

TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2023 Aralık Cilt: 4 Sayı: 2



İmtiyaz Sahibi Prof. Dr. Ertuğrul Recep ERBAY Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Editörler

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

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

Editör
Ar. Gör. Dr. Oğuz ERSÖZ
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör Yardımcısı Ar. Gör. Serra Koç

Ar. Gör. Burak Saygılı Ar. Gör. Burak Uzman

Teknik Asistan Abdurrahman ÖZDEMİR

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ertuğrul Recep ERBAY (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Prof. Dr. Selman KARAKUL (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Sera Reyhani YÜKSEL (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANRASLAN KARAKUL (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

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

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

Yayına Hazırlayan

Yazgan Üniversitesi)

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

E-mail: nkuhukuk@nku.edu.tr

Tel: 0282 252 62 10

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

E-mail: grafik2@armoninuans.com

Tel: 0216 540 36 11

NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

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

NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

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

I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

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

1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

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

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

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

Örnekler:

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

NKUHUKUK ATIF KURALLARI

1. Genel Hususlar

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

2. Öz/Abstract

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

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

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

4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

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

5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

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

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

Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

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

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

Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

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

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

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

Örnek:

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

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

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

Örnek:

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

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

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

Örnek:

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

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

Örnek:

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

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

Örnek:

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

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

Örnek:

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

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

Örnek:

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

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

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

Örnek:

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

...

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

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

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

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

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

Örnekler:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Örnekler:

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124

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

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.



NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI

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

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Değerli Okuyucular,

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin dördüncü cildinin Aralık 2023 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu ve heyecanını yaşıyoruz. Sizlerin katkısı ile yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar istikrarlı bir şekilde yayın hayatına devam etmesi ve TR Dizin denetimlerine tabi olmasının haklı gururunu yaşıyoruz.

Daha önce doktorasını tamamlamak için aramızdan ayrılan editör yardımcımız Araş. Gör. Oğuz Ersöz'ü doktorasını başarıyla savunduktan sonra aramızda editör olarak geri kazanmanın sevincini yaşıyoruz. Oğuz bu sayıdan itibaren editör kurulunda dergimiz için katkı sunmaya devam edecektir.

Bu sayımızda, hukukun çeşitli dallarına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli farklı konulara ilişkin altı makale ve bir karar incelemesi yer almaktadır.

Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza ve Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsiniz yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize ve dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını dileriz.

Son olarak, 2024 sağlığın, barışın, üretimin, bereketin, sevgi ve huzurun yılı olmasını diliyoruz. Savaşların, acıların ve felaketlerin, geçip giden koca bir yıl gibi geride kalması umuduyla, herkesin yeni yılını kutlarız.

Editörler Kuru Adına

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Fatih SERBEST

İÇİNDEKİLER

- Eski Sovyet Ülkelerindeki Özerk Bölgeler ve Anayasal Temelleri*.....109-127**
Dr. Ömer Akpınar
- Türk Mevzuatı ve İçtihadı Işığında İşveren ve İşçi Arasındaki İleti ve Bildirimlerin Kayıtlı Elektronik Posta Vasıtasıyla Yapılmasının Hukuki Geçerliliği*.....129-170**
Av. Abdülkerim Küçük
- Yüksek Mahkeme Kararlarında İhmali Suç*171-218**
Av. Arb. Ersin Şare
- Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Maddi Gerçeğin Araştırılması Prensibi*.219-238**
Av. Muharrem Egemen Gürses
- Swatting: Yeni Bir Siber Suç Tipi Olarak Asılsız Acil Çağrı*.....239-270**
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi Cankurt
- Yargıtay'ın bir Kararı Çerçevesinde Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Sözleşmesini Hakli Nedenle Feshi*.....271-286**
Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali Kaplan
- Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemiler Üzerinde İpotek Kurulamayacağına Dair Yargıtay 12.HD 2020/9457 E. 2021/954 K. 02.02.2021 T., Kararı Işığında Bağlama Kütüğünün Hukuki Niteliğinin Kısa Bir Şekilde Değerlendirilmesi*.287-303**
Arş. Gör. Tekincan Akif Karaarslan

CONTENTS

<i>Autonomous Regions in The Former Soviet States And Their Constitutional Foundations</i>	109-127
<i>Dr. Ömer Akpınar</i>	
<i>Legal Validity of Messages and Notifications between Employers and Employees via Registered Electronic Mail in the Light of Turkish Legislation and Jurisprudence</i>	129-170
<i>Attn. Abdülkerim Küçük</i>	
<i>Crime of Omission in Court of Cassation Verdicts</i>	171-218
<i>Attn. Med. Ersin Şare</i>	
<i>Principle of Investigation of Material Facts in Turkish Criminal Procedure Law</i>	219-238
<i>Attn. Muhammer Egemen Gürses</i>	
<i>Swatting: Fake Emergency Call as a New Type of Cyber Crime</i>	239-270
<i>Asst. Prof. Ezgi Cankurt</i>	
<i>Termination of Employment Contract by Rightful Termination of the Employee Due to Non Payment of Wages according to a Decision by The Court of Cassation</i>	271-286
<i>Asst. Prof. Hasan Ali Kaplan</i>	
<i>A Brief Evaluation of the Opinions in the Doctrine in the Light of the Decision of the 12th Judicial Court of Appeals 2020/9457 M. 2021/954 D. 02.02.2021 D. that a Mortgage Cannot be Established on Ships Registered in the Home Port Register</i>	287-303
<i>Res. Asst. Tekincan Akif Karaarslan</i>	



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ESKİ SOVYET ÜLKELERİNDEKİ ÖZERK BÖLGELER VE ANAYASAL TEMELLERİ

*Dr. Ömer AKPINAR **

ÖZ

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği dağıldığında içinden on beş farklı cumhuriyet çıktı. Bu yeni devletler bazı etnik, dini ve sınır problemlerini SSCB'den miras aldılar. Bu problemlerin çözümü için bazı yerlerde çatışma veya savaşa bazı yerlerde de anlaşmalara gidildi. Kendi içinde sorun yaşayan ülkeler genelde, sorunlu bölge ve konular için özerk yapılar kurdular. Gagauz Yeri gibi başarılı özerk bölgeler olduğu gibi Kırım gibi başarısız özerk yapılar da oluşmuştur. Bu çalışmada başarılı kabul edilen ve eski Sovyet coğrafyasında bulunan özerk yapılar incelenmiştir. Başarılı özerk yapıdan kastedilen barışın sağlanmasıdır. Bu sebeple çalışmada Moldova Gagauz Yeri, Estonya kültür otonomisi, Gürcistan Acara Özerk Cumhuriyeti, Azerbaycan Nahcivan Özerk Cumhuriyeti, Özbekistan Karakalpakistan Özerk Cumhuriyeti ve Dağlık Bedahşan Özerk Bölgesi incelenmiştir. Bu özerk yapıların anayasal temelleri ve hukuki durumları araştırılmıştır. Ayrıca hukuki olarak bu özerk bölgelerin yapıları hakkında bilgi verilmiştir. Çalışmada yöntem olarak belge analizi, basılı ve görsel materyaller incelemesi yapılmıştır. Ayrıca Gagauz Yeri otonomisinde bulunarak otonomi işleyişi yakından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özerk Bölge, Otonomi, Gagavuzya, Estonya, Acara, Nahcivan, Karakalpakistan, Dağlık Bedahşan

* Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Doktoru, Milli Eğitim Bakanlığı, omerakprn25@gmail.com, ORCID:0000-0001-5007-7880



AUTONOMOUS REGIONS IN THE FORMER SOVIET STATES AND THEIR CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS

*Dr. Ömer AKPINAR***

ABSTRACT

When the Union of Soviet Socialist Republics was dissolved, fifteen different republics emerged from it. These new states inherited some ethnic, religious and border problems from the USSR. In order to solve these problems, agreements were reached in some places to conflict or war in some regions. Countries experiencing problems within themselves have generally established autonomous structures for those regions and issues. Just as there are successful autonomous regions such as Gagauz Place, there are also unsuccessful autonomous structures such as Crimea. In this study, autonomous structures that are considered successful and located in the former Soviet geography are examined. What is meant by a successful autonomous structure is the establishment of peace. For this reason, Gagauz Yeri of Moldova, cultural autonomy of Estonia, Ajara Autonomous Republic of Georgia, Nakhchivan Autonomous Republic of Azerbaijan, Karakalpakstan Autonomous Republic of Uzbekistan, and Gorno-Badakhshan Autonomous Region of Tajikistan are examined in the study. The constitutional bases and legal situations of these autonomous structures have been investigated. In addition, information has been given about the structures of these autonomous regions.

Anahtar Kelimeler: Autonomy Region, Autonomy, Gagauzia, Estonia, Ajara, Nakhchivan, Karakalpakstan, Gorno-Badakshan

* Doctor of Political Science and International Relations, Ministry of National Education, omerakpnr25@gmail.com, ORCID:0000-0001-5007-7880

Extended Summary

When the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) completely disintegrated in 1991, 15 (fifteen) separate republics emerged from it. Each of these republics has tried to resolve the tensions and conflicts inherited from their history differently. While Azerbaijan and Armenia fought in Karabakh, Moldova and the Gagauzians agreed on autonomy in Gagauzia. After the dissolution of a state on the scale of the USSR, conflicts arising from both internal problems and border disputes continue to this day in some regions. We can read the Ukraine-Russia war -we are witnessing these days- as a different way of solving the unresolved border and legal problems after the USSR. However, the discussions that started with Crimea did not reach a conclusion, which led to armed conflicts and then to war. Crimea was autonomous within the Republic of Ukraine. In other words, Crimea, like other frozen conflict zones, was a potential post-USSR battleground. Like a self-fulfilling prophecy, it once again became the subject of a hot war.

This study analyzes the autonomous regions or structures in the former Soviet countries that have reached a settlement. Although each autonomous region has its own characteristics, these structures are evaluated within a general classification. Each autonomous structure is analyzed according to its place in the constitution of the country to which it is affiliated. The constitutional basis and the laws of establishment, if any, were analyzed separately and finally the legal status of the regions was revealed. Although it is a former Soviet country, autonomous regions in the Russian Federation are excluded from the study. This is because Russia is a federation and has a unique structure. All administrative units in Russia, whether they are called federal republics, regions, oblasts or autonomous, are under the control of the center. Yet, in the formation of autonomous structures in other former Soviet countries, Moscow (USSR or today's Russian Federation) is a direct or indirect actor. However, this issue requires a different study.

In this study, the constitutions of all former Soviet states (except Russia) that have an autonomous structure were analyzed. In addition, as a researcher, Gagauzia Autonomous Region (Gagauz Yeri), which is part of Moldova, was visited and autonomy was closely investigated. Six different autonomous structures were analyzed in this study. These autonomous regions are: Azerbaijan Nakhchivan, Georgia South Adjara, Moldova Gagauzia, Uzbekistan Karakalpakstan, Tajikistan Mountainous Badakhshan and Estonia Cultural Autonomy.

Document analysis method was used in this study. The legislation of each region was examined from primary sources. Then, the laws of autonomy were compared and analyzed. Thus, the commonalities and differences of all autonomies were shown.

The general characteristic of the autonomous structures analyzed in this study is that all of them have a constitutional basis. In the light of this basic information, the characteristics of the autonomous structures whose legal status is analyzed in this study can be summarized in the table below.

Table 2

Constitutional Autonomous Regions in the former Soviet Union

Autonomous Region	Country	Reason for Existence	Reason for Disintegration	Parliamentary	President	Own Judgment
Gagauzia	Moldova	Political	Ethnic and Sectarian	Yes	Election	No
Estonia	Estonia	Cultural	Cultural	No	No	No
Autonomous Republic of Adjara	Georgia	Political	Elites	Yes	Election	No
Nakhchivan Autonomous Republic	Azerbaijan	Political	Geographical	Yes	Appointment	No
Republic of Karakalpakstan	Uzbekistan	Political	Ethnic	Yes	Election	Yes
Nagorno-Badakhshan Autonomous Region	Tajikistan	Political	Ethnic and Sectarian	Yes	Appointment	No

When the characteristics given in the table above are analyzed, we see that Estonia differs from other autonomous structures. Estonia has granted cultural autonomy to people without referring to any geography within national borders. On the other hand, the Autonomous Republic of Nakhchivan, with its historical independent or autonomous experience and culture, has no political dispute with the central administration (Baku). This is due to the fact

that Azerbaijan's ethnic and religious population is largely the same and that former President Heydar Aliyev is a member of the Nakhchivan Supreme Council.

The autonomous units of Gagauzia, Adjara, Nagorno-Bedakhshan and Karakalpakstan were formed as a result of ethnic, elitist or religious conflicts. In Mountainous Bedakhshan, the war lasted for about 4 years. Gagauzia and Karakalpakstan are the product of ethnic separation. These autonomous regions, which today live in a conflict-free environment, have been able to ensure peace by basing their existence on the law.

GİRİŞ

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) 1991 yılında tamamen dağıldığında içinden 15 (on beş) ayrı cumhuriyet çıkmıştır. Bu cumhuriyetlerin her biri tarihlerinden miras kalan gerilim ve çatışma alanlarını farklı şekilde çözüme yoluna gitmiştir. Azerbaycan ve Ermenistan Karabağ'da savaşırken Gagavuzya'da Moldova ve Gagavuzlar otonomi konusunda anlaşmışlardır. SSCB ölçeğinde bir devletin dağılmasından sonra gerek iç sorunlar gerekse sınır ihtilafları sebebiyle çıkan çatışmalar bazı bölgelerde bugün de devam etmektedir. Şu an gördüğümüz Ukrayna-Rusya savaşını SSCB sonrası çözülememiş sınır ve hukuki sorunların farklı bir çözüm yolu olarak okuyabiliriz. Halbuki Kırım'la başlayan tartışmaların bir sonuca ulaşmaması silahlı çatışmalara, oradan da savaşa sebep olmuştur. Oysa Kırım Ukrayna Cumhuriyeti içinde otonom yapıdaydı. Yani Kırım, diğer donmuş çatışma bölgeleri¹ gibi SSCB sonrası potansiyel savaş alanıydı. Kendini gerçekleştiren bir kehanet gibi bir kez daha sıcak savaşın konusu oldu.

Bu çalışmada eski Sovyet ülkelerindeki çözüme ulaşmış özerk bölgeler veya yapılar incelenmiştir. Her bir özerk bölgenin kendine has özellikleri olsa da bu yapılar genel bir sınıflandırma içinde değerlendirilmiştir. Her bir özerk yapı, bağlı olduğu ülke anayasasındaki yerine göre incelenmiştir. Anayasal dayanağı ve varsa kuruluş yasaları ayrı ayrı ele alınmış ve nihayetinde bölgelerin hukuki durumu ortaya çıkarılmıştır. Eski Sovyet ülkesi olmasına rağmen Rusya Federasyonu'nda bulunan otonom bölgeler çalışmanın dışında bırakılmıştır. Çünkü Rusya bir federasyondur ve kendine has bir yapısı vardır. İsmi federal cumhuriyet, kıray, oblast veya otonom fark etmez, tüm idari birimler merkezin kontrolündedir. Halbuki diğer eski Sovyet ülkelerindeki özerk yapıların oluşmasında, Moskova (SSCB veya bugünkü Rusya Federasyonu) doğrudan veya dolaylı aktördür. Ancak bu konu farklı bir çalışmayı gerektirir.

Çalışmada eski Sovyet ülkeleri olarak isimlendirilen (Rusya hariç) ve bünyesinde özerk bir yapı barındıran tüm devletlerin anayasaları incelenmiştir. Ayrıca bir araştırmacı olarak Moldova'nın parçası olan Gagavuzya Otonomi Bölgesi'nde (Gagauz Yeri) bulunmuş ve otonomi yakından araştırılmıştır. Bu çalışmada altı farklı özerk yapı incelenmiştir. Bu özerk bölgeler şunlardır: Azerbaycan Nahçıvan, Gürcistan Güney Acara,

¹ 1991 yılı sonrası literatürde belirli bir üne kavuşan 'donmuş çatışma (frozen conflict)' ve 'donmuş çatışma bölgesi (frozen conflict zone)' kavramları, askeri hareket sonrası (savaş veya çatışma) ülkeler veya gruplar arasında bir barış anlaşmasına varılmadan mevcut statükonun sürdürülmesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Kıbrıs ve Transdinyester donmuş çatışma bölgesine güzel iki örnektir.

Moldova Gagavuzya, Özbekistan Karakalpakistan, Tacikistan Dağlık Bedahşan ve Estonya Kültürel Otonomisi.

Gerek siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler alanında gerekse hukuk alanında özerklik kavramı üzerine pek çok çalışma vardır. Özerk bölgelerin veya otonomilerin derinlemesine tanımı ve izahı bu çalışmanın amacının dışındadır. Fakat konunun daha iyi anlaşılması için özerkliğin genel tanımı ve en sade tasnifi yapılmaya muhtaçtır. Bu sebeple ilk olarak özerkliğin ne olduğu açıklanmıştır.

I. ÖZERKLİK KAVRAMI

Özerkliği Türk Dil Kurumu² “*bir topluluğun, bir kuruluşun ayrı bir yasaya bağlı olarak kendi kendine yönetme hakkı, muhtariyet, otonomi, otonomluk*” olarak tanımlamaktadır. Siyasi tanımda ise karşımıza çıkan ilk kavram egemenliktir. Yani özerklik bir egemenlik paylaşım şeklidir. Bir egemenlik paylaşım şekli olarak eski Sovyetlerde özerklik, Sovyet döneminden kalma etnik, dini ve politik ayrışmaların, oluşan yeni ulusal ve kapitalist ülkelerde çatışmaya sebebiyet vermemesi üzerine inşa edilmiş politik ve coğrafi bölünmedir. Bu yapıyla eski Sovyetlerde özerklik Batı ülkelerindeki özerk bölgelerdeki istikrarlı yapılardan ayrışır.

Yunanca otonomi, Arapça muhtariyet kelimelerinin karşılığı olan özerklik, seçilmiş bir idari merkezi organ tarafından yönetilmekte olan bir topluluğun veya bir birimin kendi kararlarını kendi kendine ya da kendi belirlediği yasalarca alabilmesi şeklinde açıklanabilir.³ Bir bölgede yaşayan insanlar idari birim olarak kendi kararlarını alan yapılar kurabilirler. Ancak egemenlik açısından özerklik kavramı siyasi bir anlam taşır. Literatürde siyasi anlam taşıyan özerklik için genellikle otonomi (autonomy) kavramı kullanılır. Yani siyasi özerklik idarenin işlerini kolaylaştırmak için yerelde merkezi idarenin yetkilerini kullanmadan ziyade, belirli bir devlet sınırları içinde yaşayan etnik bir yapı ya da azınlığın kendilerini oluşturan her bireyinin etnik veya siyasi (ideolojik) özelliklerini korumak ve buldukları bölgelerdeki yerel hizmetlerini karşılamak amacıyla bir siyasi özerk birim (il, bölge, vs.) kurma hakkı

² <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 17 Nisan 2023

³ Atilla Nalbant, Üniter Devlet: Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye (1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 1997) 43

anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla özerklik kavramı günümüzde, bir devletin, ulusaltı bir topluluğa kendi organlarıyla kendi işlerini yönetme yetkisini tanınmasıdır.⁴

Özerklik tanımında yedi farklı özerklik sayılmaktadır. Bunlar kültürel ve fonksiyonel özerklik, bölgesel özerklik, yerel özerklik, idari özerklik, personel/iş gören özerklik, bireysel özerklik ve mali özerklidir. Tüm bu özerklik tanımlamaları esasında iki ana tanım içinde değerlendirilebilir. Bunlar idari özerklik ve siyasi özerklidir.⁵ Eski Sovyet coğrafyasındaki özerk veya otonomi yapılar siyasi tartışmaların ürünüdür. Etnik veya kültürel temelleri olduğu yadsınmazsa da temelinde elitlerin çatışması yatar. Elitler kavramı siyasi bir kavramdır. Elitler toplumun karar alıcıları olarak ayrıcalıklı ve aldığı kararları ya temyiz edilemez ya da temyiz yerleri normal insanlardan farklı olan kişilerdir. Bu sebeple eski Sovyet coğrafyasındaki özerk yapılar siyasi özerk yapılardır. Estonya örneğinde olduğu gibi kültürel otonomi olarak tanımlanan uygulamalar da mevcuttur. Kültürel özerklik de siyasi yapıda olduğu için çalışmadaki tüm özerk yapılar siyasi özerklik içinde değerlendirilebilir. Bu sebeple eski Sovyet coğrafyasındaki özerk yapıları hukuki (*de jure*) ve fiili (*de facto*) olmak üzere iki gruba ayırmak gerçekçi olacaktır. Bu çalışmada hukuki özerklik incelenmiştir.

