi olsa çözüleceğinden tutukluluk hali de tamamlanır.

Hapis cezasının ertelenmesi başlıklı TCK m. 51'e göre; *"İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fîli işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir"*.

Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi istinaf incelemesi neticesinde TCK m. 51'deki şartların gerçekleşmesi durumunda hapis cezasının ertelenmesine karar verebilir. Bunun üzerine sanığın tutukluluk hali kendiliğinden sonlanır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını düzenleyen CMK m. 231/5'e göre; *"Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl (2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir"*.

Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi istinaf incelemesi neticesinde CMK m. 231/5-6'daki şartların gerçekleşmesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir. Bunun üzerine sanığın tutukluluk hali kendiliğinden sonlanır⁶⁴.

E. Tutukluluk Süresinin Dolması

Tutukluluk süreleri CMK m. 102'de düzenlendiği üzere, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde en çok bir yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek toplam üç yılı geçmemek üzere uzatılabilir. Uzatma süresi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez.

⁶⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 805; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özyayın, Alan Akcan, Tüttüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 648.

Katıldığımız görüşe göre, istinaf yargılaması boyunca geçen sürede azami tutukluluk sürelerinin dikkate alınması gerekir. Bu nedenle ilk derece mahkemesiyle birlikte istinafta tutuklulukta geçen sürelerin bir bütün olarak dikkate alınarak azami tutukluluk sürelerinin belirlenmesi gerekir.

Bölge adliye mahkemesi herhangi bir talep olmasa bile sanığın tutukluluk halini otuzar günlük sürelerle ya da duruşmada re'sen incelediğinde, azami tutukluluk sürelerinin dolduğunu tespit etmesi halinde tutukluluğa derhal son vermeli⁶⁵.

VI. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE VERİLEN TUTUKLAMA KARARLARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

A. İtiraz Kanun Yolu

İtiraz, kural olarak hâkim kararlarına karşı gidilebilen olağan bir kanun yoludur. Ancak kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşıda itiraz yoluna gidilebilir⁶⁶. Mahkemelerin hangi kararları için itiraz yoluna gidilebileceği CMK'da açıkça sayılmamıştır. Esasen mahkeme tarafından verilen bir karara karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için kanunda bu konuda bir açıklık bulunması yeterlidir, açıkça sayılması gerekmez⁶⁷.

Bölge adliye mahkemesi dosya üzerinden yaptığı esasa ilişkin inceleme sonucunda davanın yeniden görülmesine karar verirse, bu yeniden görülen yargılamanın duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hususlarında CMK'nın ilgili maddeleri uygulanır (CMK md. 282/1)⁶⁸. Böylelikle ilk derece

⁶⁵ Ali Kemal Yıldız, "Tutuklama Kararlarına Karşı Başvuru ve Denetim Yolları", (2015) 10, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 136; Ögütcü, *Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*, 91.

⁶⁶ CMK'da itiraz yoluna başvurulabileceği açıkça ifade edilen kararlar; görevsizlik kararı (CMK md. 5/2), yetkisizlik kararı (CMK md.18/3), red isteminin reddi kararı (CMK md. 28), red isteminin geri çevrilmesi kararı (CMK md. 31/3), eski hale getirme isteminin reddi kararı (CMK md.42/2), tanıklara ilişkin disiplin hapsi kararı (CMK md. 60/4), gözlem altına alma kararı (CMK md. 74/4), beden muayenesi kararı (CMK md.75/6, 76/5), tutuklama kararı (CMK md.101/5), tutukluluk halinin devamına ilişkin karar (CMK md. 104/2), adli kontrol kararı (CMK md. 111), elkonulan eşyanın geri verilmesi isteminin reddi kararı (CMK md. 131), müdafilik görevinden yasaklama kararı (CMK md. 151/4), iddianamenin iadesi kararı (CMK md. 174/5), durma kararı (CMK md. 223/8), zorlama amaçlı elkoyma kararı (CMK md.248/8), yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olmadığı kararı (CMK md, 319/3), yargılamanın yenilenmesi isteminin esastan reddi kararlarıdır (CMK md. 312/3) (Erdem, *istinaf*, 153).

⁶⁷ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 904; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 260; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 663; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 727; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Özaydın, Alan Akcan, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 690; Erdem, *istinaf*, 153.