Eski Sovyet coğrafyasındaki hukuki ve fiili özerk yapılar aşağıdaki tabloda gösterilmiştir. Moldova, Gürcistan ve Azerbaycan gibi bazı ülkeler hem hukuki hem de fiili özerk bölgelere sahiptir.

Tablo 1

Eski Sovyet coğrafyasındaki Özerk Bölge ve Ülkeler

Ülke	Hukuki Özerk Bölgeler	Fiili Özerk Bölgeler
Azerbaycan	Nahçıvan	Yukarı Karabağ
Estonya	Kültürel yapılar	-----
Ermenistan	-----	Yukarı Karabağ
Gürcistan	Acara	Abhazya ve Güney Osetya
Moldova	Gagavuzya	Transdinyester
Özbekistan	Karakalpakistan	-----
Tacikistan	Dağlık Bedaşan	-----

⁴ Dilek Samsun, Teori ve Uygulama Örnekleri Işığında Siyasal Özerklik Kavramı (Yüksek Lisans Tezi Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 1

⁵ Dilek Samsun, (n 4) 15

Tablo 1’de yer alan özerk bölgelerin tamamının ortak noktası eski Sovyet coğrafyasında olmalarıdır. Hukuki veya fiili fark etmez, tüm özerk bölgelerin buldukları ülkelerden ayrılma sebepleri farklıdır. Örneğin Yukarı Karabağ ve Gagavuzya etnik sebeple özerk yapıdayken Transdinyester ve Acara tarihi, coğrafi ve otonomi elitlerinin etkisiyle özerk yapıya sahiptir. Otonomilerin siyasi sebepleri farklı bir çalışma konusudur. Tabloda verilen ve fiili özerk yapı olarak tanımlanan bölgelerin hukuki dayanakları olmadığından, bu çalışmada, hukuki özerk yapılar incelenmiştir.

A. HUKUKİ ÖZERK BÖLGELER

Eski Sovyet coğrafyasında var olan özerk veya otonom yapıları tasnif ederken kullanacağımız terim hukuki özerklik kavramıdır. Hukuki özerklik veya otonomi, uluslararası hukuka göre parçası olduğu devletle hukuki bir metin üzerinde anlaşmak suretiyle elde edilen özerklik olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda yapılan tanıma uygun otonomiler, Moldova Gagavuzya, Estonya kültürel otonomi, Gürcistan Acara, Azerbaycan Nahcivan, Özbekistan Karakalpakistan ve Tacikistan Gorno-Badakistan olarak sıralanabilir. Şimdi bu yapıların anayasal ve hukuki durumlarını inceleyelim.

1. Gagavuz Yeri (Moldova)

Gagavuzya sadece Moldova, eski Sovyet ve hatta Avrupa için değil; Türk dünyası için de ilginç bir örnektir. Etnik olarak Türk olan Gagavuzlar Anadolu aksamı bir Türkçe konuşurlar ve konuştukları Türkçe literatürde Batı Oğuz Türkçesi olarak tanımlanır.⁶ Dinleri Ortodoks Hristiyanlıktır. Resmi dil Rusçadır ancak Moldova’nın resmi dili Rumence’dir. Gagavuz Otonomisi 23 Aralık 1994 yılında kuruldu. Nüfusu 2022 yılı nüfus sayımına göre yaklaşık 121.700 kişi ve yüzölçümü 1.848 km²’dir.⁷

⁶ Hacı Dağlı, ‘Güney Doğu ve Güney Batı (Oğuz) Grubu Türk Lehçelerinde ‘Şartlı Bileşik Cümle’ Bakımından Karşılaştırılması’ (2019) 3 (2) USOBED Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, 15

⁷ Moldova İstatistik Bürosu, 2022

Gagavuzya ile Moldova merkezi yönetim (başkent Kişinev'dir) arasında otonomi anlaşması 1994 yılında imzalandı. Gagavuz Otonomisinin resmi adı Gagavuzcada Gagauz Yeri'dir.⁸

Gagavuz Otonomisi Moldova Cumhuriyeti Anayasası (MCA) m. 111'e göre kurulmuştur.⁹ MCA m. 111 '*Gagavuzya Bölgesinin Otonomi Birimi (Unitatea teritorială autonomă Găgăuzia)*' başlığı altında 7 (yedi) fıkraya ayrılmıştır. (1) fıkraya göre Gagavuzya coğrafi bir birim olarak tanımlanmıştır. Gagavuzya'da yaşayan insanların toplumsal, politik, ekonomik ve kültürel menfaatlerini ilgilendiren konularda bağımsız olduklarını söyler. Aynı fıkra anayasal sınırlılıkları olduğunu hatırlatır. (2) fıkra Gagavuz bölgesinde yaşayanların hak ve menfaatlerinin anayasal güvence altında olduğunu ifade eder. (3) fıkra ise Gagavuz Otonomisinin yasalara uygun biçimde yasal ve idari birimlere sahip olduğunu söyler. Yani yargılama yetkisi otonomiye verilmemiştir. (4) Gagavuzya'daki yer altı ve yer üstü zenginliklerin tüm Moldovanlara ait olduğunu belirtirken (5) fıkrası otonominin bütçesini açıklar. Buna göre özel kanunla bütçe paylaşımı yapılır. (6) fıkra Gagavuzya hükümetinin (Bakanlık Komitesi) tüm eylemlerinin Moldova kanunlarına göre merkezi denetim altında olduğunu söyler. (7) fıkra ise Gagavuzya'yla ilgili Moldova Meclisi'nde çıkan kanunların mecliste kabul edilebilmesi için seçilmiş vekil sayısının 5'te 3'ünün onayını alması gerektiğini belirtir.¹⁰ Yukarıdaki maddelerden Gagavuz Otonomisi'nin hukuki otonomi olduğu anlaşılır.

MCA m.73'e göre Gagavuz Otonomisi'nin yasama birimi olan Halk Topluğu Moldova Meclisi'ne yasa değişikliği teklifinde bulunabilir. 110'da Gagavuz Otonomisi idari birim olarak da sayılmıştır. Ayrıca Anayasa Gagauz Yeri Başkanı'nın Moldova Hükümeti'nin doğal üyesi olduğunu belirtir.

Anayasaya uygun olarak 23.12.1994 tarih ve 344-XIII sayılı '*Gagavuzya'nın Özel Hukuki Durumuyla İlgili Kanun (privind statutul juridic special al Găgăuziei (Gagauz-Yeri))*'¹¹ çıkarılmıştır. Bu kanun 27 maddeden oluşmaktadır. Gagavuz Otonomisi'nin teşkilat yapısı, nasıl oluştuğu ve yasama-yürütmenin nasıl olduğu ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Tekrar etmek gerekirse yargı konusu otonomiye devredilmemiştir. Moldova'da, hiçbir şekilde, otonomiye yargı yetkisi devri söz konusu değildir.

⁸ Gagavuz Otonomisinin tarihi konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Ömer Akpınar, Gagavuzya'da Otonominin Tarihi Süreci ve Hukuki Temelleri (Ekin Yayıncılık 2022) 209-222

⁹ Kanun Numarası: 1 Kabul Tarihi: 29.07.1994 RG: 12.08.1994/1

¹⁰ Çalışmada kullanılan tüm çeviriler yazara aittir.

¹¹ Kanunu Numarası: 344-XIII Kabul Tarihi: 23.12.1994 RG: 14.01.1995/Nr. 3-4 art. 51

2. Estonya

Estonyalı şair Juhan Liiv (1864-1913) bir şiirinde ‘Geçmişini unutan kişinin geleceği yoktur’ der. Estonya tarihi olarak kültüre çok önem veren bir ülkedir. Şubat 1925 yılında çıkarılan bir yasayla başlayan azınlıklara kültürel hakların verilmesi durumu bugün de sürdürülmektedir.¹² Estonya’da kültürel otonominin anayasal dayanağı ve özel kanunu vardır.

Estonya Anayasası (EA) m.50 şu şekildedir: ‘*Estonya’da yaşayan ulusal azınlıkların kendi kültürleri yararına, Ulusal Azınlıklar Kültürel Özerkliği Yasasınca (UAKÖY) sağlanan prosedürlere ve koşullara uygun olarak, yerinden yönetim kurumları kurma hakkına sahiptirler.*’¹³ Ayrıca UAKÖY’nin (EA m.104) ancak meclisin (Riigikogu) çoğunluk oyuyla değişebileceği veya kaldırılabilirliği şartı vardır. Yani Gagavuz yasaları gibi normal kanunlardan farklı ve değiştirilmesi zor bir prosedüre sahiptir.

UAKÖY 30 maddeden oluşmaktadır.¹⁴ İlgili kanunun 1. maddesi hangi Estonya vatandaşlarının ulusal etnik azınlık olduğunun tespiti üzerinedir. Buna göre ulusal azınlık şunlardır: ‘*Estonya’da yerleşik; Estonya ile kuvvetli, sağlam ve kalıcı bağ kurmuş; etnik aitlik, kültürel yapı, din veya dil bakımından Estonyalılardan farklı olan; topluca kendi topluluk kimliklerinin temeli olarak gördükleri kültür ve geleneklerini, din veya dillerini yaşama arzusunda olan insanlardır.*’

Kanunun 2. maddesinde hangi etnik veya dini grupların ulusal azınlık olduğunu sıralamıştır. Buna göre Ruslar, İsveçliler, Almanlar ve Yahudiler ulusal azınlıklardır. Bununla birlikte sayıları 3.000 ve üzeri olan her tür etnik veya dini grup ulusal azınlık olarak tanımlanabilir.

Kanunun diğer maddeleri incelendiğinde ulusal azınlıklara çok geniş yetkiler verilmiştir. Estonya Dil Yasası’na muhalif olmaması şartıyla eğitim kurumlarında anadilin öğretilmesinden dinini yaymaya kadar her türlü aktivite serbest bırakılmıştır. Ancak bu yasa yapılan aktivitelerin devlet gözetiminde olduğunu söyler. Bir birey dilekçeyle ilgili makamlara başvurarak bir azınlığın üyesi olabilir. Yaş sınırı 15’tir. Bu yaşın altındakiler velilerinin muvafakatiyle belirli bir ulusal azınlığın üyesi olabilir. Ayrıca ulusal azınlıklar

¹² Kari Alenius, ‘The Birth of Cultural Autonomy in Estonia: How, Why, and for Whom?’, (2007) (Volume 38) (4) Journal of Baltic Studies 445

¹³ Estonya Anayasası (Eesti Vabariigi põhiseadus), Kabul Tarihi: 28.06.1992

¹⁴ Kanun Numarası: RT I 1993, 71, 1001 Kabul Tarihi: 26.10.1993 Yürürlüğe Giriş Tarihi: 28.11.1993

bağış toplayabilir, eğitim faaliyetlerinde bulunabilir, okul açabilir ve devletten maddi destek talep edebilirler.

3. Acara Özerk Cumhuriyeti (Gürcistan)

Acara Özerk Cumhuriyeti (AÖC-resmi adı) Gürcistan Cumhuriyeti içinde yaşayan ve hukuki dayanağını Gürcistan Anayasası'ndan (GA) alan bir bölgedir. Gürcistan'ın güney batısında yer alır. 3.000 km² yüzölçümü ve yaklaşık 400.000 nüfusu vardır. Resmi dil Gürcücedir ve başkenti Batum'dur.¹⁵

Gürcistan Anayasası m.1 devletin birimlerini sayar ve devleti tanımlar. Bu tanımda Abhazya ve Güney Osetya'nın aksine Acara Otonomisi yer almaz. Ancak "Ülke Topraklarının Temeli" başlıklı m. 7 f. 2'de Acara Özerk Cumhuriyeti'nin Abhazya Özerk Cumhuriyeti'yle birlikte gücü Gürcistan yasaları ve anayasasıyla tanımlanan özerk birim olduğu belirtilir.¹⁶

GA m. 37 Gürcistan'da yasamanın yapısını açıklar. Tek kamaralı Gürcistan Meclisi'nde iki grup vardır. Bunlar Cumhuriyet Konsülü ve Senato'dur. Senato kısmı bölgelerden ve devlet başkanının doğrudan atadığı üyelerden oluşur. 150 üyenin 73'ü senatördür. Buna göre Senato üyelerinin arasında AÖC'ni temsil eden ve bu kimlikle seçilen üyeler mevcuttur.

Anayasa m. 45 AÖC meclisine (yüksek temsilciler organı) yasa değişikliği veya yeni bir yasa için Gürcistan Parlamentosu'na başvuru yapma hakkı vermiştir. Ayrıca m. 50 başkanlık seçiminde toplanan 300 kişilik seçmenler kurulunda AÖC'nin otonomi meclis üyeleri (Yüksek Konsül) (21 üye) de yer alır.

AÖC'nin yasal statüsünü açıklayan ikinci metin ise Acara Özerk Cumhuriyeti Anayasası Onayı hakkındaki kanundur.¹⁷ Bu kanun AÖC'nin bir anayasası olduğunu kabul eder. AÖC Anayasası 28 maddeden oluşur. Meclisin veya Yüksek Konsül'ün, özerk cumhuriyet başkanının ve hükümetin, diğer kamu yapılarının nasıl oluştuğunu açıklar.

¹⁵ <<http://adjara.gov.ge/EngPage.aspx?pid=1427#.ZED4vXZBy3A>>, (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2023)

¹⁶ Gürcistan Anayasası, Kanun Numarası: 786 Kabul Tarihi: 24.08.1995 Kayıt Kodu : 010.010.000.01.001.000.116

¹⁷ Kanun Numarası: 232 Kabul Tarihi: 15.07.2008 Kabul Tarihi: 26.07.2008. Kayıt Kodu: 010010010.04.001.016044

Bütçenin nasıl oluşacağı da anayasada mevcuttur fakat yargıyla alakalı bilgi verilmez. Başka bir ifadeyle yargı merkezi yapıya yani Gürcistan devletine aittir.

4. Nahcivan Özerk Cumhuriyeti (Azerbaycan)

Nahcivan Özerk Cumhuriyeti (NÖC) (Naxçıvan Muxtar Respublicası) Azerbaycan Cumhuriyeti'ne bağlı bir otonom bölgedir. Yüzölçümü 5.502 km² ve nüfusu 461.000 kişidir. Başkenti Nahcivan ve resmi dili Azerbaycan dilidir.¹⁸

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası 134 ila 141 kanunları NÖC ile ilgilidir. VIII. Bölüm olarak ayrılan bu 8 maddenin başlığı Nahcivan Özerk Cumhuriyeti'dir. Anayasa m. 134, f. I'e göre "Nahcivan Özerk Cumhuriyeti Azerbaycan Cumhuriyeti'ne bağlı bir devlettir." Bu maddenin diğer fıkralarında Azerbaycan kanunlarının özerk cumhuriyette de geçerli olduğunu belirtir. Nahcivan'ın meclisi olan "Ali Meclis" kararlarının ve Nahcivan Hükümeti kararlarının Azerbaycan Meclisi ve Hükümeti kararlarıyla çelişmeyeceği ifade edilir.

Diğer maddelerde NÖC'nün yasama, yürütme ve yargı konusundaki özerklikleri açıklanır. NÖC'yi ilgilendiren konularda kanun yapma hakkı olan 45 üyeli meclis, yürütmeden sorumlu özerk bölge hükümetini (Bakanlar Kurulu-Nazırlar Kabineti) ve bu hükümetin başvekilini seçer. Yani parlamenter sistem mevcuttur. Ali Meclis yerel yöneticileri veya valileri seçer ve seçtiği isimleri Azerbaycan Cumhuriyeti Devlet Başkanı'na sunar. Atamayı devlet başkanı yapar. NÖC'nin kendi yargı sistemi vardır ve bunun olması diğer özerk bölgelerden NÖC'yi ayırır. Ancak bu durum NÖC'nin varlığıyla çelişkili değildir. Çünkü NÖC ana devlet olan Azerbaycan Cumhuriyeti egemenliğiyle sorunu yoktur. Coğrafi olarak Ermenistan ve İran ile çevrelendiği için Azerbaycan'la coğrafi olarak bağı yoktur. Bu sebeple özerk bölgenin veya muhtarlığın tüm kurumları mevcuttur. Kendi yargısı olmasına rağmen tüm kanunlar Azerbaycan Cumhuriyeti kanunlarıdır.¹⁹

Azerbaycan Devlet Başkanı NÖC üzerinde mutlak hakimiyete sahiptir. Anayasa m. 109'a göre tanımlanan başkanın görevleri arasında NÖC hükümet ve meclis kararlarını lav etme yetkisi de vardır. Yine m. 148'de Azerbaycan Meclisi kararlarının normlar hiyerarşisinde NÖC meclisi kararlarından üstün olduğu belirtilir.

¹⁸ <https://nakhchivan.preslib.az/az_al.html>, Erişim Tarihi: 20 Nisan 2023

¹⁹ (n 18) Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası

Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nin kendine has anayasası vardır. Bu anayasa 50 maddeden ibarettir. Anayasada NÖC'nin yasama, yürütme ve yargı organlarının nasıl oluştuğu; görev ve yetkileri açıklanmıştır. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nda (ACA) NÖC ile ilgili ayrıntılı ve sınırlayıcı hükümler yer aldığı için NÖC Anayasası tarihi bir perspektif sunarak ACA'nı tekrar etmiş veya ACA'daki kanunları detaylandırmıştır.²⁰

5. Karakalpakistan Cumhuriyeti (Özbekistan)

Karakalpakistan Cumhuriyeti (KC) Özbekistan Cumhuriyeti içinde yer alan özerk bir bölgedir. Coğrafi olarak Özbekistan'ın kuzey batısında yer alır. Yüzölçümü 166.600 km² ve nüfusu 1.847.000 kişidir.²¹

Özbekistan Cumhuriyeti Anayasası'nın (ÖCA) 68. maddesi Karakalpak Cumhuriyeti'ni Özbekistan Cumhuriyeti'ni oluşturan coğrafi ve idari bir birim olarak tanımlar. XII. Bölüm "Karakalpakistan Cumhuriyeti" şeklindedir ve 70 ila 75 arası 6 maddeden oluşur. M. 70'te Karakalpakistan Cumhuriyeti'nin (KKC) Özbekistan Cumhuriyeti'nin bir parçası olduğunu ifade eder ve m. 71'de KKC'nin kendi anayasası olduğunu belirtir. 73'üncü maddede KKC'nin topraklarının kendi rızası olmadan değiştirilemeyeceği ve kendi coğrafyasında idari yapıdan bağımsız olduğunu söyler. ÖCA'nın en ilginç maddesi belki de 74. maddesidir. Bu maddeye göre Karakalpakistan Cumhuriyeti bir referandumla Özbekistan Cumhuriyeti'nden ayrılabilir. Hukuki açıdan siyasi bir birlikten ayrılmak meşru gözükse de coğrafi (teritory) ayrılmalar siyasi olaylardır ve sonuçları siyasi olur. Eski Sovyet pratiğinde bu tür ayrılmalar çatışma veya savaş demektir. Bir sonraki maddede ise başkent Taşkent ve Karakalpakistan Başkenti Nukus arasındaki uzlaşma ve anlaşma sonucu KKC'nin kurulduğu belirtilir ve tüm tartışmaların iki meclis arasındaki uyuşma sonucu çözüleceği (tek taraflı karar alınmaz) belirtilmiştir.²²

Özbekistan Cumhuriyeti Meclisi olan Yüce Meclis (Oliy Majlis) alt (temsilciler) ve üst (senatörler) olmak üzere iki kamaralıdır. 150 üyeli alt kanata karşılık 100 üyeli senato vardır. Temsilciler normal orantılı seçimle iş başına gelirken senato bölgesel ve devlet başkanına tanınan kontenjanla oluşur. Buna göre 6 senatör Karakalpakistan'dan seçilir.²³

²⁰ Naxçıvan Muxtar Respublikasının Konstitusiyası. Kanun Numarası: 603-IKQ Kabul Tarihi: 29.12.1998

²¹ <<https://karakalpakstan.uz/oz/page/show/5>> Erişim Tarihi: 20 Nisan 2023

²² Özbekistan Cumhuriyeti Anayasası. Kanun Numarası: 1-art.4. Kabul Tarihi: 08.12.1992 Yürürlüğe Giriş Tarihi: 1993

²³ (n 22) md. 77

Anayasanın diğer maddelerinde Karakalpakistan Cumhuriyeti'nin kendi meclisi Yüce Meclis'e kanun teklifinde bulunabileceği, Karakalpakistan Devlet Başkanı'nın Özbekistan Hükümeti'nin doğal üyesi olduğu belirtilir. ÖCA m. 107 Özbekistan yargısı hakkındadır. Buna göre Karakalpakistan'nın kendisine has yargısı vardır. Karakalpakistan'nın medeni ve ceza kanunları için yüksek mahkemesi; ayrıca ekonomi yüksek mahkemesi anayasada tanımlanmıştır. Yargı sistemi açısından tamamen bağımsız değildir zira en üst mahkeme olan Özbekistan Yüksek Mahkemesi (Anayasa Mahkemesi) bu mahkemelerin üstündedir. Başka bir ifadeyle sadece kendi hukuku ve bu hukukun işleyişini ulusal yargı kurumlarıyla temyiz ettirmeyen yargı sistemi yoktur. Karakalpakistan Özbekistan Anayasa Mahkemesinde üye bulundurmaya zorundadır. Bu mahkeme KKC kanunlarının anayasal denetimini sağlar. Karakalpakça Özbekçeyle birlikte resmi dil olarak kabul edilir. Özbekistan Anayasası m. 119 KKC'nin bağımsız ve müstakil bir başsavcıya (bizdeki Yargıtay Başsavcısı) sahip olduğunu ancak bu savcının Özbekistan Başsavcısı onayı alınarak atanacağını belirtir. 122'inci maddede ise KKC'nin kendine has bütçesi olduğunu söyler.