⁶⁸ Erdem, *istinaf*, 153; İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama*, 227; Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 335.

mahkemelerinin itiraz yoluna gidilebilen kararlarını bölge adliye mahkemeleri verdiğiğinde yine itiraz yoluna gidilir⁶⁹. Bu nedenle bölge adliye mahkemelerinin verdiği tutuklama kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna başvurulur.

Bölge adliye mahkemesinin tutuklama kararlarına karşı itirazda bulunma yetkisine; sanık, müdafî, yasal temsilci, eş ve bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları sahiptir (CMK m. 260/1-2).

Söz konusu itiraz tutuklama kararını veren bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesine, kararın öğrenildiği günden itibaren yedi gün içinde yapılır. Bu itiraz, tutuklama kararının yerine getirilmesini durdurmaz. Ancak kararına itiraz edilen ceza dairesi veya kararı inceleyecek merci, tutuklamanın geri bırakılmasına karar verebilir. (CMK m. 269). Daire itirazı yerinde görürse bu kararını düzeltir, aksi halde dosyayı en geç üç gün içinde itiraz mercine gönderir (m. 268/2)⁷⁰.

Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin verdiği tutuklama kararlarına karşı yapılan itirazları; kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler (CMK m. 268/3-e)⁷¹.

⁶⁹ Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5'nci Ceza Dairesinin 29.12.2017 tarihli ve 2016/273 E., 2016/267 K. sayılı kararı; "Suçtan zarar gören vekilinin istinaf isteminin incelenmesinde; suçtan zarar görene usulünce yapılan tebligata rağmen duruşmaya gelmemesi ve davaya katılmaması nedeniyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 260. Maddesi uyarınca istinaf kanun yoluna başvuran suçtan zarar gören vekilinin buna hakkının bulunmadığı anlaşıldığından, istinaf başvurusu yerinde görülmemiş olmakla, Ceza Muhakemesi Kanununun 279/1-b maddesi uyarınca istinaf başvurusunun reddine ve bu red kararına ilişkin olarak Cumhuriyet Başsavcılığı yönünden kararın geliş tarihinden, istinaf başvurusunda bulunan yönünden ise, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde hükmü veren Dairemize bir dilekçe verilmesi ya da zabıt katibine beyanda bulunup tutanak tutturup hakime onaylatmak veya bir başka ilk derece ceza mahkemesi ya da bölge adliye mahkemesi ceza dairesi aracılığıyla dilekçe gönderilmek, ilgilinin cezaevinde bulunması halinde ceza infaz kurumu veya tutukevi müdürüne beyanda bulunmak veya bu hususta bir dilekçe vermek suretiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 268. ve 269. Maddeleri uyarınca itiraz kanun yolu açık olmak üzere..." şeklindedir.

⁷⁰ Konya Bölge Adliye Mahkemesi 2'nci Ceza Dairesinin 11.01.2019 tarihli ve 2018/269 E., 2019/37 K. sayılı kararında; "Tutukluluk halinin devamı kararına karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 104/3 ve 105/son maddesi uyarınca 7 gün içinde dairemize verilecek dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt katibine beyanda bulunmak veyahut da bir başka İlk Derece Ceza Mahkemesi veya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi aracılığıyla dilekçe gönderilmek suretiyle Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza dairesine itiraz kanun yolunun açık olduğuna..."

⁷¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1'inci Ceza Dairesinin 2017/164 numaralı dosyaya ilişkin, 07.06.2017 tarihli tutuklanmaya itirazı red ettiği kararında; "Dairemizin, 22.05.2017 tarih 2017/164 esas sayılı tutuklama kararında değiştirilecek bir yön bulunmadığı anlaşılmakla CMK'nun 267. maddesi gereğince itirazın reddine, CMK 268 maddesi gereğince dosyanın incelenmek ve karar verilmek üzere İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine gönderilmesine..."



Bölge adliye mahkemelerinin tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidildiğinde, itiraz mercinin verdiği karar kesindir, herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz. Ancak itiraz merci tarafından ilk defa tutuklama kararı verilirse, istisnai olarak bu karar kesin olmayıp tekrardan itiraz yoluna başvurulabilir (CMK m. 271/4)⁷².