Karakalpakistan Cumhuriyeti Anayasası 120 maddeden oluşmaktadır. Anayasa özerk bölgenin yasama, yürütme ve yargı işlemlerinin nasıl yapılacağını açıklar. Bağımsız bir devletin anayasasında tanımlanan tüm kurum ve görev tanımları bu anayasada mevcuttur. Diğer özerk bölgelerin anayasalarından farklı olarak daha bağımsız bir yapı anlatılmaktadır. Hatta KKC Anayasası m. 1'de, istenildiği zaman, referandum yapılmak suretiyle bağımsızlığın veya Özbekistan'dan ayrılmanın mümkün olduğu belirtilir.²⁴

6. Dağlık Bedaşan Özerk Bölgesi (Tacikistan)

Dağlık Bedaşan Tacikistan Cumhuriyeti'nde bulunan bir özerk bölgedir. Özerk bölge olmasının altında etnik ve mezhepsel nedenler yatmaktadır. Genel olarak Sünni Hanefi mezhebine sahip olan Taciklere karşılık Dağlık Bedaşan'da Şii İsmaili mezhebi ve Pamir etnik yapısı baskındır. 1992-1997 yılları arasında süren Tacikistan İç Savaş'ta iktidara karşı (Duşanbe) durmuştur. Yüzölçümü 44.200 km², nüfusu ise 206.000 kişidir. Tacikistan'ın toplam yüzölçümü 143.100 km² ve nüfusu 9.800.000 kişidir.²⁵

²⁴ Karakalpakistan Cumhuriyeti Anayasası. Kabul Tarihi: 09.04.1993

²⁵ Mustafa Gazel, "Ülke Tanımı: Tacikistan" Asya Araştırmaları Dergisi (6) (2) 246

Dağlık Badahşan'ın resmi adı Dağlık Badahşan Otonomi Oblastı'dır. Oblast Slav dillerinde (Rusça область) eyalet anlamına gelmektedir ve coğrafi bir terimdir.²⁶ Tacikistan Cumhuriyeti Anayasası (TCA) m. 7'ye göre Tacikistan'ı oluşturan idari yapılar içinde Dağlık Badahşan Otonomi Oblastı (DBOO) sayılmaktadır. TCA'nın yedinci bölümü DBOO ile ilgilidir. Bu bölüm 81, 82 ve 83. maddeleri içermektedir. TAC m.81'e göre otonomi Tacikistan'ın ayrılmaz bir parçasıdır ve otonomi meclisinin onayı olmadan statüsü veya coğrafyası değiştirilemez. 82. maddede DBOO meclisinin (Majlis) yasa değişikliği için Tacikistan Meclisi'ne (Yüce Meclis) başvuru yapma hakkının olduğu belirtilir. 83'te ise otonomi meclisinin ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlarda düzenleme yapabileceği bilgisi verilir.²⁷

TAC iki kamaralı yapıdadır. Buna göre 33 sandalyeli üst meclis (Majlisi Milli) ve 63 sandalyeli alt meclis (Majlisi Namoynadagon) Tacikistan'ın Yüce Meclisi'ni (Meclisi Ali-Majlisi Olli Çumhurii Toçikiston) oluşturmaktadır. DBOO meclisinin üyeleri üst meclisin doğal üyeleridir. Ayrıca Yüce Meclis'in bir sözcüsü otonominin meclis üyelerinden seçerler. Otonomi görece olarak zayıftır. Devlet Başkanı otonomiye vali atar. Otonomi mahkemeleri merkezi yapının (Duşanbe) elindedir. Otonomi mahkemeleri başkan merkezden atanır. Ancak Tacikistan Anayasa Mahkemesi 7 üyeden oluşur ve bu üyelerden biri otonomiyi temsil eder.²⁸

SONUÇ

Dünya tarihinde görülmüş en büyük siyasi yapılardan biri olan SSCB'nin 1991 yılında tamamen tarih sahnesinden silinmesi, modern tarihin inşası açısından çok önemli bir olaydır. Böylesi bir olayın iç savaşlar, milli veya küresel savaşlar olmadan son bulması mümkün gözükmemektedir. Nihayetinde bugün devam eden Ukrayna-Rusya Savaşı SSCB'nin sonlanmasından sonra hesaplaşılmamış bölüşümün nesillere mirasıdır. Şüphesiz bu miras bazı bölgelerde savaşlara (Çeçenistan, Karabağ, Abhazya, Transdinyester gibi) sebep olurken bu çalışmada anlatıldığı gibi bazı bölgelerde de barış içinde çözülmüştür. Şüphesiz bugün barış içinde gözükürken ve bu çalışmanın konusu olan siyasi yapıların tarihinde çatışmalar veya savaşlar vardır. Ancak burada varlığını hukuki temellere dayandıran ve içinde bulunduğu devlet içinde barış içinde yaşayan özerk bölgeler konu edinilmiştir.

²⁶ <https://www.dictionary.com/browse/oblast>. Erişim Tarihi: 21 Nisan 2023

²⁷ Tacikistan Cumhuriyeti Anayasası. Kanun Numarası: FBIS-SOV-94-243 Kabul Tarihi: 06.10.1994 Yürürlük Tarihi: 30.11.1994

²⁸ (n 27) Tacikistan Cumhuriyeti Anayasası

Bu çalışmada konu edinilen özerk yapıların genel özelliği, tamamının anayasal dayanağının olmasıdır. Bu temel bilgi ışığında, çalışmada hukuki durumları incelenen özerk yapıların özellikleri aşağıda verilen tablodaki gibi özetlenebilir.

Tablo 2

Eski Sovyet'te Anayasal Özerk Bölgeler

Özerk Bölge	Ülke	Varlık Sebebi	Ayrışma Sebebi	Meclis	Başkan	Kendine Ait Yargısı
Gagauz Yeri	Moldova	Siyasi	Etnik	Var	Seçim	Yok
Estonya	Estonya	Kültürel	Kültürel	Yok	Yok	Yok
Acara Özerk Cumhuriyeti	Gürcistan	Siyasi	Elitler	Var	Seçim	Yok
Nahcivan Özerk Cumhuriyeti	Azerbaycan	Siyasi	Coğrafi	Var	Atama	Yok
Karakalpakistan Cumhuriyeti	Özbekistan	Siyasi	Etnik	Var	Seçim	Var
Dağlık Bedahşan Özerk Bölgesi	Tacikistan	Siyasi	Etnik ve Mezhepsel	Var	Atama	Yok

Yukardaki tablo 2'de verilen özellikler incelendiğinde Estonya'nın diğer özerk yapılardan ayrıştığını görürüz. Estonya ulusal sınırlar içinde herhangi bir coğrafyaya atıf yapmadan insanlara kültürel özerklik tanımıştır. Diğer yandan tarihi bağımsız veya özerk deneyimine ve kültürüne sahip olmasıyla birlikte Nahcivan Özerk Cumhuriyeti'nin merkezi idareyle (Bakü) siyasi bir tartışması yoktur. Bunun altında hem Azerbaycan'ın etnik ve dini konuda nüfusun büyük oranda aynı olması hem de Eski Cumhurbaşkanı Haydar Aliyev'in Nahcivan Yüksek Meclisi'nden olmasının etkisi büyüktür.

Gagavuzya, Acara, Dağlık Bedahşan ve Karakalpakistan özerk birimleri etnik, elitist veya dini çatışmaların sonucu oluşmuşlardır. Dağlık Bedahşan'da yaklaşık 4 yıl süren savaş meydana gelmiştir. Gagavuzya ve Karakalpakistan ise etnik ayrışmanın ürünüdürler. Bugün çatışmasız ortamda yaşayan bu özerk bölgeler varlıklarını yasalara dayandırarak barışı temin edebilmişlerdir.

KAYNAKÇA

Nalbant, A, Üniter Devlet:Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye, (1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 1997)

Samsun D, Teori ve Uygulama Örnekleri Işığında Siyasal Özerklik Kavramı (Yüksek Lisans Tezi Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014)
<<https://acikerisim.sakarya.edu.tr/bitstream/handle/20.500.12619/90993/T06070.pdf?sequence=1>>

Dağlı, H ‘Güney Doğu ve Güney Batı (Oğuz) Grubu Türk Lehçelerinde ‘Şartlı Bileşik Cümle’ Bakımından Karşılaştırılması’ (2019) 3 (2) USOBED Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, 141-160
<<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/899378>>

Akpınar, Ö Gagavuzya’da Otonominin Tarihi Süreci ve Hukuki Temelleri (1. Baskı, Ekin Yayıncılık 2022) [Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Konularının Akademik Yansımaları — E-kitap — SüreliKitap \(surelikitap.com\)](#).

Moldova Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 1 Kabul Tarihi: 29.07.1994 RG: 12.08.1994/1 <<https://old.parlament.md/legalfoundation/constitution/en.html>>

Alenius, K “The Birth of Cultural Autonomy in Estonia: How, Why, and for Whom?”, (2007) (Volume 38) (4) Journal of Baltic Studies 445-462

Estonya Anayasası (Eesti Vabariigi põhiseadus), Kabul Tarihi: 28.06.1992
<<https://www.riigiteataja.ee/akt/115052015002>>

<<http://adjara.gov.ge/EngPage.aspx?pid=1427#.ZED4vXZBy3A>>,

Naxçıvan Muxtar Respublikasının Konstitusiyası. Kanun Numarası: 603-IKQ Kabul Tarihi: 29.12.1998. <<http://www.in.nakhchivan.az/images/pdf/2.pdf>>

Özbekistan Cumhuriyeti Anayasası. Kanun Numarası: 1-art.4. Kabul Tarihi: 08.12.1992 Yürürlüğe Giriş Tarihi: 1993. <https://constitution.uz/uploads/constitution_en.pdf>

Gazel, M “Ülke Tanımı: Tacikistan” Asya Araştırmaları Dergisi (6) (2) s. 245-252.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/asyar/issue/74941/1225326>.

Tacikistan Cumhuriyeti Anayasası. Kanun Numarası: FBIS-SOV-94-243 Kabul Tarihi:
06.10.1994 Yürürlük Tarihi: 30.11.1994.
<<https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b50910.pdf>>

Gürcistan Anayasası, Kanun Numarası: 786 Kabul Tarihi: 24.08.1995 Kayıt Kodu:
010.010.000.01.001.000.116.
<<https://matsne.gov.ge/en/document/view/30346?publication=36>>

Karakalpakistan Cumhuriyeti Anayasası. Kabul Tarihi: 09.04.1993.
<<https://karakalpakstan.uz/en/page/show/27>>

Kanun Numarası: RT I 1993, 71, 1001 Kabul Tarihi: 26.10.1993 Yürürlüğe Giriş Tarihi:
28.11.1993. <<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/504042019005/consolide>>

Kanunu Numarası: 244 Kabul Tarihi: 23.12.1994 RG: 14.01.1995/Nr. 3-4 art. 51.
<https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=86681&lang=ro>

Kanun Numarası: 232 Kabul Tarihi: 15.07.2008 Kabul Tarihi: 26.07.2008. Kayıt Kodu:
010010010.04.001.016044.
<<https://matsne.gov.ge/en/document/view/18940?publication=3>>

<https://nakhchivan.preslib.az/az_a1.html>

<<https://www.dictionary.com/browse/oblast>>

Türk Dil Kurumu. (2023). Özerklik, <<https://sozluk.gov.tr/>>

Moldova İstatistik Bürosu,

<https://statistica.gov.md/en/statistic_indicator_details/25#data_bank>



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TÜRK MEVZUATI VE İÇTİHADİ IŞIĞINDA İŞVEREN VE İŞÇİ ARASINDAKİ İLETİ VE BİLDİRİMLERİN KAYITLI ELEKTRONİK POSTA VASITASIYLA YAPILMASININ HUKUKİ GEÇERLİLİĞİ

*Av. Abdülkerim KÜÇÜK **

ÖZ

Çalışmamızın amacı, literatürde henüz doğrudan ele alınmamış olan İş Hukuku alanına ilişkin işveren ve işçiler arasındaki ileti ve bildirimlerin, bir tür özel güvenli elektronik sistem olan Kayıtlı Elektronik Posta vasıtasıyla yapılabilmesinin mevzuat ve içtihat bağlamında incelenmesidir. Her geçen gün dijitalleşen dünyamızda, teknolojik imkanlardan her alanda fayda sağlanmaktadır. Bununla birlikte iş ilişkilerine ilişkin ileti ve bildirimlerde teknolojiden faydalanma tam manasıyla gerçekleşmemiştir. Oysa bu durum iş ilişkileri için de mümkündür. Bu kullanım hem işveren ve işçiye hem de neticede ortaya çıkacak iş ve üretime önemli faydalar sağlayacaktır. Bu bağlamda çalışmamız ile hem literatüre katkı sunmak hem de uygulamaya yönelik fikir vermek amaçlanmaktadır. Çalışmamıza öncelikle Kayıtlı Elektronik Postanın incelenmesi ile başlamıştır. Bu sistemin ne olduğu, faydaları, yasal ve içtihadî çerçevede hukuki geçerliliği incelenmiştir. Neticede bu sistem ile yapılan işlemlerin geçerli olduğu ve sistem delillerinin senet hükmünde ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayıldığı sonucuna varılmıştır. İkinci bölümde, işveren ve işçi arasındaki ileti ve bildirimler incelenmiştir. Zira Kayıtlı Elektronik Posta ile yapılacak bildirimlerin geçerliliğinin incelenmesinde ilgili bildirimlerin neler olduğunun bilinmesi öncelikli ve önemli görülmüştür. Üçüncü bölümde ise ikinci bölümde incelenmiş olan işveren ve işçi arasındaki ileti ve bildirimlerin, birinci bölümde incelenmiş olan Kayıtlı Elektronik Posta vasıtasıyla yapılmasının hukuki geçerliliği incelenmiştir. Neticede, ilgili bildirimlerin söz konusu sistem vasıtası ile gerçekleştirilmesine yönelik doğrudan bir yasal düzenlemenin ve oluşmuş bir içtihadın mevcut olmadığına ulaşılmıştır. Diğer yandan buna engel bir mevzuatın bulunmadığına ve birkaç küçük detaya dikkat edilmesi halinde İş Hukukuna ilişkin işveren ve işçi arasındaki ileti ve bildirimlerin Kayıtlı Elektronik Posta ile yapılabileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, Kayıtlı Elektronik Posta (KEP), Bildirim, İş Uyuşmazlıkları, Elektronik Delil

* Avukat, İstanbul 2 Nolu Barosu, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, abdulkerimkucukk@gmail.com, ORCID:0000-0002-8256-8833



LEGAL VALIDITY OF MESSAGES AND NOTIFICATIONS BETWEEN EMPLOYERS AND EMPLOYEES VIA REGISTERED ELECTRONIC MAIL IN THE LIGHT OF TURKISH LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

*Av. Abdülkerim KÜÇÜK***

ABSTRACT

The aim of our study is to examine, in the context of legislation and jurisprudence, how messages and notifications between employers and employees regarding the field of Labor Law, which has not yet been directly addressed in the literature, can be made via Registered Electronic Mail, a type of privately secured electronic system. In our world, which is becoming more digital every day, many benefits are provided from technological opportunities in every field. However, the use of technology in messages and notifications regarding business relations has not been fully realized. However, this is also possible for business relations, and taking advantage of the opportunities offered by technology in the relations between employer and employee will provide significant benefits to both parties, the employer and employee, as well as to the resulting business and production. In this context, our study aims to both contribute to the literature and give an idea for practice in this direction. Our study started by examining the relevant system, Registered Electronic Mail. What this system is, the benefits it provides to its users, and its legal validity within the legal and jurisprudential framework are examined. As a result, it was concluded that the transactions made with this system are valid and the system evidence is considered as promissory note and conclusive evidence until the contrary is proven. Then, in the second part of our study, the messages and notifications between employers and employees regarding Labor Law were examined. Because, in examining the validity of notifications to be made via Registered Electronic Mail, it has been deemed priority and important to know what the relevant notifications are. Finally, in the third part, the legal validity of the messages and notifications between the employer and the employee, which were examined in the second part, via Registered Electronic Mail, which was examined in the first part, was examined. As a result of this review, it was concluded that there is no direct legal regulation and established case law for the relevant notifications to be made through the system in question. On the other hand, it has been concluded that there is no legislation preventing this and that, as a result, if a few small details are taken into consideration, messages and notifications between the employer and the employee regarding Labor Law can be made via Registered Electronic Mail.

Keywords: Labor Law, Registered Electronic Mail (REM), Notification, Labor Disputes, Electronic Evidence

* Attorney at Law, Istanbul 2nd Bar Association, Sakarya University Institute of Social Sciences, Department of Public Law Graduate Student, abdulkerimkucukk@gmail.com, ORCID:0000-0002-8256-8833

Extended Summary

The aim of our study is to examine the ability of messages and notifications between employers and employees regarding Labor Law to be made through Registered Electronic Mail, a type of privately secured electronic system, in the context of legislation and jurisprudence. In our world that is becoming digital every day, technological opportunities are beneficial in every field. However, the use of technology in messages and notifications regarding business relations has not been fully realized. However, this is also possible for business relationships. This use will provide significant benefits to both employers and employees, as well as to the resulting business and production. In this context, our study aims to both contribute to the literature and give ideas for practice.

Our research questions in the study are: What is Registered Electronic Mail? What are the messages and notifications between employers and employees in Labor Law? What is the legal validity of sending messages and notifications between employers and employees via Registered Electronic Mail?

When the doctrine, case law and legislation are examined in the context of the relevant questions, it is understood that there is no direct source about the legal validity of the messages and notifications between the employer and the employee via Registered Electronic Mail. When only the sources about Registered Electronic Mail are examined, it is seen that there are a limited number of court decisions, one relevant regulation and communiqué addressing Registered Electronic Mail on various subjects. However, it appears that court decisions regarding Registered Electronic Mail are not directly about messages and notifications between employers and employees. These decisions include the administrative penalties imposed for not notifying or not activating the Registered Electronic Mail address, whether the notices in question were notified to the company's Registered Electronic Mail address, whether they were notified to someone else's address, or whether they were notified at all, Article 18/3 of the Turkish Commercial Code No. 6102. It is about the references to the article and whether it can be obligatory to make notifications via the Registered Electronic Mail address for people who are not listed in the Notification Law. As a result, as a result of the literature review, no direct source could be found regarding the legal validity of sending messages and notifications between employers and employees regarding Labor Law via Registered Electronic Mail.

In the light of these data, in our study, messages and notifications between employers and employees regarding Registered Electronic Mail and Labor Law and the notification procedure in Labor Law were evaluated under separate headings. Afterwards, deduction, induction and analogy methods in the context of logical rules and the legal validity of the messages and notifications between the employer and the employee via Registered Electronic Mail are discussed. In this context, in the first part of the study, Registered Electronic Mail was examined. What this system is, its benefits, and its legal validity within the legal and jurisprudential framework are examined. As a result, it was concluded that the transactions made with this system are valid and the system evidence is considered as promissory note and conclusive evidence until the contrary is proven. In the second part, messages and notifications between the employer and the employee were examined. Because, it is considered priority and important to know what the relevant notifications are in examining the validity of notifications to be made via Registered Electronic Mail. In the third part, the legal validity of the messages and notifications between the employer and the employee, which were examined in the second part, via Registered Electronic Mail, which was examined in the first part, was examined.

Today, while Registered Electronic Mail is used increasingly in daily and business life, it is almost never used in messages and notifications between employers and employees in the context of Labor Law. The main reason for this seems to be the lack of a direct legal regulation regarding the communication and notifications between employers and employees via Registered Electronic Mail. In addition, apart from the lack of direct legislation in the relevant field, no jurisprudence has developed in this direction. Therefore, today, the use of the Registered Electronic Mail system is not sufficient in our country's business relations between employers and employees, especially due to concerns that the communications and notifications made by employers to their employees will be invalid and will not have legal consequences. This causes business relations to be deprived of the solutions and benefits provided by Registered Electronic Mail, despite many problems, especially time, cost, archive problems, physical notification problems, and environmental problems. However, although there is no direct legal regulation regarding the sending of messages and notifications between employers and employees regarding employment relations via Registered Electronic Mail, there is no direct legal regulation preventing this, and the parties can use this system by mutual agreement. However, in order to carefully protect the worker and his rights against the strong position of the employer, it would be

beneficial to realize a few more issues in addition to the mutual agreements of the parties. These are that the parties' agreement must be clear and reflect their own free will, the provisions of the KVKK must be taken into account, the parties must be adequately trained and informed on the relevant issues, and the transition to the system must be carried out in favor of the worker as much as possible. As a result, in a business relationship that will be established and carried out by paying attention to these issues, there does not appear to be any unlawfulness in sending messages and notifications between the employer and the employee via Registered Electronic Mail. As a result, in our study, it was evaluated that it may be legally valid to send messages and notifications between the employer and the employee via Registered Electronic Mail.

GİRİŞ

Günümüzde teknolojik gelişim bir hayli ilerlemiş, kişi ve toplumların sosyal yaşamlarından iş ortamlarına hayatın her alana temas etmiştir. Teknolojik gelişimlerin doğru şekilde kullanıldığında insan yaşamına ne derece önemli katkılar sağladığı bugüne kadar şüphe götürmez şekilde görülmüştür. Teknoloji sayesinde pek çok alanda daha verimli sonuçlar elde edilmiş ve zaman, maliyet, emek, sağlık, çevre vb. pek çok açıdan insanlık kazanımları elde etmiştir.

Teknolojik gelişmelerin en önemli yansımalarından biri de iletişim alanında olmuştur. Özellikle yazılı metin ve belgelerin elektronik ortamdan sunulmasına imkan sağlamış olan elektronik posta kullanımı, iş yaşamından gündelik yaşama oldukça yaygınlaşmıştır. İletişimin elektronikleşmesi ve işlemlerin elektronik ortamda yapılabilmesi ile birlikte ciddi düzeyde zaman, kağıt ve arşiv kazancı, maliyetin azalması, resmi ve ticari işlemlerin daha hızlı yapılabilmesi, ticari faaliyetlerin daha verimli yürütülmesi, çevrenin korunması gibi faydalar sağlanmıştır. Bu avantajlarından ötürü elektronik iletişimin bir çeşidi olan elektronik posta kullanımı giderek yaygınlaşmış olsa da diğer yandan elektronik posta, özellikle postanın iletimi, güvenliği ve postalara erişim gibi belli başlı konularda ciddi problemler de içermektedir. Ne var ki zamanla bu aksaklıkların tamamını gideren bir posta sistemi, Kayıtlı Elektronik Posta (bundan sonra KEP) geliştirilmiştir.

Bugün gündelik yaşam ve iş yaşamına bakıldığında KEP kullanımı artmakta ve gerek kurumlar arasında gerekse de kurum ve kişiler arasındaki kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır. Ancak büyük fayda sağlanabilecek oldukça önemli bazı alanlarda henüz bu teknolojinin kullanılmadığı görülmektedir. Bunların başında gelen alanlardan biri de İş Hukukuna ilişkin işveren ve işçi arasındaki iletme ve bildirimlerin yapılış şeklidir. İş Hukukuna ilişkin işveren ve işçi arasındaki iletme ve bildirimler halen fiziken yapılmaktadır. Henüz bu alanda KEP neredeyse hiç uygulamaya geçmemiştir. Bu sebeple aslında çok daha kolay yürütülebilecek ilgili işlemler daha fazla maliyetle, uzun sürede ve daha fazla emek gerektiren şekilde yürütülmektedir. Bu bağlamda makalemizde, özellikle fiziki şekilde yapılan iletme ve bildirimlerdeki kayıtların doğruluğu, arşivleme ve iletinin düzgün ve hiç yapılmadığı veya tüm bu işlemlerin ne zaman yapıldığı vb. kaynaklı uyuşmazlıkların KEP sayesinde büyük oranda önüne geçilebileceğine değinilecektir. Makalede, ilgili iletme ve bildirimlerin KEP vasıtasıyla yapılması sonucu iş ilişkileri alanında pek çok açıdan önemli avantajlar elde edilebileceği gösterilecek ve tüm bu sürecin hukuki alt yapısı incelenecektir.

I. KAYITLI ELEKTRONİK POSTA (KEP)

A. Tanım

Kayıtlı elektronik posta (KEP), standart elektronik postanın (bundan sonra SEP) eksikliklerini ortadan kaldıran, yasal olarak geçerli ve teknik olarak güvenli elektronik posta olarak tanımlanmaktadır.¹

KEP, elektronik posta teknoloji altyapısını kullanmakla birlikte SEP'ten farklı ve ilave olarak elektronik postanın;

- Göndericisi görünen kişi/kuruluş tarafından gönderilip gönderilmediği,
- Alıcıya ulaşım ulaşıldığı ve ne zaman ulaştığı,
- Alıcısı tarafından okunup okunmadığı ve
- İhtiyaç duyulması halinde elektronik postaya yeniden erişilebilmesi

ile ilgili delil hizmetlerini sunan bir sistemdir.²

Diğer yandan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 4/1-i maddesinde KEP: "*Elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şekli*" olarak tanımlanmıştır.³

KEP'e ilişkin tanımlar yapılmış olsa da KEP' in daha net anlaşılması için ayrıca KEP ile ilgili olan diğer birkaç önemli ve temel kavrama daha değinilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle elektronik postanın (bundan sonra e-posta) tanımı gereklidir.

E-posta, en basit açıklamayla internet üzerinden gönderilen bir dijital mektuptur. Daha geniş ifadeyle e-posta, bir ağ üzerinden belirli bir kişiye veya bir grup kişiye gönderilen, metin, dosya, resim ve diğer ekleri içerebilen bir elektronik mesajdır.⁴

Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (bundan sonra KEPSİEY) 4. maddesinde KEP kavramına ilişkin diğer önemli kavramların

¹ 'KEP Nedir? (PTTKep)' <<https://pttkep.gov.tr/neden-kep/>> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2022; Asaf Varol, 'KAYITLI ELEKTRONİK POSTA (KEP) VE E-TEBLİGAT' (Günüşiği Gazetesi, 2014) <<https://www.gunusigazetesi.net/kayitli-elektronik-posta-kep-ve-e-tebligat-makale.6834.html>> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2022

² 'KEP'e İlişkin Sıkça Sorulan Sorular' (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2017) <<https://www.btk.gov.tr/kep-e-iliskin-sikca-sorulan-sorular>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2022

³ Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG. 25.08.2011, S. 28036

⁴ Benzer yönde tanım için bakınız <<https://turk.net/blog/e-posta-nedir-nasil-kullanilir/>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2022; <<https://uzmanposta.com/blog/e-posta-nedir/>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2022

doğrudan tanımlarına yer verilmiştir. Bu kavramlara da değinmek KEP'in anlaşılabilirliğini daha güçlü kılacaktır.

Elektronik imza, bu kavramlardan biridir. KEPSİEY'de elektronik imza, *başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri* olarak tanımlanmaktadır.

Bir başka ifadeyle elektronik imza; harf, karakter veya sembollerden oluşan, bir bilginin üçüncü tarafların erişimine kapalı bir ortamda, bütünlüğü bozulmadan (bilgiyi ileten tarafın oluşturduğu orijinal haliyle) ve tarafların kimlikleri doğrulanarak iletilen elektronik veya benzeri araçlar olarak tanımlanabilir.⁵

Bir ilgili kavram da **güvenli elektronik imzadır**. KEPSİEY'de tanım doğrudan yapılmamış ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa gönderme yapılarak *15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun⁶ 4 üncü maddesinde tanımlanan elektronik imzayı ifade etmektedir* denmiştir. Kanuna göre güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olup sadece imza sahibinin sahip olduğu özel bir araç ile oluşturulan ve imza sahibinin kimliğinin saptanmasını ve imzalanmış elektronik veride sonradan her hangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan bir tür elektronik imzadır.

Bir ilgili kavram da **kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcısıdır** (bundan sonra KEPHS). Yönetmelikte KEPHS, *“13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamındaki yetkilendirme çerçevesinde KEP sistemi kurmak ve işletmek için kurulan anonim şirket ile başvuru yapması ve gerekli koşulları sağlaması hâlinde 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun hükümlerine göre elektronik ortamda tebligat yapmaya yetkili kılınmış idareyi”* tanımlanmaktadır.

KEPSİEY hükmünde ifade edilen idare, KEP'e ilişkin hizmet sağlayıcıdır ve bir elektronik iletişim platformu sunmaktadır. Bir diğer deyişle KEPHS, elektronik olarak posta yoluyla iletişim kurmakta olan taraflar arasında ilgili e-posta iletişimine ilişkin hizmet sunan güvenilir üçüncü taraf niteliğindedir. Ancak her isteyen doğrudan bu nitelikte bir hizmet sağlayıcı olamayıp KEPSİEY'in 6. maddesi gereği öncelikle KEPHS olmak isteyenler bu yöndeki taleplerini yönetmelikte belirtilmiş olan belgeler ile Kuruma sunmaları gerekmektedir. Sonrasında, sunulan belgelerde eksikliğin bulunmaması veya giderilmesi halinde başvuru

⁵ 'E-İmza Nedir?' (Türkiye Barolar Birliği, 2013) <<https://e-imza.barobirlik.org.tr/E-imza-Nedir>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2022

⁶ Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.1.2004, RG. 23.1.2004, S. 25355

Kurumca⁷ kabul edilir. Bugün ülkemizde, Kurumdan onay alarak KEPHS sıfatını almış 8 sağlayıcı⁸ bulunmaktadır.⁹

KEPHS, Yönetmelik'in 16. maddesinde düzenlenmiş olan yükümlülük ve görevleri bağlamında, kayıtlı elektronik posta sisteminde gönderilen ve alınan e-postaların bu sağlayıcılar üzerinden geçmesi ve işletilmesini, kısaca ilgili yükümlülükleri bağlamında KEP iletişiminin güvenle gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

KEP'e ilişkin bir ilgili kavram da **KEP delilidir**. Yönetmelikte KEP delili, "*belirli bir işlemin belirli bir zamanda meydana geldiğini gösteren, KEP sisteminde üretilen ve KEPHS'nin işlem sertifikası ile imzalanmış veri*" olarak tanımlanmaktadır.

Bir diğer kavram **KEP hesabıdır**. Yönetmelikte KEP hesabı, "*orijinal ileti gönderme ve alma ile KEP iletisi alma yeteneğine sahip KEP sisteminde oluşturulan elektronik posta hesabı*" olarak tanımlanmaktadır.

Bir ilgili kavram da **zaman damgasıdır**. KEPSİEY'de kavramın tanımı doğrudan yapılmamış ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'na gönderme yapılarak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 3 üncü maddesinde tanımlanan zaman damgasını ifade eder, denmiştir. İlgili Kanuna göre zaman damgası, "*bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve / veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıdır.*"

Değineceğimiz son kavram **KEP sistemidir**. Yönetmelikte KEP sistemi, "*elektronik iletişim platformları aracılığıyla gerçekleşen, gönderildi ve alındı onayları da dâhil olmak üzere KEP iletilerinin tüm süreçlerine ilişkin olarak KEP delili oluşturulması, güvenli bir şekilde kimlik tespiti yapılması, KEP hesabı, KEP rehberi ve arşiv hizmetleri verilmesi gibi işlemlere sahip sistem*" olarak tanımlanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarımız bağlamında Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi İle İlgili Süreçlere Ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ'i de göz önüne alarak KEP sisteminin işleyişini şu şekilde özetleyebiliriz: "Öncelikle gönderici, yazmış olduğu mesajı güvenli elektronik imza

⁷ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

⁸ Bu sağlayıcıların listesi: "[Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş.](#), [TNB Bilişim Teknolojileri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi](#), [TÜRKKEP Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılığı ve Ticaret A.Ş.](#), [INTERTECH Bilgi İşlem ve Pazarlama Ticaret A.Ş.](#), [EFINANS Elektronik Ticaret Ve Bilişim Hizmetleri A.Ş.](#), [KEPKUR Yazılım Bilişim Kayıtlı Elektronik Posta Hizmetleri Sanayi Ve Ticaret A. Ş.](#), [F.I.T. Bilgi İşlem Sistemleri Servisleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.](#) ve [Mikro Yazılımevi Yazılım Hizmetleri Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş.](#)" şeklindedir.

⁹ 'Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılar' (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2017) <[Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılar - Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu](#)> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2022

ile imzalayıp KEPHS'e KEP hesabı ile gönderir. KEPHS'e gelen iletinin göndericisine ilişkin kullanıcı kimlik bilgi doğrulaması ve güvenlik kontrolü yapılır. Sonrasında kullanıcıdan gelen mesaj, işlem sertifikası ile imzalı ve zaman damgalı olarak alındısı yapılır. Alınan mesaj KEPHS tarafından işlem sertifikası ile imzalanır ve zaman damgası kullanılarak gönderimi gerçekleştirilir. Eğer alıcı göndericiden farklı bir KEPHS ile anlaşmış ise gönderim alıcının anlaşmış olduğu KEPHS'e yapılır. Sonrasında işlem sertifikasından gönderim yapan KEPHS'i, doğrulama ve güvenlik kontrolleri gerçekleştirilir ve KEPHS'e gönderinin alındığına ilişkin işlem sertifikası ile imzalı ve zaman damgalı onay alındısı yapılır. Bu işlemler sonrasında gönderi, alıcının KEP adresine iletilir, elektronik imza doğrulama ve okuma gerçekleşir ve KEPHS'e teslim alındısı iletilerek iletişim tamamlanmış olur."¹⁰

Çalışmamızın bu kısmına kadar ilgili kavramları da inceleyerek KEP kavramı ve sisteminin işleyişi hakkında bir inceleme yapılmıştır. Çalışmamızın sonraki bölümünde ise KEP'in gelişimi ve kullanıcılarına sağlamakta olduğu fayda ve avantajlar incelenecektir.

B. KEP'in Gelişimi Ve Kullanıcılara Sunduğu Fayda Ve Avantajlar

Teknolojinin gelişmesi ve yaygınlaşması ile gittikçe dijitalleşen dünyada, her alanda olduğu gibi iletişimde de teknolojiye faydalanılmış ve elektronik iletişim gelişim göstermiştir. İletişimde yaşanan teknolojik gelişmeler ile elektronik posta kullanımı da oldukça yaygınlaşmıştır. İletişim ve işlemlerin elektronik ortamda yapılabilmesi ile birlikte ciddi düzeyde bir zaman ve arşiv kazancı, maliyetlerin azalması, çevrenin korunması, resmi ve ticari işlemlerin hızlanması ve daha verimli yürütülmesi gibi faydalar sağlanmıştır.

Diğer yandan elektronik iletişimin bir çeşidi olan elektronik posta kullanımı giderek yaygınlaşmış olsa da elektronik postada özellikle postanın iletimi, güvenliği ve postalara erişim gibi belli başlı konularda problemler yaşanmaktadır.

Örneğin herhangi bir kişi istediği zaman herhangi başka bir kişi için posta düzenleyip bu kişinin adresine bunu rahatlıkla iletebilse de bu e-postanın, ilgili kişiye ulaştığından ve söz konusu kişinin bu e-postaya erişmiş olduğundan emin olunamamaktadır. Buna ek olarak gönderilerin iletilme zamanının belirlenip belirlenmediği konusunda da bir takım tereddütler yaşanmaktadır. Zira e-posta zaman bilgisi, gönderi yapılan bilgisayarın zaman ayarlarına bağlıdır ki bu durum ihtilafli durumlarda zaman için hukuki delil değerini düşürür. Aynı

¹⁰ 'KEP Nedir?' <<https://pttkep.gov.tr/neden-kep/>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2022; 'Kayıtlı Elektronik Posta Uygulama Esasları' <<https://pttkep.gov.tr/wp-content/uploads/2019/02/KEPUE.pdf>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2022

zamanda ilgili postanın içeriğinin veya iletim zaman ve yerinin, bir 3. Taraf müdahalesi ile değiştirilip değiştirilemeyeceğinin bir garantisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanuni açıdan sınırlı sayıda ve sınırlı özellikte delil barındırır. Ayrıca standart e-postaların içerikleri kolaylıkla değiştirilebilir. Diğer yandan risk içeren bu alanlarda bir ihtilaf çıkması halinde ilgili durumlara ilişkin e-posta ispat sorumluluğu göndericiye aittir.¹¹

Neticede standart elektronik postalarda yaşanan bu problemler nedeniyle uygulamada aksaklıklar çıkmış ve ilgili aksaklıkları giderecek yeni bir posta sistemine çalışılmıştır. Çalışmalar neticesinde SEP sisteminden ayrı olarak yukarıda saymış olduğumuz aksaklıkların tamamını gideren bir e-posta sistemi, Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) geliştirilmiştir. KEP'in kullanılmaya başlanmasıyla ilgili aksaklıklar son bulmuş ve etkili bir iletişim ve bildirim ağına kavuşulmuştur. Zira KEP, elektronik imza ve zaman damgası kullanılması sayesinde gönderici teyidi, alıcı teyidi, içeriğin değişmediği teyidi, gönderim ve alım zamanlarının ispatını sağlamaktadır. Ayrıca KEP, standart elektronik postaya ek olarak elektronik postanın göndericisi görünen kişi/kuruluş tarafından gönderilip gönderilmediği, alıcıya ulaşmış olup olmadığı ve ne zaman ulaştığı, alıcısı tarafından okunup okunmadığı ve ihtiyaç duyulması halinde elektronik postaya yeniden erişilebilmesi ile ilgili delil hizmetlerini de sunmaktadır.¹²

Özetle KEP sistemi ile standart elektronik posta sisteminde yaşanan tüm problemler giderilmiş ve böylece postaların içeriğinin korunmasına, iletim hareketlerinin doğru şekilde kayıt altına alınmasına ve bu verilerin güvenle saklanmasına ilişkin güvence veren bir elektronik iletişim sistemi kullanılmaya başlanmıştır. Bugün sosyal hayat ve iş yaşamına bakıldığında KEP kullanımı giderek artmakta ve gerek kurumlar arasında gerekse de kurum ve kişiler arasındaki kullanımı gittikçe yaygınlaşmaktadır.

C. KEP'in Yasal Dayanak Ve Çerçevesi

Ülkemizde KEP Sistemi, 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹³ ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından 25 Ağustos 2011 tarihli ve 28036 sayılı Resmi gazetede yayımlanan Yönetmelik ile yürürlüğe girmiştir.