Bölge adliye mahkemesinin tutuklama kararına itiraz edilmesi, kararın infazının geri bırakılmasını sağlamaz (CMK m. 269/1). Elbette kararına itiraz edilen bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi veya itiraz merci, itiraz konusu tutuklama kararının infazının geri bırakılmasına karar verebilir (m. 269/2).

İfade etmek gerekir ki, tutuklamaya ilişkin itiraz mercinin kesinleşmiş kararına karşı CMK m. 308/A uyarınca bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı itiraz yetkisini kullanabilir. Bu maddeye göre; “*Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re’sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanır. Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir*”.

B. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

2010 yılında 5982 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliği, bireysel başvuru yolunun hukuk sistemimize girmesini sağlamıştır. Bireysel başvuru yolunun genel esasları Anayasamızın 148’inci maddesinde düzenlenmişken, usul ve esaslarına ilişkin hususlar ise 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda ve Mahkeme İçtüzüğünde düzenlenmiştir.

6216 sayılı Kanunun “bireysel başvuru hakkı” başlıklı 45’inci maddesine göre; “(1) *Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*

⁷² Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 405; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 421; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 275; Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 336.

(2) *İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*

(3) *Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz”.*

Söz konusu maddeden hareketle Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerince verilen tutuklama kararlarında kişi güvenliği ve hürriyeti hakkının ihlal edilip edilmediğini de denetlemektedir. AYM incelemesi sonucunda tutuklama kararının verilebilmesine ilişkin yasal şartların oluşmadığını tespit ederse, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için ihlal kararının bir örneğini de kararı veren ilk derece veya bölge adliye mahkemesine gönderir.

6216 s. K. m. 50 gereğince Mahkeme esas incelemesi sonucunda ihlal tespit etmişse ihlalin giderilmesi için yapılması gerekenlere hükmeder. Bu kapsamda Mahkeme ihlali kendisi ortadan kaldırmamakta yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye göndermektedir⁷³.

SONUÇ

İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesindeki genel kurallar uygulandığı için, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılığının ve bölge adliye mahkemelerinin gerekli şartların sağlanması halinde, kural olarak koruma tedbirlerine başvurabilmeleri mümkündür. Zira istinafta bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yaptığı tüm işlemleri kural olarak yapmaya yetkilidir. Burada istinaf merci, ilk derece mahkemesi gibi

⁷³ “Öte yandan çocuklar hakkındaki tutuklamanın ancak çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda mümkün olduğu dikkate alındığında başvuruçunun tutuklanmasına karar verilirken tutuklamaya konu hırsızlığa teşebbüs suçunun somut olayın koşullarında ne denli ciddi bir suç olduğu ortaya konulamamıştır. Ayrıca başvuruçuya isnat edilen suçun cezası itibarıyla da ağır bir suç olduğu söylenemez. Nitekim yapılan yargılama sonucunda da başvuruçunun üzerine atılı suçlardan adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. 5275 sayılı Kanun’un 106. maddesinde yer alan, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde bu cezanın hapse çevrilemeyeceği şeklindeki hüküm (bkz. § 26) de dikkate alındığında somut olayda suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı açısından tutuklama kararı verilmesinin ölçülü olduğu kabul edilemez. Belirtilen nedenlerle tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna, Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, Kararın bir örneğinin Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2014/756, K.2015/530) gönderilmesine, oybirliği ile karar verildi” (AYM- Furkan Omurtag, B. No: 2014/18179, 25/10/2017, § 88- 89).



delil toplayabileceği için tutuklama nedenleri sonradan da oluşabilir. Ayrıca CMK'nın 100'üncü maddesinde düzenlenen tutuklama koruma tedbirine ilişkin kurallar, genel hüküm mahiyetinde olup yalnızca ilk derece yargılamalarında değil, istinaf kanun yolunda da geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın CMK m. 102'deki azami tutukluluk sürelerinin yalnızca ilk derece yargılamaları bakımından geçerli olduğuna dair kararları, doğru olarak kabul edilemez. Zira azami tutukluluk süreleri kanunumuzda yalnızca soruşturma ve kovuşturma evresi bakımından ayrıma tabi tutulmuş olup, ilk derece yargılaması ve kanun yolları evresi bakımından herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. Nitekim kovuşturma evresi, iddianamenin kabulünden başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar olan evreyi kapsadığı için olağan kanun yollarını da kovuşturma evresi içerisinde mülhaza etmek gerekir. Bu nedenle CMK m. 102'de düzenlenen kovuşturma evresine ilişkin azami tutukluluk süreleri istinaf kanun yolunda da geçerlidir.

Bölge adliye mahkemelerinde tutuklama koruma tedbiri şartların ortadan kalkması, adli kontrol kararı verilmesi, sanığın beraat etmesi, davanın düşmesi, cezanın ertelenmesi, HAGB kararı verilmesi ve azami tutukluluk süresinin tamamlanmasıyla sona erer. Özellikle tutuklamaya ilişkin şartların ortadan kalkması durumunda bölge adliye mahkemesi görevli ceza dairesi derhal tutuklamayı sonlandırarak, salıvermeye karar vermelidir. Ancak bu şartların ortadan kalkmasıyla bölge adliye mahkemesinde görevli olan Cumhuriyet savcılarının tutuklamayı sonlandırma yetkileri bulunmamaktadır. Zira Cumhuriyet savcılarının CMK m. 103/2'deki, tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varmaları halinde şüpheliyi derhal serbest bırakmalarına ilişkin yetkileri yalnızca soruşturma evresine münhasırdır (CMK m. 103/2). Öte yandan 5235 sayılı Kanununun BAM Cumhuriyet savcılarının yetkilerini düzenleyen 40 ve 41'inci maddelerinde tutuklunun salıverilmesine ilişkin bir yetki düzenlenmemiştir.

Bölge adliye mahkemelerinin tutuklama kararlarına karşı itiraz veya bireysel başvuru yoluna gidilir. İlk derece mahkemelerinin itiraz yoluna gidilebilen kararlarını bölge adliye mahkemeleri verdiği CMK m. 282/1 gereği yine itiraz yoluna gidilir. Bu nedenle bölge adliye mahkemelerinin verdiği tutuklama kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna başvurulur. İtiraz, tutuklama kararını veren bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesine kararın öğrenildiği günden itibaren yedi gün içinde yapılır. Daire itirazı yerinde görürse bu kararını düzeltir, aksi halde dosyayı en geç üç gün içinde itiraz mercine gönderir. Bu itirazları; kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler. Bölge adliye mahkemelerinin tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidildiğinde, itiraz mercinin verdiği karar kesindir, herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz.

Ancak bu kararlara karşı olağanüstü kanun yolu mahiyetinde olan CMK m. 308/A'daki bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz etme yetkisi vardır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerince verilen tutuklama kararlarında kişi güvenliği ve hürriyeti hakkının ihlal edilip edilmediğini denetlemektedir. AYM incelemesi sonucunda tutuklama kararının verilebilmesine ilişkin yasal şartların oluşmadığını tespit ederse, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyayı ilgili mercie gönderir.

KAYNAKÇA

Aldemir H, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol*, (4. Baskı, Adalet 2020).

Artuç M, Elmas MT, *Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf*, (1. Baskı, Adalet 2017).

Balcı M, “Tutukluluk Süreleri ve Temyiz Aşaması”, (2011) 85 (6), İstanbul Barosu Dergisi.

Balo YS, “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafin Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları”, (2016) 7, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi.

Baytaç AB, “Hükme Bağlı Tutukluluk”, (2018) 6 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi.

Birtek F, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (1. Baskı, Adalet 2019).

Centel N, Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Baskı, Beta 2016).

Çınar AR, *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf*, (1. Baskı, Adalet 2010).

Çınar AR, *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu*, (1. Baskı, Adalet 2006).

Doğru O, Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, (1. Baskı, Legal 2012).

Dönmez H, “CMK 102'deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme”, (2010) 4, Ankara Barosu Dergisi.

Erdem MR, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*, (1. Baskı, Seçkin 2010).

Erdem MR, Şentürk C, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (1. Baskı, Seçkin 2018).

Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME, Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı, Adalet 2021).



Güngör D, Okuyucu Ergün G, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Sürelerinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, (2012) 4 Ankara Barosu Dergisi.

Harmon RA, “Why Arrest.” (2016) 115 (3) Michigan Law Review, HeinOnline.