KEP'in düzenlendiği ilgili yönetmelik Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'tir. Yönetmeliğin 3. maddesine göre bu yönetmelik 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1525. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Bu

¹¹ 'KEP Nedir? (PTTKep)' <<https://pttkep.gov.tr/neden-kep/>> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2022

¹² 'KEP Nedir? (PTTKep)' <<https://pttkep.gov.tr/neden-kep/>> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2022

¹³ İlgili Kanun maddeleri: 18/3. ve 1525

maddeye göre “(1) tarafların açıkça anlaşmaları ve 18 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağruları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder.

(2) Kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarına, kayıtlı posta adresine sahip gerçek kişilere, işletmelere ve şirketlere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından bir yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren beş ay içinde yayımlanır.”¹⁴

Bu madde gereği düzenlenmiş olan yönetmelik, yukarıda bahsetmiş olduğumuz Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliktir. Yönetmeliğin amacı yönetmeliğin 1. maddesine göre “*kayıtlı elektronik posta sisteminin hukukî ve teknik yönleri ile işleyişine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*” Yönetmeliğin kapsamı ise 2. maddeye¹⁵ göre KEP sistemine, bu sistemdeki işlemler ve işlemlerin sonuçlarına, KEP adresine sahip gerçek ve tüzel kişilere, KEPHS’nin hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetimlerine ilişkin usul ve esasları kapsar.

KEP sisteminin hangi amaç ve ne şekilde kullanılacağı Yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre KEP sistemi, bir elektronik iletinin tarafları veya muhatapları arasında KEP hesabı vasıtasıyla hukukî ve teknik güvenliğe sahip bir şekilde gönderilip alınmasını sağlamak ve güvenli iletişimde bulunmak gibi amaçlarla kullanılır.

Diğer yandan elektronik posta sistemi ile yapılacak işlemler gönderi iletilmesi ve alınmasıyla sınırlı olmayıp ayrıca elektronik belgelerin saklanması ve korunması, ilgili her türlü işlemin zaman damgası ile kayıt altına alınması gibi işlemlerin de yapılmasını mümkün kılmaktadır. Nitekim bu husus doğrudan yönetmelik ile de vurgulanmış ve “Kayıtlı elektronik posta sisteminde yapılabilecek diğer işlemler” başlığı altında 14. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*KEPHS, KEP sistemi içerisinde bir elektronik iletinin gönderilmesi ve alınması*

¹⁴ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG. 14.2.2011, S. 27846

¹⁵ Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, madde 2: “*Bu Yönetmelik; kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bu işlemlerin sonuçlarına, kayıtlı elektronik posta adresine sahip gerçek ve tüzel kişilere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetimlerine ilişkin usul ve esasları kapsar.*”

dışında elektronik belgelerin saklanması, güvenli iletişim ve elektronik ortamda güvenilir üçüncü taraf hizmetleri gibi katma değerli hizmetler sunabilir.

Yönetmeliğin devam eden maddesinde, KEP sistemi ile yapılan işlemlerin hukuki nitelik ve sonuçları düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 15. maddesine göre “*KEPHS'nin KEP sistemi üzerinden sunduğu hizmetlere ilişkin olarak oluşturduğu kayıtlar ile KEP delilleri senet hükmündedir ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılır.*”

Yani ilgili hükmün düzenlemesi ile SEP sisteminden tamamen farklı şekilde, KEP sistemi ile yapılabilmekte olan bir elektronik iletinin gönderilmesi ve alınmasına, elektronik belgelerin saklanması ve korunmasına, ilgili her işlemin zaman damgası ile kayıt altına alınmasına ilişkin tüm kayıtlar senet hükmündedir ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir.

Diğer yandan KEP sisteminin delil değerine, kanunda değil de bir yönetmelikte yer verilmiş olması KEP'in delil niteliğinin hukuki geçerliliği hakkında bir şüphe uyandırabilir. Ancak ilgili kanun olan Türk Ticaret Kanunu'nda ilgili yönetmelik hükmünün aksini düzenleyen veya sınırlayan bir hüküm olmaması ve yine aynı Kanunun 1525. maddesinde KEP ile yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarının doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından bir yönetmelikle düzenleneceğinin ifade edilmiş olması bu yöndeki şüpheleri gidermektedir.¹⁶

Özetle KEP sistemi kullanılarak yapılmış olan işlemler ve işlemlere ilişkin tüm kayıtlar, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Dolayısıyla KEP vasıtası ile yapılan işlemler hukuken geçerliliği olan işlemlerdir. Ancak KEP'in düzenlendiği yönetmelik, Türk Ticaret Kanunu'na dayanmakta olup ilgili düzenlemeler esasında tacirler veya ticari işler için öngörülmüştür denebilir.

Dolayısıyla çalışmamızın asıl konusunu oluşturan işveren ile işçi arasındaki bildirimlerin ve iletilmesi gereken belgelerin KEP vasıtasıyla gerçekleştirilebileceğine dair yasal çerçeve ayrıca incelenmelidir. Ancak bugün Türk Mevzuatında, işveren ile işçi arasındaki bildirimlerin

¹⁶ KEP'e ilişkin incelediğimiz Kanun ve Yönetmelik haricinde doğrudan KEP'e ilişkin mevcut olan iki yasal düzenleme daha vardır. KEP sistemine ilişkin teknik hususların düzenlendiği bu yasal düzenlemeler Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi İle İlgili Süreçlere Ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ (Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi İle İlgili Süreçlere Ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ, RG 25.08.2011/28036.) ve Kayıtlı Elektronik Posta Rehberi Ve Kayıtlı Elektronik Posta Hesabı Adreslerine İlişkin Tebliğdir (Kayıtlı Elektronik Posta Rehberi Ve Kayıtlı Elektronik Posta Hesabı Adreslerine İlişkin Tebliğ, RG 03.07.2021, S. 31530.). İlgili Tebliğler teknik hususlarda olduğu için çalışmamızda ayrıca incelenmemiştir.

ve belge iletimlerinin KEP vasıtasıyla yapılabileceğine dair açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden işçi ve işveren arasında ve özellikle işverenin işçisine yapmakla yükümlü olduğu bildirimleri ve iletmekle yükümlü olduğu belgeleri KEP üzerinden yapmasının, işvereni yükümlülüklerinden kurtarıp kurtarmayacağı yasal olarak net değildir. Yahut ileriki bir süreçte işveren ile işçi arasında yaşanan bir uyuşmazlığın yargı önüne taşınması halinde, KEP üzerinden yapılmış olan işlemlerin ve ilgili kayıtların KEPSİEY'in 15. maddesinde düzenlenmiş olduğu üzere kesin delil olarak mahkemeye sunulup sunulamayacağı da yasal olarak net değildir.

Yasa hükümlerinin net olmadığı bu gibi durumlarda hukukta yorum söz konusu olmaktadır. Türk hukuk sisteminde hukuki yorumlar arasında önemli bir rol oynayan ve özellikle uygulamada asıl olarak takip edilen yorum, mahkemelerce yapılan yorumlardır. Bu durumda ilgili konudaki mahkeme kararlarının incelenerek KEP'e ilişkin vuku bulmuş uyuşmazlıkların ve bu uyuşmazlıkların nasıl ve mahkemelerce ne şekilde yorumlarla çözümlenmiş olduğunun analizi gerekmektedir. Bu bağlamda sıradaki başlıkta KEP kavramının yer bulduğu Yüksek Mahkeme kararları değerlendirilecektir.

D. KEP Uygulamasına İlişkin Yargı Kararları

KEP kavramının geçtiği ve ulaşabildiğimiz tüm Yüksek Mahkeme Kararları incelenmiş, bu kararlardaki KEP'e yapılmış olan atıflar bağlamında iş ilişkisindeki bildirimlerin de KEP ile yapılabilip yapılamayacağı yorumuna ulaşılmaya çalışılmıştır.¹⁷ Bu çerçevede, KEP'e ilişkin ulaşabildiğimiz altmışa yakın Yüksek Mahkeme Kararı detaylıca ele alınmıştır.^{18 19}

Yargı kararları incelendiğinde, KEP'e ilişkin kararların belli başlı konularda ortaya çıktığı görülmektedir. Bu konulardan biri, **KEP adresinin bildirilmemesi veya aktifleştirilmemesinden dolayı hükmedilen idari cezalar hakkındadır.**

¹⁷ Çalışmamızda, doğrudan iş ilişkisindeki bildirimleri ilgilendirmemekle birlikte KEP'in diğer hukuk alanlarındaki kullanımına ışık tuttuğu ve KEP ve hukuk bağıny aydınlatığı için farklı yargılama konularında geçen bazı KEP atıflarına da yer verilmiştir. Bu sayede KEP'in hukuk alanında daha anlaşılır olabileceği ve bunun da iş ilişkisindeki bildirimlerin KEP ile yapılması konusuna katkı sağlayabileceği düşünülmüştür.

¹⁸ Yargıtay Karar Arama ve bir mevzuat ve içtihat programı olan Sinerji Hukuk Yazılımlarındaki tüm kararlar taranmış ve bunlardan KEP'e ilişkin olan 60 adet Yüksek Mahkeme kararına ulaşılmıştır. Bu kararlardan Yargıtay Ceza Daireleri ve Genel Kurulu kararları olan toplam 6 tane karar hariç geriye kalan 54 kararın her biri tek tek incelenmiştir. Yargıtay'ın Ceza Daireleri ve Ceza Genel Kurulu kararları ise ceza yargılamasına ilişkin ve genel hatları ile belgede sahtecilik suçunun tipine ilişkin incelemeler içerdiği için çalışmamızın kapsamına, konumuzun sınırlarının aşılması için dahil edilmemiştir. Bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2022;

¹⁹ Yar. 11. CD, E. 2019/887 K. 2021/5243, 14.06.2021; Yar. 11. CD, E. 2018/6275 K. 2021/2806, 18.03.2021; Yar. 11. CD, E. 2018/6165 K. 2021/2805, 18.03.2021; Yar. CGK, E. 2019/353 K. 2020/367, 22.09.2020; Yar. 11. CD, E. 2018/4004 K. 2019/2115, 28.02.2019; Yar. 5. CD, E. 2018/14158 K. 2019/1102, 30.01.2019

Kanun koyucu, bazı kanunlarda ilgililerin KEP adresini bildirmesini zorunlu tutmuş ve aksi halde yaptırım öngörmüştür. Örneğin KEP adresi bildirimini zorunlu tutulduğu kanunlardan biri olan 3213 sayılı Maden Kanununun²⁰ KEP hükmüne ilişkin ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta Danıştay, KEP adresini idareye bildirmeyen şirkete idari para cezası uygulamıştır.²¹

Kararlarda ön plana çıkan bir diğer konu, dava konusu ihbarnamelerin şirketin KEP adresine tebliğ edilip edilmediği veya başkasına ait bir adrese tebliğ edilip edilmediği veya hiç tebliğ edilip edilmediği hakkındadır.

Yüksek Mahkeme, kurumlarca şirketlere yapılan bildirimlerin, şirketler tarafından yasal zorunluluk gereği ilgili kurumlara bildirilmiş olan KEP adreslerine yapılması gerektiği yönünde içtihat geliştirmiştir.²²

Ön plana çıkan bir diğer konu, **6102 sayılı TTK'nın 18/3. maddesine yapılan atıflardır.** Yüksek Mahkeme, tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerektiği aksi halde bildirim geçersiz olacağı yönünde içtihat geliştirmiştir.²³

Bir diğer konu da **Tebliğat Kanununda sayılmamış kişiler için KEP adresi üzerinden tebliğat yapılmasına zorunluluk getirilip getirilemeyeceği hakkındadır.**

7201 sayılı Tebliğat Kanununun 7/a maddesinde, elektronik yolla tebliğat yapılacak gerçek ve tüzel kişiler sayılmıştır.²⁴ Ancak bazen uygulamada, kanunda sayılan bu kişiler

²⁰ Maden Kanunu, Kanun Numarası: 3213, Kabul Tarihi: 4.6.1985, RG. 15.6.1985, S. 18785

²¹ Dan. 8. D, E. 2020/5371 K. 2022/751, 11.02.2022. Ayrıca bakınız Dan. 8. D, E. 2021/2408 K. 2022/888, 16.02.2022; Dan. 8. D, E. 2016/11812 K. 2022/65, 19.01.2022; Dan. 8. D, E. 2021/811 K. 2021/5940, 02.12.2021; AYM Genel Kurulu, E. 2019/47 K. 2021/16, 04.03.2021; Dan. 13. D, E. 2021/343 K. 2021/1024, 23.03.2021; Dan. 13. D, E. 2020/985 K. 2021/1023, 23.03.2021

²² Dan. 9. D, E. 2020/5311 K. 2021/6370, 13.12.2021; Dan. 13. D, E. 2020/3767 K. 2021/4208, 08.12.2021; Dan. 8. D, E. 2021/1601 K. 2021/5307, 12.11.2021; Dan. 13. D, E. 2020/2065 K. 2021/3003, 22.09.2021; Dan. 7. D, E. 2021/2461 K. 2021/2933, 23.06.2021; Dan. 13. D, E. 2021/917 K. 2021/1574, 27.04.2021

²³ Yar. 11. HD, E. 2020/3676 K. 2021/1751, 25.02.2021; aynı yönde bir diğer karar: Yar. 3. HD, E. 2019/103 K. 2019/7006, 24.09.2019

²⁴ Tebliğat Kanunu, Kanun Numarası: 7201, Kabul Tarihi: 11/02/1959, RG. 19.02.1959, S. 10139, madde 7/a: Aşağıda belirtilen gerçek ve tüzel kişilere tebliğatın elektronik yolla yapılması zorunludur.

1. 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar.

2. 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahallî idareler.

3. Özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları.

4. Kamu iktisadî teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri.

5. Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar.

6. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları.

7. Kanunla kurulanlar da dahil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri.

haricinde kişiler için de elektronik yolla tebligat zorunlu görülmüştür. Buna ilişkin yargılamaya taşınan bir uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme önemli bir içtihatla bulunmuştur. İlgili uyuşmazlık, Maden Yönetmeliği'nin²⁵ ekindeki Ek-22 Daimi Nezaretçi Talep/Atama Belgesi ile Ek-23 Teknik Eleman Görevlendirme Bildirimine ilişkin düzenlemelerde belirtilen KEP Adresi ibarelerinin iptali istemine ilişkindir.

Davacı, 3213 sayılı Maden Kanunu'nda tebligatların Kayıtlı Elektronik Posta Adresi üzerinden yapılmasına ilişkin herhangi bir zorunluluk getirilmediği, dava konusu düzenleme ile maden sahalarında çalışan daimi nezaretçi ve teknik elemanlardan KEP adresi istenilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Mahkeme, Tebligat Kanunu'nda, elektronik tebligat yapılması zorunlu olan kişilerin belirlenmiş olduğunu ve kural olarak bu kişiler dışında bir kişiye zorunlu kılınmak suretiyle elektronik tebligat yapılamayacağını belirtmiştir. Diğer yandan yasal zemine kavuşmuş özel bir düzenleme olması halinde Tebligat Kanunu'nda sayılmamış olsa dahi ilgili özel kanunda düzenlenmiş olan kişilere elektronik tebligata ilişkin bir zorunluluk getirmenin mümkün olacağını değerlendirmiştir.²⁶ Dolayısıyla eğer tebligat kanununda sayılan haller dışında bir kişiye KEP kullanımı zorunlu kılınmak isteniyorsa buna ilişkin Tebligat Kanunundan ayrı özel nitelikli bir kanuni düzenleme gerekmektedir. Aksi halde KEP kullanımı, Tebligat Kanununda sayılan kişilerden başkasına zorunlu tutulamaz.

İlgili uyuşmazlıklara konu olmamakla birlikte KEP' in kavram olarak yer bulduğu yüksek mahkeme kararları da hatırı sayılır derecededir. Bu kararlar, genel hatları ile farklı kanunları değerlendirirken ilgili kanun hükümlerinde var olan KEP kavramına da değinilen ve genellikle de TTK'nin 18/3. maddesinin bahsedildiği kararlar²⁷ veya 28.02.2018 tarihli ve 7101 sayılı

8. Noterler.

9. Baro levhasına yazılı avukatlar.

10. Sicile kayıtlı arabulucular ve bilirkişiler.

11. İdareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim.

²⁵ Maden Yönetmeliği, RG. 11.12.2022, S. 32040.

²⁶ Dan. 8. D, E 2017/6864 K 2021/6139, 09.12.2021.

²⁷ Yar. 11. HD, E. 2020/1856 K. 2021/1422, 18.02.2021; Yar. 15. HD, E. 2019/3926 K. 2020/2954, 11.11.2020; Yar. 11. HD, E. 2020/3471 K. 2020/4853, 09.11.2020; Yar. 11. HD, E. 2020/2542 K. 2020/4696, 03.11.2020; Dan. 13. D. E. 2020/106 K 2020/2719, 22.10.2020; AYM 1 Bölüm E. 2015/11533 K. 2020, 15.01.2020; Dan. 13. D, E. 2019/1501 K. 2019/2486, 10.07.2019; AYM 1. Bölüm E. 2016/47214 K. 2019, 18.04.2019; AYM GK E. 2018/43 K. 2018/49, 31.05.2018; AYM GK, E. 2018/35 K. 2018/62, 31.05.2018; Yar. 3. HD, E. 2017/7167 K. 2018/3015, 27.03.2018; Yar. 19. HD, E. 2017/4118 K. 2018/635, 14.02.2018; Yar. 19. HD, E. 2016/19104 K. 2017/7133, 19.10.2017; Yar. 19. HD, E. 2016/9828 K. 2017/4953, 14.06.2017; Yar. HGK, E. 2014/861 K. 2016/632, 25.05.2016; Yar. 19. HD, E. 2015/17107 K. 2016/8471, 09.05.2016; Yar. 19. HD, E. 2015/12944 K. 2015/14422, 10.11.2015; Yar. 23. HD, E. 2014/5678 K. 2015/5377, 09.07.2015; Yar. 19. HD, E. 2014/11194 K.

Kanun ile değişik 7201 sayılı Tebligat Kanunu gereğince avukatların KEP adreslerine yapılan tebligatlarda sürenin işlemeye başlaması ve sürelerin kaçırılmasına ilişkin kararlardır.²⁸

KEP' in geçtiği birçok mahkeme kararı bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın asıl konusunu oluşturan işveren ve işçiler arasındaki ileti ve bildirimlerin yapılmasında KEP kullanımına ilişkin hiçbir Yüksek Mahkeme kararı ve Bölge Mahkeme kararı yoktur.²⁹ Dolayısıyla yukarıda değindiğimiz üzere işveren ve işçiler arasındaki ileti ve bildirimlerin yapılmasında KEP kullanımına ilişkin doğrudan bir yasal düzenlemenin olmamasının ötesinde bu yönde bir içtihat da gelişmiş değildir. Dolayısıyla bugün ülkemizde, iş ilişkilerine ilişkin işveren ve işçi arasında ve özellikle işverenlerin işçilerine yapacakları ileti ve bildirimlerin geçersiz olacağı ve hukuki sonuç doğurmayacağı çekinceleri mevcuttur. Bu çekinceler nedeniyle de KEP sisteminin kullanımı yeterli düzeyde gerçekleşmemektedir. Bu ise iş ilişkilerinde, KEP'in yukarıda saymış olduğumuz pek çok avantajından faydalanılamamaya sebep olmakta ve çok önemli faydalardan mahrum kalınmaktadır.

Sıradaki bölümlerde, işveren ile işçi arasındaki ileti ve bildirimlerin doğrudan bir yasal dayanak ve içtihat yokken hukuken geçerli bir şekilde KEP üzerinden yapılabilecek olup olmadığı incelenecek ve bu yöndeki değerlendirmelerimize yer verilecektir. Bu doğrultuda öncelikle işveren ve işçi arasındaki ilgili ileti ve bildirimler incelenip sonrasında bu ileti ve bildirimlerin KEP vasıtası ile hukuken geçerli bir şekilde yapılabiliyor yapılamayacağını inceleyeceğiz.