İnan K, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları*, (1. Baskı, Seçkin 2006).

İnci ZÖ, *Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, (3. Baskı, Seçkin 2014).

Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. 2, (1. Baskı, Savaş 2015).

Karan U, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenlik Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Edt. Sibel İnceoğlu), (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2013).

Kaymaz S, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2. Baskı, Seçkin 2020).

Kaymaz S, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, (2016) 74 (1) İÜHFİM.

Kindhäuser UK, *Strafprozessrecht*, (2. Auflage, C.H. Beck 2015).

Koca M, Yıldız AK, Dursun S, Göktürk N, Talas S, Baytaz AB, Mahmutoğlu S, İstinaf ve Bireysel Başvuru Türkiye Raporu, (Editör: Adem Sözüer), İstinaf Kanun Yolu ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Konferansı, 2-3 Haziran 2017.

Korkut L, “Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme”, (2014) 1, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Bası, İstanbul Üniversitesi 1989).

Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (18. Baskı, Beta 2010).

Meyer and Goßner, *Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen* (StV 1997).

MünchKffG, Gatzweiler N, *Das Recht der Untersuchungshaft*, (2. Auflage, C. H. Beck 2002).

Öğütçü Ö, *Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*, (1. Baskı, Seçkin 2019).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı, Seçkin 2021).

Özen M, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, (2016) 65 (4) AÜHFİM.

Özen M, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, (2019) 34, Adalet Dergisi.

Öztürk B, Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Baskı, Seçkin 2008).

Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (4. Baskı, Seçkin 2021).

Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Gezer ÖS, Saygılar Kırıt YF, Özaydın Ö, Alan Akcan E, Tütüncü EE, Altınok Vıllemin D, Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (15. Baskı, Seçkin 2021).

Parlar A, Sekmen O, *Ceza ve Hukuk Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz*, (1. Baskı, Bilge 2016).

Roxin and Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, (27. Auflage, C. H. Beck 2012).

Schroeder and Verrel, *Strafprozessrecht*, (7. Auflage, C. H. Beck 2017).

Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (1. Baskı, Yetkin 2014).

Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku Gazi Şerhi*, (1. Baskı, Seçkin 2005).

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (12. Baskı, Seçkin 2021).

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (11. Baskı, Seçkin 2021).

Tezcan D, Erdem MR ve Sancakdar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, (2. Baskı, Seçkin 2004).

Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Baskı, Savaş 2014).

Turhan F, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (1. Baskı, Asil 2006).

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, *Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı*, Türkiye Cumhuriyetinde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, (1. Baskı, Adalet 2007).

Ünsal C, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (2. Baskı, Seçkin 2016).

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (10. Baskı, Adalet 2015).

Yaşar O, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, C.3, (1. Baskı, Seçkin 2011).

Yenidünya C ve İçer Z, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (1. Baskı, Adalet 2016).

Yenisey F, *İstinaf*, (2000) 2, *Adalet Dergisi*.

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin 2021).

Yenisey F ve Oktar S, "İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama", (2019) 21 (Özel sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan.



Yıldız AK, “Tutuklama Kararlarına Karşı Başvuru ve Denetim Yolları”, (2015)
10 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (13.Baskı, Seçkin 2016).

<http://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>



- 1. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI**
The Right to Request and Limit the Right to Audit the Provision According to the Constitutional Court
F. Ebru GÜNDÜZ - Hakan GÜNDÜZ
- 2. KASTEN YARALAMA SONUCU YÜZDE SABİT İZE NEDEDEN OLMA (TCK m.87/1-C)**
Causing Permanent Scar on Face as a Result of Intentional Injury(Turkish Penal Code Art.87/1-C)
Seydi KAYMAZ
- 3. YABANCILIK UNSURU İÇEREN RESMİ VASIYETNAMELERE UYGULANACAK HUKUK**
Law Applicable to Official Wills Involving Foreign Elements
Furkan OLGAAÇ
- 4. BONZAI: UYUŞTURUCU MADDE TİCARETİ SUÇUNDA SENTETİK KANNABİNOİDLER**
Bonzai: The Synthetic Cannabinoids of Narcotic in the Crimes of Drug Traffics
Uygur MEYDAN
- 5. ÇATIŞMA BÖLGELERİNİN YENİ AKTÖRÜ ÖZEL ASKERİ ŞİRKETLER**
New Actor of Conflict Zones Private Military Companies
Ahmet Salih ASLAN
- 6. SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ DAVASI**
Declaratory Judgment Action to Determine the Insurance Start Date
Bahar KILINÇ
- 7. DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI BAKIMINDAN ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ DOKTRİNİ**
The Fruit of the Poisonous Tree Doctrine in Terms of Evidence Evaluation Prohibitions
Hamid KOSE
- 8. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE DEVLET LEHİNE MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER**
Observations on Moral Damages in Favour of States in International Investment Arbitration
M. Uzeyir KARABIYIK
- 9. YARGITAY KARARI İNCELEMESİ: KAMBIYO SENETLERİNDE KORKUTMA DEF'İ VE CEBİR**
An Analysis of a Court of Appeals Judgment: Argument of Threat and Force in Bills of Exchange
Gülşay BALIKÇI
- 10. İPOTEKLİ GAYRİMENKULLERİN CEBRİ SATIŞLARINDA YENİ MALIKIN EMLAK VERGİSİ AÇISINDAN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU: BELİRLİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME**
New Owner's Joint Liability From Estate Tax in the Forced Foreclosure of Mortgage: An Assessment According to the Clarity Principle
Yıldırım TAYLAR - Emine Sevcan ARTUN
- 11. BİR TRİYAJ KANUNUNA İHTİYAÇ VAR MI?**
Is There a Need for a Triage Code?
Güneş ÇAP
- 12. TANIK LİSTESİ SUNULMASI**
Witness List Presentation
Mehmet TURAN
- 13. ADİ KONKORDATO TALEBİNDEN FERAGAT**
Withdrawal From Ordinary Concordat Claim
Mehmet Ünsal CANDEMİR
- 14. ULUSLARARASI HUKUK, AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA İLTİCA TALEPLERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI**
Registration of Asylum Demands in International Law, European Union Law and Turkish Law
Meltem İNELİ ÇİĞER
Mehmet Ali KÜÇÜKÇAVUŞ
- 15. EVLİLİK ARABULUCULUĞU**
Marital Mediation
Erhan FIRAT
- 16. EVLENME YOLU İLE TÜRK VATANDAŞI OLMA TALEPLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN YARGILAMALARDA MİLLİ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ KİTASI**
The Criterion of National Security and Public Order in Proceedings Regarding Disputes Arising From The Demands of Becoming Turkish Citizen by Way of Marriage
Fatma Elif ÇELİK
- 17. ALMAN CEZA KANUNUNDA KURALA İLİŞKİN ÖRNEKLER MÜESSESESİ: KANUNLULUK İLKESİ AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME**
An Evaluation in Terms of the Principle of Legality: The Institution of Examples of the Rule in the German Criminal Law
Soner DEMİRTAŞ
- 18. TÜRK HUKUKUNDA KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETMEK FİİLİNE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE SORUNLARI**
The Historical Development and Problems of the Sanctions Implemented in Turkish Law Against Dud Cheque
Safa ERŞAN
- 19. MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI VE TÜRLERİ**
Definition, Establishment and Types of Deposit Agreement
Beyza ER
- 20. SUÇ UYDURMA SUÇU (TCK m. 271)**
The Crime of Fabricating an Offence
Burak TAŞ
- 21. UNUTULMA HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞ SERÜVENİ VE KAPSAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ**
An Evaluation of the Emerging Process and the Scope of the Right to be Forgotten
Abdürrahim ÇINAR
- 22. YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİNİN SİGORTA ETTİRENİN RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNDEKİ KUSURUNUN ETKİSİNE DAİR E. 2016/646 K. 2016/1427 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ**
Review of the Decision Numbered C. 2016/646 D. 2016/1427 by Supreme Court 17. Civil Chamber on the Effect of Insurant's Fault in Accrual of Risk
Furkan EMİRALIOĞLU
- 23. BANKACILIK ZİMMETİ SUÇU**
Crime of Banking Embezzlement
Onuralp ATAY
- 24. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN TUTUKLAMA KARARI VERME YETKİSİ**
To be Handled of Make an Arrest Warrant Dispute in Regional Courts of Justice
Uğur AŞKIN

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya/ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826