II. İŞVEREN VE İŞÇİ ARASINDAKİ İLETİ VE BİLDİRİMLER

A. İleti ve Bildirimler Nelerdir?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ileti ile ifade etmek istediğimiz anlam, işverenin düzenlemekle ve işçiye vermekle yükümlü olduğu belgelerin veya işçinin özlük dosyasında

2015/8133, 02.06.2015; Yar. 19. HD, E. 2014/14976 K. 2015/565, 20.01.2015; Yar. 19. HD, E. 2013/5869 K. 2013/9418, 22.05.2013

²⁸ Yar. 10. HD, E. 2021/4998 K. 2021/14169, 15.11.2021; Dan. 8. D, E. 2021/3228 K. 2021/4414, 07.10.2021; Dan. 13. D, E. 2021/1954 K. 2021/2396, 22.06.2021; Yar. 1. HD, E. 2020/2761 K. 2021/3491, 22.06.2021; Yar. 1. HD, E. 2020/2803 K. 2021/3492, 22.06.2021; Yar. HGK, E. 2021/254 K. 2021/550, 18.05.2021; Dan. 3. D, E. 2019/4949 K. 2021/1958, 13.04.2021; Dan. 3. D, E. 2019/7770 K. 2021/1957, 13.04.2021; Dan. 3. D, E. 2020/2009 K. 2021/1676, 31.03.2021; Dan. 8. D, E. 2020/3383 K. 2021/1400, 09.03.2021; Yar. 4. HD, E. 2021/378 K. 2021/887, 01.03.2021; Yar. 4. HD, E. 2020/3924 K. 2021/772, 23.02.2021; Yar. HGK, E. 2020/547 K. 2020/924, 24.11.2020; Yar. HGK, E. 2019/12623 K. 2020/9, 14.01.2020; Dan. 13. D, E. 2019/4078 K. 2019/4605, 25.12.2019

²⁹ Bu konuda ilk derece mahkeme kararları da incelenmeye çalışılmıştır. Ancak bu kararlara ulaşmayı mümkün kılan bir sistemin olmayışı sebebiyle tüm kararların taranması mümkün olamamıştır. İş ilişkisinde bildirimlerin KEP ile yapılması konusundaki uyumsuzluk ve kararlar hakkında Mahkeme kalem ve hakimleri ile yapılabilmemiş sınırlı sayıdaki görüşmelerde ise üst derece mahkeme kararlarında olduğu gibi ilk derece mahkemelerinde de herhangi bir uyumsuzluk veya karara denk gelinmemiştir.

bulunması gerekli belgelerin, sağlık durumuna ilişkin bazı raporlar vb. iş ilişkisine ilişkin belgelerin verilmesi, iletilmesidir. Bu bağlamda aşağıda, ilgili belgelerin neler olduğu ve ilgili hukuki düzenlemeler incelenecektir.

Bildirim kavramı ise çalışmamızda TDK'de tanımlandığı anlamda kullanılmıştır. TDK'ye göre bildirim, bildirme işi, yazılı olarak yapılan açıklama, tebligat olarak tanımlanmaktadır.³⁰ İş hukukunda da TDK'de kullanılan anlama benzer şekilde bildirim, açıklama ve beyan anlamlarında kullanılmaktadır.³¹ İş hukukunda pek çok konuda bildirim söz konusu olabilmektedir. Zira iş hukukunda, kaynağını kanundan, yönetmelikten, iş sözleşmelerinden, toplu iş sözleşmelerinden ve diğer düzenlemelerden alan çok sayıda bildirim yer almaktadır. Bunlar, ücrete konu bildirimler başta olmak üzere özellikle taraflar arasında yapılan fesih ve feshe ilişkin bildirimlerdir.³²

Ücrete ilişkin bildirimler özellikle ücrete ilişkin tutulan ilgili belgelerin işçiye verilmesi, iletilmesi yoluyla gerçekleştirilir. Feshe ilişkin bildirimler ise gerek fesih iradesinin doğrudan sözel olarak bildirilmek suretiyle gerek bu yönde bir ihtar şeklinde gerekse de sözleşmenin feshedildiğine işaret eden bir eylem gerçekleştirmek suretiyle yapılmaktadır.³³ Bununla birlikte iş hukukunda bildirimler bunlardan çok daha fazla çeşittir. Ancak çalışmamızın kapsamını aşmamak için ilgili ileti ve bildirimlere genel hatları ile değinilecektir. Yine de bu ileti ve bildirimlerden uygulamada sıklıkla karşılaşılmakta olan ve bunların KEP vasıtasıyla yapılması halinde iş ilişkilerinde ve özellikle işverenler lehine büyük fayda ve kolaylıklar sağlayacak olan ücrete ilişkin belgelerin iletimi ve bildirimine biraz daha yoğunluk verilmiştir.

1. Ücrete İlişkin Belgelerin İletimi ve Bildirilmesi

a. Ücrete İlişkin Belgelerin Kapsamı

Türk Hukuk sisteminde içtihat ve mevzuat bağlamında işverenin, farklı kanunlarda düzenlenmiş olan işçinin ücret verilerine ilişkin bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. İlgili düzenlemeler, İş Kanunu 137. maddede “Ücret Hesap Pusulası”, 5510 sayılı Kanun 120/(e)-5.

³⁰ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 22 Temmuz 2022

³¹ Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, (1.Baskı, Yetkin Yayınları 2011) 475; K. Ahmet Sevimli, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, (1. Baskı, Beta Yayınları 2019) 89

³² Muhittin Astarlı, ‘İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar’, (2009) 3 (23) Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 963, 978

³³ Baycık, (n 31) 329- 335

maddede “Aylık Ücret Tediye Bordrosu” ve Vergi Usul Kanunu 238. maddede ise “Ücret Bordrosu” şeklindedir.

İş ilişkilerinin temel unsurlarından biri, işverenin işçiye çalışmasının karşılığı olan ücreti ödeme borcudur.³⁴ Haliyle iş ilişkilerine ilişkin işçilere yapılacak bildirimler arasında ücrete ilişkin bildirimler önemli bir yere sahiptir. Ayrıca bugün uygulamaya baktığımızda iş uyuşmazlıklarının büyük bir kısmı ücret ve diğer mali-sosyal hakların ödenip ödenmemesi hususunda vuku bulmaktadır. Bu gibi durumlardan dolayı yukarıda bahsetmiş olduğumuz ücret hesap pusulaları, ödeme bordroları ve bunlara ilişkin bildirimler işveren ve işçiyi yakından ilgilendiren ve sıklıkla karşı karşıya kaldıkları konulardandır. Dolayısıyla çalışmamızın amacı bağlamında ilgili belgeler oldukça önem arz etmektedir.

aa. İş Kanunu’nda Düzenlenmiş Olan Ücrete İlişkin Belgeler ve İşverenin Bildirim Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanununun 37. maddesinde, ücret hesap pusulası başlığı altında işverenin işçiye, işçinin ücret hesabını gösterir ve belli unsurlara sahip bir pusula vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise pusulanın içeriği düzenlenmiştir. Buna göre “*bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir.*”³⁵

Hükümde açıkça düzenlendiği üzere işveren işçiye, belirli bir dönemde (günlük, haftalık, aylık vb.) kalem kalem ödenen ücreti ve yapılan her çeşit kesintileri ayrı ayrı gösteren imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır.

Ücret hesap pusulasına ilişkin İş Kanunundaki bir diğer düzenleme 52. maddedir. Bu hüküm ile getirilen özel düzenlemeye göre yüzde usulünün uygulandığı iş yerlerinde işveren, doğrudan her işçiye bildirim ile yükümlü olmayıp işçilerin kendi aralarında seçecekleri bir temsilciye bildirim ile yükümlüdür. Dolayısıyla yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde

³⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, (23. Baskı, Beta Yayınları 2023) 375; M. Kemal Oğuzman, ‘Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1955) s. 41; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canpolat, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayınları 2023) 333; Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2005) 258; Baycık, (n 31) 231; Ahmet Terzioğlu, ‘İş Hukukunda İşverenin Borcu Olarak Ücret’, (2019) 18 (72) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 1934, 1934; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta Yayınları 2014) 358; Yar. 9. HD, E. 2016/2014 K. 2019/11635, , 21.5.2019

³⁵ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG. 10.6.2003, S. 25134

işverenin, işçilerce temsilci olarak seçilmiş olan tek bir kişiye, ilgili pusulayı vermesi ve dolayısıyla bildirmesi yeterlidir.

Ücret hesap pusulasına ilişkin İş Kanunundaki bir diğer düzenleme de “Ücret ile ilgili hükümlere aykırılık” başlığı altında düzenlenmiş olan 102. maddedir. İlgili hüküm ile ücret hesap pusulasına ilişkin hükümlere aykırı hareket eden işverene idari para cezası hükmedileceği düzenlenmiştir.

Özetle ücret hesap pusulasının, hükümlerdeki ilgili kayıtları içerecek şekilde işveren tarafından işyerinin özel işareti ile ya da imzalı olarak işçiye verilmesi zorunludur.

Bununla birlikte pratikte, işçiye verilen ücret hesap pusulalarının işçi tarafından imzalanması uygulaması da vardır. Oysa İş Kanunu gereği işveren, ilgili pusulaları özel logosu ya da imzası ile işçiye vermiş olmakla İş Kanunu bağlamındaki yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Buna rağmen pratikte ücret hesap pusulalarının ayrıca işçiye imzalatılma/işçi tarafından imzalama uygulamasının gözetilmesinin temelinde iki sebep olduğu görülmektedir.

Bunlardan ilki ileride yaşanacak muhtemel bir uyuşmazlık halinde, işçiye ilgili pusulaların teslim edildiğine ilişkin ispat kolaylığının elde edilmeye amaçlanması ve yine aynı şekilde ilgili pusulalardaki kayıtların gerçeğe aykırı olmadığı ve bu vesilesiyle ücrete ilişkin ispat kolaylığının sağlanmaya amaçlanmasıdır. İşçinin ücret hesap pusulasını imzalamasının hukuki sonuçlarına ilişkin bu husus, bölümün son kısmında, “işçi imzalı pusula ve bordrolar” başlığı altında ayrıca incelenecektir. Pusulaların işçiye imzalatılmasının diğer sebebi ise yukarıda bahsetmiş olduğumuz diğer iki kanunda, ilgili ücret pusulaları için işçinin de imzasının bir geçerlilik şartı olarak aranıyor olmasıdır. Aşağıda sırasıyla ilgili kanunların incelemesi yapılacaktır.

bb. 5510 Sayılı Kanun’da Düzenlenmiş Olan Ücrete İlişkin Belge ve İşverenin Bildirim Yükümlülüğü³⁶

İşverenin, işçinin ücret verilerine ilişkin bildirim yükümlülüğüne yönelik bir diğer düzenleme, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun, “Kurumca verilecek idarî para cezaları” başlığı altında düzenlenmiş olan 102/5. maddesidir.

İlgili hükümde, İş Kanunu’nda kullanılan kavram olan “ücret hesap pusulası” yerine “ücret tediye bordrosu” kavramı kullanılmıştır. Kanunun hükmünde, geçerli bir ücret tediye

³⁶ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.5.2006, RG. 16.6.2006, S. 26200

bordrosunun unsurları sayılmış ve sayılan bu unsurlardan herhangi birini içermeyen ücret tediye bordrolarının geçersiz olacağı ve her bir geçersiz bordro için aylık asgari ücretin yarısı tutarında idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir.

İlgili hükümde, ücret tediye bordrosunun, ücretin alınmış olduğuna dair işçi tarafından imzalanmış olması aranmaktadır. Diğer yandan buna ilişkin bir istisna getirilmiştir. Bu istisna, işçi ücret ödemelerinin makbuz mukabilinde veya banka kanalıyla yapılması halinde ücret tediye bordrosunda işçinin imzasının gerekli olmadığı şeklindedir. Yani işveren, işçi ücretlerini makbuz mukabilinde veya banka kanalıyla yapıyorsa ilgili bordroyu işçiye imzalatmak zorunda kalmayıp veya işçi bu bordroyu imzalamak zorunda kalmayıp bordronun bu haliyle ibrazı neticesinde kanuni yükümlülük yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak ücretlerin ödenmesi makbuz mukabilinde veya banka kanalıyla yapılmıyorsa ilgili bordrolarda işçilerin ücretin ödendiğine dair imzalarının bulunması zorunludur. Aksi takdirde kanun hükmünde düzenlenmiş oluşu üzere ilgili ücret tediye bordrosu geçersiz olacak ve her bir geçersiz ücret tediye bordrosu için aylık asgari ücretin yarısı tutarında işveren aleyhine idari para cezası uygulanacaktır.

cc. Vergi Usul Kanununda Düzenlenmiş Olan Ücrete İlişkin Belge ve İşverenin Bildirim Yükümlülüğü

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz ücret tediye bordrosunda olduğu gibi işçinin imzasının şart koşulduğu bir diğer belge de ücret bordrosudur. Ücret bordrosuna ilişkin ilgili düzenleme 213 sayılı Vergi Usul Kanununun, “Ücret Bordrosu” başlığı altında düzenlenmiş olan 238. maddesidir.

Burada da İş Kanunu’nda kullanılan kavram olan “ücret hesap pusulası” ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda kullanılan “ücret tediye bordrosu” kavramlarından farklı bir kavram olarak “ücret bordrosu” kullanılmıştır. Kanunun hükmünde, ücret bordrosu tutma zorunluğu ve istisnaları, geçerli bir ücret bordrosunun unsurları ve tanzim şekilleri düzenlenmiştir.³⁷ Bu hükme uyulmaması halinde ise aynı kanunun 352. maddesinde yaptırımlar düzenlenmiştir.

Vergi Usul Kanunu hükümleri gereği ücret bordrosunun, Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda düzenlenmiş olan ücret tediye bordrosunda olduğu gibi işçinin imzasını veya mührünü içermesi gerekmektedir. Diğer yandan, burada da aynı istisna getirilmiş

³⁷ Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 4.1.1961, RG. 10.1.1961, S. 10730 - 11.1.1961, S. 10704 - 12.1.1961, S. 10705

ve ücret ödemelerinin makbuz mukabilinde yapılması halinde ücret bordrosunda işçinin imzasının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla işveren, işçi ücretlerini makbuz mukabilinde yapmaktaysa ilgili bordroyu işçiye imzalatmak zorunda kalmayıp bu haliyle yapılan ibraz neticesinde yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak bu yöntemi kullanmadan ücretlerin ödeniyor olması halinde ilgili bordrolarda işçilerin ücretin ödendiğine dair imzalarının bulunması zorunludur. Aksi takdirde ilgili ücret bordrosu geçersiz olacak ve hükme aykırılıktan dolayı işveren aleyhine idari para cezası uygulanacaktır.

Özetle işveren, yukarıda izah ettiğimiz üzere işçiye İş Kanunu’nu hükümleri gereği ücret hesap pusulasını vermekle yükümlü olup bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde hakkında idari para cezasına hükmolunmaktadır. Diğer yandan 5510 SK ve Vergi Usul Kanunu gereği kurumlara yapacağı ilgili ileti ve bildirimler için ise yukarıda incelemiş olduğumuz istisna haricinde bordrolarda işçinin de imzası zorunlu unsur olup bordroların geçerliliği için şarttır.

Öte yandan Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelikte³⁸, 21.05.2016 tarihinde yapılan değişiklik ile yukarıda bahsetmiş olduğumuz işçinin imzasının şart olmasına dair istisnai düzenleme - bankalar aracılığıyla veya makbuz karşılığında ödeme yapılması hali- ücret ödemelerine ilişkin bir zorunluluk haline gelmiştir.

Yönetmelikte yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.06.2016 tarihi itibarıyla 5 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri, ücret ve her türlü ücret benzeri ödemelerini bankalar aracılığıyla yapmak zorundadır. Yani hem ücret ödemelerinin bankalar aracılığıyla yapılması ve hem de Ücretin ödendiğine dair bankadan her zaman bir makbuz alınabileceği göz önünde bulundurulduğunda 5510 SK ve Vergi Usul Kanunun’ da düzenlenmiş olan bordroların, işçi imzalı olmaksızın verilmesi artık geçerlidir.

Sonuç olarak Türkiye genelinde 5 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenlerin işçi ücretlerini zorunlu olarak artık bankalar aracılığıyla ödediğine göre bu ücretlere ilişkin düzenledikleri bordroları işçinin imzası olmadan işçiye ve ilgili kurumlara verebilecekler ve buna ilişkin ileti ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmiş olacaklardır. İş Kanunu’nda düzenlenmiş olan ücret hesap pusulası için zaten işçinin imzasına ilişkin bir geçerlilik şartı öngörülmediği için işverenin bunu doğrudan işçiye vermesi ile yine buna ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmiş

³⁸ Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik, RG. 18.11.2008, S. 27058

olacağı açıktır. İlgili bordroların ilgili kurumlara işçiye imzalatılarak verilmesinin zorunlu olduğu tek durum yalnızca işverenin Türkiye genelinde 5'ten az işçi çalıştırması halinde söz konusudur. Buna rağmen 5 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler yine de ilgili pusula ve bordroların işçilerce imzalanmasını gözetmektedir. Sırada bu durumun sebepleri ve hukuki sonuçları incelenecektir.

b. İlgili Belgelerin İşçi İmzalı Olup Olmaması

Gerek ücret hesap pusulasının gerek ücret bordrolarına ilişkin yukarıda izah ettiğimiz banka kanalıyla veya makbuz karşılığında ödeme istisnalarının varlığı halinde, ücret tediye bordrosunun ve ücret bordrosunun işveren tarafından bildirim ve teslimleri işverenin yükümlülüğünü yerine getirmesi için yeterli olup ayrıca işçinin bu belgeleri imzalaması gerekmemektedir. Ancak buna rağmen bugün uygulamada, bu bordroların işçilerce imzalanmış olması gözetilmektedir.

Uygulamada, ücret hesap pusulası ve bordroların işçilerce imzalanmasının istenilme sebepleri aslen bir taraftan İş Kanunu haricinde 5510 sayılı Kanunun ve Vergi Usul Kanunundaki ücret bordroları hükümlerinde işçi imzasının şart koşulmasıyla diğer taraftan ileride yaşanacak muhtemel bir uyuşmazlık halinde, işçiye ilgili pusulaların teslim edildiğine ilişkin ispat kolaylığının elde edilmeye amaçlanması ve ayrıca ilgili pusulalardaki kayıtların gerçeğe aykırı olmadığı ve bu vesilesiyle ücrete ilişkin ispat kolaylığının sağlanmasıdır.

Yeniden hatırlatırız ki işverenin ücrete ilişkin belgeleri işçiye iletme ve bildirme yükümlülüğü ücret hesap pusulası için belgenin salt işçiye verilmesi ile ücret tediye bordrosu ve ücret bordrosu için de işverenin Türkiye genelinde 5 ve daha fazla işçi çalıştırıyor olması halinde yine salt ilgili kurumlara verilmesi ile yerine getirilmektedir. Yani bu durumlar için işçinin imzası zorunlu değildir.

Diğer yandan özellikle yargı önündeki iş uyuşmazlıklarının önemli bir kısmının taraflarca anlaşılmış ücretin veya fazla mesai, hafta tatili, resmi ve ulusal bayram tatillerindeki çalışmalara veya yıllık izin kullanmaksızın yapılan çalışmalara ilişkin ücretlerinin ödenmemesi ya da eksik ödenmesi konularında olduğu göz önüne alındığında, işverenlerin ücret pusula ve bordrolarında işçinin imzasını gözetme kaygıları anlaşılmaktadır. Zira işveren, ücrete ilişkin ilgili hususlarda ileride bir uyuşmazlık yaşanması ve uyuşmazlığın yargı önüne taşınması halinde zamanında işçinin de imzalamış olduğu ücret hesap pusulaları ve bordroları aracılığıyla güçlü bir delil sağlama ve ispat kolaylığı elde etmeyi amaçlamaktadır. Ancak yukarıda incelediğimiz üzere mevzuatta bu yönde bir düzenleme olmadığı için işçi imzalı ücret hesap pusulası ve

bordrolarının hukuki niteliği ve ne gibi sonuçlar doğurduğu mahkeme içtihatları ile şekillenmiştir.

İlgili mahkeme kararları “ücret pusula ve bordrolarının imzasız olması halinde hukuki niteliği” ve “ücret pusula ve bordrolarının imzalı olması halinde hukuki niteliği” şeklinde iki başlık altında incelenmiştir.

aa. Ücret Pusula Ve Bordrolarının İmzasız Olması Halinde Bunların Hukuki Niteliği

Ücrete ilişkin belge niteliğinde olan ücret hesap pusulası ve bordroları aynı zamanda yargı önünde birer delil niteliğinde olabilir. Burada delilin ne olduğu konusu iyi anlaşılmalıdır. Çalışmamızın amacını aşmadan kısaca delili değerlendirdiğimizde delil, en basit tanımıyla bir ispat aracıdır ve bu araca, ileri sürülen bir iddianın doğru olduğuna hakimi ikna etmek için başvurulur. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES’e göre delil, geçmişte ve mahkeme dışında gerçekleşmiş olaya ayna tutan, ilgili vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır.³⁹

Dolayısıyla işçi ve işveren, ücrete ilişkin uyumsuzluklarda ileri sürdükleri iddialara ayna tutabilecek her türlü aracı ispat aracı olarak, yani delil olarak kullanabilir. Bu bağlamda kamera kayıtlarından iş yeri giriş-çıkış kayıtlarına, tanık ifadelerinden parmak izi okuyucu kayıtlarına, mail yazışmalarından banka dekontları, makbuzlar ve puantaj kayıtlarına kadar her türlü araç delil olabileceği gibi ücret pusulası ve bordroları da delil olarak kullanılabilir ve iddiaların ispatını mümkün kılmaktadır.

Neticede hangi delilin gerçeği daha iyi yansıttığına karar verecek olan mahkeme olacaktır. Dolayısıyla ücret hesap pusulaları ve bordrolarının ne derece ispat aracı olarak etki gösterdiği ilgili mahkeme kararlarının incelemesi ile anlaşılacaktır.

Bu bağlamda Yargıtay kararlarından birinde, “... *kıdem tazminatı tutarına ilişkin imzasız ücret bordrosunun yine temyiz aşamasında dosyaya sunulduğu görülmüştür. İbraz edilen bu belgeler itiraz mahiyetinde olup, ödeme belgelerinin hakkı ortadan kaldıran özelliği nedeni ile yargılanmanın her safhasında nazara alınması gerekir. Bu sebeple davacı işçiden, davalının ödemeye ilişkin savunmasına ve sunulan belgeler davacıya gösterilip belgeye karşı diyecekleri sorulmalıdır. Sonucuna göre talep konusu alacaklar yeniden değerlendirilmelidir.*”⁴⁰ demek

³⁹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, (11.Bası, Oniki Levha Yayınları 2023) 372

⁴⁰ Yar. 9. HD, E. 2017/8402 K. 2020/16356, 23.11.2020

suretiyle imzasız ücret bordrosunun belge mahiyetinde olduğu ifade edilmiş, dolayısıyla delil olarak değerlendirilmiş ve yargılamanın her safhasında nazara alınması gerektiği vurgulanmıştır.⁴¹

Diğer yandan bir başka Yargıtay kararında ise, “... dosyaya sunulan imzasız ücret pusulasında brüt ücretin 4.409,48 TL olduğu görülmektedir. Hükme dayanak alınan bilirkişi kök raporunda, davalının ücreti hizmet döküm cetvelinde Aralık 2014 ayındaki kazanç olan 5.053,21 TL kabul edilerek kıdem tazminatı tavanına göre hesaplama yapılmış ise de, davacının ücretine yönelik bu kabul yerinde değildir. Ücreti ispatla mükellef olan taraf davacı taraftır. Davacı taraf tanık deliline başvurmuştur. Mahkemece dinlenen davacı tanıklarının, davacının aylık net ücretinin 3.000,00 TL olduğuna dair beyanda buldukları görülmüştür. Bu miktar çıplak ücrete esas alınmak suretiyle giydirilmiş brüt ücret belirlenerek taleplerin değerlendirilmesi dosya kapsamına uygun düşecektir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde verilen karar hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.”⁴² demek suretiyle imzasız ücret pusulasının delil niteliği vurgulanmış ancak davacı işçinin tanık delili imzasız ücret pusulasından daha muteber bir delil sayılarak bilirkişi raporunun, tanık beyanları dikkate alınarak hazırlanmasının gerektiği değerlendirilmiştir. Diğer bir deyişle mahkeme kararında, ilgili somut uyuşmazlık için imzasız ücret pusulası veya bordroların tanık delili ile aksinin ispat edildiği değerlendirilmiştir.⁴³

İlgili kararlardan anlaşıldığı üzere imzasız ücret bordrolarındaki bilgilerin farklı deliller ile ispatı mümkün olabilmektedir. Bu hususun aynen belirtildiği diğer bir karar da şu şekildedir: “Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi, hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.”⁴⁴

Kısaca ilgili kararlardan da anlaşıldığı üzere imzasız ücret pusula ve bordroları birer delil niteliğindedir. Ancak bu delilin aksi, her türlü delil ile ispat edilebilmektedir. Yani işçi, imzasının olmadığı bordroya ilişkin ücret iddiasını tanık beyanı ve yazılı, görsel, işitsel vb. her türlü delil ile ispat edebilecektir. Bu durumda da işveren, sadece imzasız bordroya dayanarak iddialarını ispatta yetersiz kalacak ve imzasız bordrodaki bilgilerin doğruluğunu başka delillerle ispat etmeye çalışacaktır. Neticede değerlendirme somut olaydan olaya farklılaşacağından her yargılamada, imzasız ücret pusula ve bordroları ile sunulan delillerin karşılıklı ispat gücü özel

⁴¹ Benzer yönde bakınız Yar. 9. HD, E. 2021/1176 K. 2021/5140, 25.02.2021

⁴² Yar. 22. HD, E 2016/27870 K 2020/1315, 23.01.2020

⁴³ Yar. 22. HD, E 2015/8070 K 2016/13189, 03.05.2016

⁴⁴ Yar. 22. HD, E 2013/27146 K 2014/35923, 16.12.2014

olarak değerlendirilecektir. Haliyle işveren açısından ileride yargı önüne taşınacak bir uyuşmazlıkta bordroların imzasız olması iddianın ispatı için tek başına çoğu zaman yeterli olmayacaktır.

bb. Ücret Pusula ve Bordrolarının İmzalı Olması Halinde Bunların Hukuki Niteliği

İmzasız ücret pusula ve bordrolardan farklı olarak Yargıtay, imzalı ücret pusula ve bordrolarını aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğinde olduğunu değerlendirmiş ve eğer işçinin ilgili bir ihtirazi kaydı da yok ise ilgili belgelerin aksinin ispatının yalnızca muadili bir delille yani yazılı delille ispatlanabileceği yönünde içtihat geliştirmiştir.

Yargıtay'ın bir kararında bu durum açıkça ifade edilmiştir: *“Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağıının ödendiği varsayılır.”*⁴⁵

Yukarıdaki karardan anlaşıldığı üzere işçi tarafından imzalanmış bordrolar, işveren lehine bir delil niteliğindedir ve Yargıtay'ın genel içtihadı, imzalı ücret bordrolarının sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğinde olduğu yönündedir.⁴⁶

Dolayısıyla ilgili kararlar ışığında denebilir ki ücret hesap pusulası ve bordrolarındaki işçi imzası, işveren lehine bir karine oluşturmaktadır. İşçinin imzasını taşıyan ücret hesap pusulası, ilgili pusulanın işçi tarafından alındığına, ücret tediye bordrosundaki işçi imzası da ilgili kayıtlar gereği oluşmuş olan ücretlerin işçiye tam olarak ödendiğine ve ayrıca bu pusula ve bordrolarının içerdiği kayıtların doğru olduğu ve gerçeği yansıttığına karine oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay kararlarında bu yönde de değerlendirmeler yapılmıştır. İlgili bir kararda, *“gerçekten, davacının işyerindeki çalışmaları ücret bordrolarına dayanılarak Kuruma bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. İmzalı bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde otuz günün altında geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise, eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla, yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. ... Davalı tarafından imzalı ücret bordrosu ibraz edilen, ancak davacı tarafından aksi yazılı delil sunulamayan söz konusu*

⁴⁵ Yar. 22. HD, E. 2015/8070 K. 2016/13189, 03.05.2016

⁴⁶ Benzer yönde bakınız Yar. 22. HD, E. 2013/27146 K. 2014/35923, 16.12.2014

aylardaki sürenin ücret bordrolarında belirtilen süre kadar olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁷ demek suretiyle işveren lehine karinenin varlığına işaret edilmektedir.

Burada dikkat edilmesi ve değerlendirilmesi gereken bir husus da ücret pusula ve bordrolarının imzalı olması ile birlikte işçinin ihtirazi kayıt koyup koymadığıdır. Zira işçi her ne kadar ücrete ilişkin belgeleri imzalamış olsa da eğer ihtirazi kayıt da koymuşsa ilgili ücret pusula veya bordrolarının aksini her türlü delil ile ispat edebilmektedir. Bu yöndeki bir Yargıtay kararı şöyledir: “İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağıının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir.”⁴⁸

Aynı şekilde bir diğer kararda da “imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağıının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir”⁴⁹ demek suretiyle ücret pusula ve bordrolarındaki kayıtların aksinin işçi tarafından ihtirazi kaydın bulunması halinde her türlü delil ile ispat edilebileceği net olarak ifade edilmektedir.

Özetle ücrete ilişkin kanun ile düzenlenmiş olan belgeler, iş kanunda düzenlenmiş olan ücret hesap pusulası, 5510 SK’ da düzenlenmiş olan ücret tediye bordrosu, Vergi Usul Kanunun’ da düzenlenmiş olan ücret bordrosu şeklindedir. İşveren bu düzenlemeler gereği hem işçiye hem SGK’ ya hem de vergi dairesine ilgili belgeleri bildirmekle yükümlüdür. Doğrudan çalışmamızın konusu olan işçilere bildirim bağlamında ise işveren, iş kanunu gereği işçiye ücret hesap pusulasını bildirmek ve vermekle yükümlüdür. İşverenin yükümlülüğü bu ileti ile sınırlı olmakla birlikte özellikle yukarıda izah etmiş olduğumuz işveren lehine oluşan karineden ötürü işveren, ileride muhtemel bir uyuşmazlıkta faydalanmak için ayrıca bordroları işçiye imzalatmak istemektedir. Bu yüzden işveren açısından ücret hesap pusulasının hem işçiye bildirim ve verilmesi ve hem de imzalatılması oldukça ehemmiyet taşımaktadır. Çalışmamızın konusu işçilere yapılan bildirimlerin KEP vasıtasıyla yapılmasının hukuken mümkün olup olmadığı ve ne gibi sonuçlar doğuracağıdır. Yani iş hukuku açısından KEP ile bildirim hukuki

⁴⁷ Yar. 21. HD, E. 2015/9306 K. 2016/10031, 16.06.2016

⁴⁸ Yar. 22. HD, E. 2017/35870 K. 2017/15910, 04.07.2017

⁴⁹ Yar. 9. HD, E. 2017/9673 K. 2019/20012, 14.11.2019

niteliğinin ne olduğudur. Bu bağlamda ücret hesap pusulasının işçiye KEP vasıtasıyla verilmesi ve ayrıca imzalatılmasının mümkün olup olmadığı ve sonuçları çalışmamızın son bölümünde incelenecektir.

İşçilere ilişkin bildirimler elbette yalnızca ücrete ilişkin belgelerle sınırlı olmayıp farklı konularda da işçilere yapılan bildirimler vardır.

2. İşveren ve İşçiler Arasında Yapılan Diğer İleti ve Bildirimler

İşveren ve işçi arasında iş ilişkisine ilişkin pek çok konuda bildirim söz konusu olabilmektedir. Zira İş hukukunda, kaynağını kanundan, yönetmelikten, iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden ve diğer düzenlemelerden alan çok sayıda bildirim yer almaktadır. Bunların ayrı ayrı sayılması ve örneklendirilmesi çalışma konumuzu aşmak olacağından çalışmamızda özetle ne gibi hallerde bildirimlerin yapıldığına değinilmekle yetinilecektir.

Ücrete konu bildirimlerden sonra özellikle en sık karşılaşılan bildirimlerin başında taraflar arasında yapılan fesih ve feshe ilişkin bildirimler gelmektedir. Bu bildirimler gerek fesih iradesinin doğrudan iletilmesi şeklinde gerek eylemsel olarak gerekse de bu yönde bir uyarı, ihtar şeklinde gerçekleştirilmektedir.⁵⁰ Feshe ilişkin bildirimler haricinde ayrıca yine ihbar veya ihtar niteliğinde işyeri, işveren veya işçiden kaynaklı hallerle ilişkin bildirimler ve bunlara ilişkin tüm tutanaklar yine taraflar arasında ve özellikle işçilere sıklıkla yapılan bildirimler arasında yer almaktadır. Bunlar haricinde işin niteliğine, işyeri çalışma yönergesi ve değişikliklerine ilişkin konular da işçilere bildirim yapılan alanlar arasındadır.⁵¹

Ayrıca ücret hesap pusulası haricinde yine İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan 28. maddedeki çalışma belgesi, 29. maddedeki toplu işçi çıkarma bildirimi, 52. maddedeki yüzdelerin belgelenmesi, 75. maddedeki işçi özlük dosyası gibi belgeler, ilgili kanunlarda düzenlenmiş hallerin vuku bulması durumunda işçilere verilmesi gereken belgeler arasında bulunmaktadır. Diğer yandan işçinin de işverene ileteceği özlük dosyasına ilişkin belgeler, sağlık raporu vb. belgeler bulunmaktadır.

⁵⁰ Baycık, (n 31) 329- 335

⁵¹ Muhammed Enes Yıldız, İş Hukukunda Bildirim (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 10-12, 48-58; Özkan Koç ve Sema Deniz, 'İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı', (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1211, 1217; Oğuz Kurucu, Fazla Çalışma, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, (1. Baskı, Kadıoğlu Matbaa 1987) 131; Hatice Çetin Karacan, Fazla Çalışma, (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 113; E. Murat Engin, 'Kısa Çalışma Hukuki Niteliği ve Koşulları', (2019) 120 Toprak İşveren Dergisi 7, 8

Netice itibariyle işveren ve işçi arasında yapılan farklı içerikte pek çok bildirim ve verilmesi gereken belgeler söz konusudur. Bu bildirimler ve belgeler bugün yüksek oranda sözlü veya yazılı ve son zamanlar itibariyle de düşük oranda elektronik imkanlarla gerçekleştirilmektedir. Peki elektronik bir usul olan KEP ile bu bildirimleri yapmak ve belgeleri vermek hukuken geçerli sonuçlar doğurur mu? Bu sorunun cevabı için öncelikle iş hukukunda belli bir bildirim usulünün var olup olmadığı ve bu usulün zorunlu bir unsur olup olmadığına incelenmesi gerekmektedir.

B. İş Hukukunda Bildirim Usulü

İş Kanunu'nun 109. maddesinde, "Yazılı bildirim" başlığı altındaki düzenlemeye göre: *"Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebliğat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır."*

İlgili maddeden açıkça anlaşıldığı üzere iş kanununda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği düzenlenmiştir. İşçinin yapılan ihtar veya uyarıyı imza karşılığında tebliğ almak istememesi durumunda ise tebliğden imtinaa ilişkin durumun tutanak altına alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Dolayısıyla yukarıda bahsetmiş olduğumuz bildirimler işçiye kanun gereği yazılı olarak ve imza karşılığında yapılmalıdır. Ancak buradaki yazılılık ve imza unsurlarının geçerlilik koşulu mu yoksa ispat koşulu mu olduğu konusunda bir belirsizlik vardır. Bildirim usulüne ilişkin bu maddede öngörülmüş olan yazılılık unsurunun geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu çalışmamızda ulaşılmak istenen sonucu doğrudan etkilemektedir. Zira KEP vasıtasıyla yapılacak bildirimlerin hukuki geçerliliğinin değerlendirilmesi de aslında bildirim usulüne ilişkin bir tartışmadır. Neticede çalışmanın amacı işveren ve işçi arasındaki ileti ve bildirimlerin elektronik bir sistem olan KEP usulüyle yapılması değerlendirmesidir. Bu sebeple İş Kanununun bildirim usulüne ilişkin 109. maddesinde geçen yazılılık şartının incelenmesi gereklidir.

Doktrin görüşüne göre kanunda öngörülmüş olan yazılı şekil şartı, geçerlilik değil bir ispat şartı niteliğindedir.⁵² Aynı şekilde Yargıtay içtihadı da kanunda öngörülmüş olan yazılılık şartının ispat şartı olduğu yönünde gelişmiştir. Yüksek mahkeme, kanunda düzenlenmiş olan

⁵² Çelik, Caniklioglu ve Canbolat, (n 34) 461; Oğuzman, (n 34) 169; Süzek, (n 34) 533-535; Turhan Esener, İş Hukuku (Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 224; Polat Soyer, 'Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu'nun Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi', (2011) 11 (22) İş Hukuku Dergisi 12, 14; Arzu Arslan Ertürk, İş Sözleşmesinde Şekil, (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) 279 vd.

yazılılık şartının ispat koşulu olduğu yönünde 18.12.1959 tarihinde içtihadı birleştirme kararı vermiş ve devam eden yıllarda da bu içtihadını Hukuk Genel Kurulu kararı ile sürdürmüştür.⁵³

Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde kararların verildiği ve yazılı bildirim zorunlu unsur olarak değerlendirildiği daireleri de olmuştur.⁵⁴ Ancak bu daireler sonraki yakın tarihli kararlarında görüşünü değiştirerek bildirim yazılı olmasının ispat koşulu olduğunu kabul etmiştir.⁵⁵

Yakın tarihli Yargıtay kararları incelendiğinde de bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılmasının ispat koşulu olarak değerlendirildiği görülmektedir. Örnekle bu yöndeki kararlardan birinde “... *fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır. Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. ...*”⁵⁶ denilmek suretiyle kanunda geçen şekil şartının geçerlilik koşulu olmayıp ispat koşulu olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Kanunun 109. maddesindeki yazılılık koşulunun ispat koşulu olarak değerlendirilmesinde, Yargıtay'ın içtihadı yanında İş Kanununun 109. maddesinin gerekçesi de yazılılık şartının ispat koşulu olduğuna işaret etmektedir. Zira ilgili maddenin gerekçesinde, yazılı bildirim ispat yönünden öngörüldüğü açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun gerekçesi de göz önüne alındığında, kanun koyucunun 109. maddede kural olarak yazılı bildirim ispat koşulu olduğu görüşünü benimsemiş olduğu söylenebilir.⁵⁷

Diğer yandan 109. maddede düzenlenmiş olan yazılı bildirim ispat koşulu olduğu sonucuna, kanunun sistematik yorumu ile de ulaşılabilmektedir. İş Kanunu'nun 109. maddesi, kanunun 9. bölümü olan *Çeşitli, Geçici ve Son Hükümler* başlığı altında düzenlenmiştir. Yani ilgili madde genel bir düzenleme niteliğinde olup İş Kanunundaki tüm düzenlemeler için geçerlidir.⁵⁸

⁵³ Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Büyük Heyeti, E 23 K 17, 18.2.1959 (RG 23.06.1959 No. 10234); Hukuk Genel Kurulu, E 4/31 K/1, 10.1.1962 naklen: MESS Gazetesi, 1 Temmuz 1966, Sayı: 33, s. 2.

⁵⁴ Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, E 3330 K 368, 25.6.1964 (Orhaner, 331) ve Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, E 9560 K 9564, 29.11.1965 (Orhaner, 331-332) aktaran Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 34) 461; Yar. 9. HD, E 1966/948 K 1966/1968, 08.03.1966

⁵⁵ Yar. 9. HD, E. 2000/9309 K. 2000/12891, 03.10.2000

⁵⁶ Yar. 22. HD, E 2018/16190 K 2019/185, 08.01.2019

⁵⁷ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 34) 462; Erol Akı, H. Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçivancılar, Uygulamada İş Güvencesi (Birinci Baskı, Legal Yayıncılık 2005) 12,13; Şükran Ertürk, 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milleti Komitesi 30. YIL ARMAĞANI (2006) 245,246; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları (10. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 218.

⁵⁸ Baycık, (n 31) 329

Ayrıca bu genel düzenlemeye karşı İş Kanunu'nda bildirim usulünün özel olarak düzenlenmiş olduğu 19. madde vardır. "Sözleşmenin feshinde usul" başlığı altında düzenlenmiş olan 19. maddeye göre "*işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.*" Madde hükmünden anlaşıldığı üzere 19. maddedeki yazılılık koşulunun geçerlilik koşulu niteliğinde olduğu kuşkusuzdur.⁵⁹

Burada sorgulanması gereken zaten bildirimle ilişkin genel bir usuli düzenleme varken ayrıca niye başka bir maddede aynı usulün tekrar edilmiş olduğudur. Bunun sebebi genel hükümde düzenlenen usul aksine özel hüküm ile farklı bir usulün öngörülmesidir. Dolayısıyla 19. maddede düzenlenmiş olan yazılılık koşulu geçerlilik koşulu iken 109. maddede düzenlenmiş olan yazılılık koşulu ispat koşuludur. Aksi yorum hem kanunun sistematüğini hem her iki kanun hükmünü ve ayrıca ilgili kanun gerekçeleri göz önüne alındığında kanun koyucunun amacını boşa çıkaracak, dolayısıyla hatalı ve geçersiz bir yorum olacaktır.

Özetle gerek kanun sistematüğü ve gerekçesi gerek doktrindeki çoğunluk görüş ve gerekse de içtihat göz önüne alındığında, İş Kanununun 109. maddesindeki yazılı ve imza karşılığında bildirim şartının bir ispat koşulu olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda iş hukukuna ilişkin bildirimlerin usulünde, kural olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmesi değildir. Burada istisna olarak bildirimle geçerliliğine ilişkin tek usul şartı, yukarıda değindiğimiz üzere özel olarak İş Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiş olan işverence yapılacak fesih bildirimine ilişkindir.

3. İŞVEREN VE İŞÇİ ARASINDAKİ İLETİ VE BİLDİRİMLERİN KEP VASITASI İLE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

İşveren ile işçi arasındaki ileti ve bildirimlerden yukarıdaki bölümde bahsetmiştik. Sonrasında ilgili bildirimlerin yazılı olması ve işçi tarafından imzalanmasının ilgili bildirimler için geçerlilik mi yoksa ispat koşulu mu olduğu üzerine eğildik. Neticede işverence iş sözleşmesinin feshi düzenlemesi haricinde bildirimlerin yazılı ve işçi imzalı olmasının ispat koşulu olarak değerlendirildiğinden bahsettik. Dolayısıyla son tahlilde bildirimlere ilişkin iki aşama ortaya çıktı. Bunlardan ilki ilgili bildirimlerin sadece taraflara ulaşması iken diğer aşama ayrıca ulaşan bu bildirimle imza altına alınması ve/veya ihtirazi kayıt konulması şeklinde belirdi. Bu yüzden KEP ile yapılacak bildirimle de geçerliliğinin tartışılmasında bu iki farklı bildirim aşamasının göz önüne alınması önemlidir.

⁵⁹ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 34) 462, 544-546

A. KEP' in Kullanımının İki Aşamalı Düzlemde Olması:**1. Teslim, ileti:**

İkinci bölümde incelediğimiz üzere bugün Türk Hukuk sisteminde işverenin, farklı kanunlarda düzenlenmiş olan işçinin ücret verilerine ilişkin bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. İlgili düzenlemeler, İş Kanunu 137. maddede “Ücret Hesap Pusulası, 5510 sayılı Kanun 120/(e)-5. maddede “aylık ücret tediye bordrosu” ve Vergi Usul Kanunu 238. maddede ise “Ücret Bordrosu” şeklindedir.

İş ilişkilerinde ücret, temel unsurların başında gelir. Dolayısıyla işveren ve işçiler arasında yapılacak bildirimlerden ücrete ilişkin olan bildirimler önemli bir yere sahiptir.⁶⁰ Nitekim bugün uygulamaya baktığımızda iş uyuşmazlıklarının büyük bir kısmı da ücret ve diğer mali-sosyal hakların ödenip ödenmemesi hususunda vuku bulmaktadır. Dolayısıyla ilgili belgelerin oluşturulması, kayıtların doğru şekilde tutulması ve işçilere ve ilgili kurumlara bu belgelerin iletilmesi oldukça önemlidir. İşveren ve işçi arasındaki ücrete ilişkin asıl belge İş Kanunu madde 37’de düzenlenmiş olan ücret hesap pusulasıdır. İşveren işçiye, işçinin ücret hesabını gösterir ve belli unsurlara sahip bu pusulayı vermek zorundadır. Diğer yandan burada işverenin bu belgeleri işçiye sadece doğrudan ve fiziken vermek ile mi sınırlı olduğu yoksa bu belgelerin teslimini farklı yollar ile de yapıp yapamayabileceği uygulamada sıklıkla sorgulanan bir durumdur.

İkinci bölümde incelediğimiz üzere İş Kanunu’nda iş hukukuna ilişkin bildirim usulü genel olarak düzenlenmiş, yazılı ve işçinin imzalama koşulu ise ispat koşulu olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda ilgili belgelerin işçiye yalnızca doğrudan ve fiziken iletiminin tek yol olduğu yönünde bir düzenleme olmadığı, bundan farklı bir usulde ve özellikle günümüzün gittikçe dijitalleşen çağı düşünüldüğünde iletimlerin elektronik yolla da mümkün olabileceği değerlendirilebilmektedir. Dolayısıyla ilgili belgenin bir elektronik sistem olan KEP vasıtasıyla yapılabileceği sonucuna da ulaşılabilir.

Nitekim pek çok devlet kurumunun da zaman, emek, maliyet, kâğıt, arşiv israfı ve çevre korumasını düşünerek bu teknolojik imkanlardan faydalandığı ve pek çok iletim işlemini elektronik yollarla yaptığı görülmektedir. Bu yönde örnek kurumlardan biri Hazine ve Maliye Bakanlığıdır. Bakanlık e-bordro hizmeti ile 657 Sayılı Kanuna⁶¹ tabi memurların kendilerine

⁶⁰ Terzioğlu, (n 34) 1934. Süzek, (n 31), 375; Oğuzman, (n 34) 41; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 34) 333; Buz, (n 34) 258; Baycık, (n 31) 231; Narmanlioğlu, (n 34) 358

⁶¹ Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG. 23.07.1965, S. 12056

ait bordrolarını Bakanlık adresinden listeleyip bordro detaylarını görüntüleyebilecekleri sistemi kullanıma sunmuştur.⁶² Diğer yandan birçok belediyede de e-devlet üzerinden yapılabilen “*e-Bordro Sorgulama*” hizmeti aktif haldedir.⁶³ Görüldüğü üzere devlet kurumlarında da kullanılmakta olan bu teknolojik imkanın iş ilişkilerinde hala kullanılmıyor olması ve bunda işverenlerce tereddüt edilmesi bir yanılgıdır. Kanımızca belli başlı haller gözetilerek işverenin işçisinin KEP adresine ilgili belgeleri iletmesi işverenin kanuni yükümlülüğüne uygundur. İfade ettiğimiz belli başlı haller bu bölümün son kısmında incelenecektir.

İşveren, iş kanunu gereği işçiye ücret hesap pusulasını bildirmek ve vermekle yükümlüdür. İşverenin yükümlülüğü bu ileti ile sınırlı olmakla birlikte özellikle daha önce ikinci bölümde izah etmiş olduğumuz işveren lehine oluşan karineden ötürü ücret hesap pusulasının işçiye bildiri ve verilmesi yanında imzalatılması da işveren açısından oldukça ehemmiyet taşımaktadır.

2. İmza Ve/veya İhtirazi Kayıt:

İkinci bölümde incelediğimiz üzere Yargıtay kararlarında imzalı ücret pusula ve bordroları, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğinde olduğu değerlendirilmiş ve eğer işçinin ilgili bir ihtirazi kaydı da yok ise ilgili belgelerin aksinin ispatının yalnızca muadili bir delille yani yazılı delille ispatlanabileceği yönünde içtihat gelişmiştir.

Yargı Kararları ışığında denebilir ki ücret hesap pusulası ve bordrolarında işçi tarafından atılmış imzalar, işveren lehine bir karine oluşturmaktadır. İşçinin imzasını taşıyan ücret hesap pusulası, ilgili pusulanın işçi tarafından alındığına, ücret tediye bordrosundaki işçi imzası da ilgili kayıtlar gereği oluşmuş olan ücretlerin işçiye tam olarak ödendiğine ve ayrıca bu pusula ve bordrolarının içerdiği kayıtların doğru olduğu ve gerçeği yansıttığına karine oluşturmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus ise ücret pusula ve bordrolarının imzalı olması ile birlikte işçinin ihtirazi kayıt koyup koymadığıdır. Zira işçi her ne kadar ücrete ilişkin belgeleri imzalamış olsa da eğer ihtirazi kayıt da koymuşsa ilgili ücret pusula veya bordrolarının aksini her türlü delil ile ispat edebilmektedir.

Diğer yandan ilgili ileti ve bildirimleri KEP ile yapabilen işveren, bu belgelerin işçilerce imzalanmasını nasıl sağlayacağı veya işçilerin ihtirazi kayıtlarını nasıl düşeceği ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu konu aslında birinci bölümde ele alınmıştır. İşçiler,

⁶² <<https://www.hmb.gov.tr/>; <https://www.turkiye.gov.tr/e-bordro-sorgulama>> Erişim Tarihi 03 Ağustos 2022

⁶³ <<https://www.turkiye.gov.tr/arama?aranan=e-Bordro+Sorgulama&sf=20>> Erişim Tarihi 03 Ağustos 2022

KEP hizmetini yalnızca alıcı olarak değil, ileti ve gönderi sisteminde kullanırlarsa ifade ettiğimiz işçinin imzalama ve ihtirazi kayıt düşme imkanları bulunmaktadır. İşçi, kendine ait olan güvenli elektronik imza ve KEP hesabı üzerinden hesabına gelen bildirimleri alabileceği gibi ayrıca bunları imzalayabilecek, ihtirazi kayıt koyabilecek veya kendi de işverene bildirimde bulunabilecektir. Burada tartışılması gereken husus güvenli elektronik imzanın ıslak imza yerine geçip geçemeyeceğidir.

Bu hususta farklı kanunlarda düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden biri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunudur. Kanunun “imza” başlıklı 15. maddesine göre “*imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.*”⁶⁴

Bu hususta düzenleme içeren bir diğer kanun 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunudur. Kanunun “Güvenli elektronik imzanın hukukî sonucu ve uygulama alanı” başlıklı 5. maddesine göre “*güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur.*”

Bu hususta düzenleme içeren bir diğer kanun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunudur. Kanunun 205/2. maddesine göre “*usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir.*”

İlgili düzenlemelerden anlaşıldığı üzere kural olarak güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurmaktadır.

Mahkeme kararlarında da benzer yönde değerlendirmeler yapılmış, elektronik imzanın, ıslak imzanın istisnası olmayıp alternatifi olduğu ve dolayısıyla elektronik olarak da imzalamanın ıslak imza gibi sonuç doğuracağı değerlendirilmiştir.

Bu yöndeki Yargıtay kararlarından biri şu şekildedir: “*Elektronik imza ise, fiziki ortamda bulunmayan dolayısıyla el yazısı ile imza atmanın fiilen imkânsız olduğu durumlarda, sanal (elektronik) ortamda bulunan belgenin doğruluğunu, bütünlüğünü koruyan ve beyan sahibinin bu belgenin içeriğini kabul edip onayladığını belirtmesine, diğer bir ifade ile imzalamasına imkân tanıyan bir teknik terim olup el yazısı ile imzanın elektronik ortamdaki karşılığıdır. Bu anlamda elektronik imza, ıslak imzanın istisnası olmayıp alternatiftir.*”⁶⁵

⁶⁴ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG. 4.2.2011, S. 27836

⁶⁵ Yar. CGK E 2016/1065 K 2017/27, 24.01.2017; benzer yöndeki diğer bazı Yargıtay kararları: Yar. 12. HD E. 2021/380 K. 2021/1352, 10.02.2021; Yar. 8. HD. E. 2015/7632 K. 2016/16347, 01.12.2016; Yar. 1. CD E. 2016/4733 K. 2017/5262, 25.12.2017; Yar. 14. CD E. 2017/6832 K. 2018/7381, 11.12.2018; Yar. 11. CD. E. 2018/6165 K. 2021/2805, 18.03.2021; Yar. 11. CD. E. 2018/6275 K. 2021/2806, 18.03.2021; Yar. 11. CD, E. 2019/887 K. 2021/5243, 14.06.2021

Hem mevzuattaki düzenlemelerden hem de yargı kararlarından anlaşıldığı üzere ıslak imza yerine güvenli elektronik imza ile atılacak imzanın geçerliliği ve hukuki sonuçları kural olarak aynıdır ve ıslak imzanın bir alternatifi olarak elektronik imza da geçerlidir. Bu durumda işveren ve işçi arasında iletilen ileti ve bildirimlerin, KEP sahibince güvenli elektronik imzası ile imzalanması hukuken geçerli olup fiziken sunulmuş olan belgeleri ıslak imzalaması gibi sonuç doğuracaktır. Aynı şekilde tarafların ilgili ileti ve bildirimlere ihtirazi kaydı da bu bağlamda hukuki geçerliliğe sahiptir ve sonuç doğurur. Dolayısıyla işveren ve işçinin KEP hesabı ve güvenli elektronik imzaya sahip olarak KEP sistemini kullanması suretiyle gerçekleştirecekleri ileti ve bildirimler kural olarak hukuken geçerlidir ve hukuki sonuç doğurmaktadır.

B. Uygulamada KEP Kullanımına Yaklaşım ve Taraflarca Yaşanan Tedirginlik

Yukarıda değerlendirdiğimiz üzere işveren ve işçinin KEP sistemini kullanmak suretiyle yapacakları ileti ve bildirimler hukuki geçerliliğe sahiptir. Buna rağmen iş hukukuna ilişkin bildirimlerin KEP vasıtası ile yapılması uygulamada özellikle işverenler tarafından tereddüt ile karşılanmaktadır.

İşveren açısından işçilere yapılacak olan ileti ve bildirimlerin KEP ile yapılmasının pek çok avantajı bulunurken bu konuda işverenlerin tereddüt etmesinin belli başlı sebepleri bulunmaktadır. Bunların başında günümüze kadar yapıla gelmiş olan bir sistemden farklı ve görece yeni bir sistemin kullanımına geçilecek olmasıdır. Bu durumun aynısı işçiler içinde geçerli olup sistemi doğru kullanamamaktan ve bu yüzden hak kaybına uğramaktan çekinilmektedir. Burada özellikle en büyük tedirginlik, KEP ile bildirimde işverene kıyasla güçsüz pozisyonda bulunan işçinin haklarına gösterilmesi gereken hassasiyete aykırılık oluşabileceğidir. Bu sebeplerle KEP ile iş hukukuna ilişkin bildirimlerinin yapılması, uygulamada neredeyse yok denecek seviyededir.

İşçi haklarının özenle korunduğu hukuk sistemimizde, KEP ile bildirim özellikle de işverenler açısından tedirginlik oluşturmaktadır. Zira ilgili elektronik ileti ve bildirimlerin işçi haklarında gözetilen hassasiyete ters düşebileceği ve ileride yaşanan bir uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasıyla ilgili KEP ileti ve bildirimlerinin işçi hakları aleyhine olduğu ve yeterince

bu hakların korunmasının gözetilmediği yorumu yapılmasından ve neticede yargı tarafından ilgili KEP delillerine itibar edilmeyebileceğinden çekinilmektedir.

Aslında uygulamadaki bu tedirginlik pek de haksız sayılmaz. Birinci bölümde incelediğimiz üzere KEP'in düzenlenmiş olduğu Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Türk Ticaret Kanununa dayanmakta olup ilgili düzenlemelerin esasında ilk etapta tacirler için öngörülmüş olduğu söylenebilir. Dolayısıyla mevzuatta, işveren ile işçi arasındaki bildirimlerin de KEP vasıtasıyla yapılabileceğine dair açık bir düzenleme yoktur. Buna ilaveten ilgili bildirimlerin KEP vasıtasıyla yapılması hakkında henüz mahkeme kararlarına sirayet etmiş bir somut uyuşmazlık da bulunmamaktadır. Bu yüzden işverenler, ileride yaşanabilecek bir uyuşmazlık halinde, mahkemenin doğrudan yasal düzenleme olmayan ve henüz bir içtihat oluşmamış bu konuda ve özellikle işçi haklarına büyük hassasiyet gösteren, yorumlarını çoğunca işçi lehine yapan iş mahkemeleri karşısında ne derece işveren lehine yorum yapılabileceğini bilememektedirler. Bu yüzden hem kendilerine hem işçilere ve aslında hem de çevreye ve ülkeye başta emek, zaman, arşiv ve maliyet olmak üzere pek çok açıdan fayda sağlayabilecek bu uygulamadan uzak durmaktadırlar.

Her ne kadar işveren ve işçi arasındaki ileti ve bildirimlerin KEP vasıtasıyla yapılmasına ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme olmasa da başta İş Kanunu ve özellikle bildirim usulüne ilişkin hükümler göz önüne alındığında, KEP ile bildirim yapılmasına engel bir düzenlemenin de olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla özellikle işçi haklarına ilişkin iyi derecede bir koruma sağlandıktan sonra ilgili ileti ve bildirimlerde KEP sisteminin kullanılması pek çok fayda sağlayacaktır. Bu sayede iş hukuku uygulamalarında da çağın olanaklarından geri kalınmayacak ve KEP'in sunduğu fayda ve avantajlardan iş ilişkileri de olumlu yönde etkilenmiş olacaktır. Örneğin bir ücret hesap pusulasının basılması, imzalanması ve dosyalanması zahmetli bir iş olup ayrıca bunların önemli bir maliyeti de vardır. Bu durum hala şifreli bordro zarflarına çıktı alıp imza için çalışanların ve işverenlerin zamanını fazlaca harcamak ve bunlar için hala kâğıt, toner, elektrik harcamak, arşiv dosyalarında saklayarak iş alanını gereksiz kısıtlamak, daha verimli alanlarda kullanılabilecek zamanı, emeği, bütçeyi, alan ve çevreyi boşa harcamak demektir. Ancak tüm bu işlemlerin elektronik ortama taşınması ile bu alanlarda önemli derecede tasarruf sağlanacak ve bu sayede görülen iş ve üretim nicelik ve nitelik olarak olumlu yönde katlanarak artacaktır.

Ayrıca gözden kaçırılmaması gereken bir durum da son zamanlarda ve özellikle pandemi dönemi ile birlikte uzaktan veya çevrimiçi çalışma oranlarındaki önemli artıştır. Günümüzde masa başı işlerde ve özellikle bilişim işlemlerinde uzaktan veya çevrimiçi çalışmalar

azımsanmayacak derecededir. İşçi, işyerine gitmesine gerek kalmadan doğrudan evinden çalışabilmektedir. Dolayısıyla işçinin iş görme borcu için ayrıca işyerine gitmesine gerek kalmamaktadır. Durum böyleyken işveren ve işçi arasında yapılacak ilet ve bildirimlerin fiziki unsurlarla gerçekleştirilmesinin şart koşulması tarafları ekstra uğraştırmak olacaktır. Oysa bu şekilde çalışmakta olan bir işçinin işyerine gitmesine veya işveren ile buluşmasına gerek kalmadan KEP vasıtası ile ilgili ilet ve bildirimleri gerçekleştirilmesi mümkün kılınabilir.

Diğer yandan bugün iş mahkemelerinde yaşanan uyuşmazlıkların da büyük oranda önüne geçilebilecektir. Zira taraflar arasındaki birçok uyuşmazlık ilgili ilet ve bildirimlerin fiziki yapılışı ve takibi konusundaki zorluklardan vuku bulmaktadır. Ayrıca bugün iş yargılamalarında, işveren ve işçi arasındaki ilet ve bildirimlerin zamanında kayıt altına alınmamış olması veya alınsa da fiziki olduğu için delillerin toparlanmasındaki güçlük ve haliyle gecikmeler yargılamayı uzatmaktadır. Oysa bu işlemlerin KEP vasıtası ile yapılması halinde hem işlemin yapılışı ve takibi kolaylaşacak hem de elektronik arşiv avantajı ile ilgili bildirimlere ilişkin her türlü delil zaten erişime hazır halde bulunduğu için ileride ilgili bir konunun yargıya taşınması halinde bu deliller kolayca mahkemeye sunulabilecektir. Bu da yargılamayı bir hayli uzatmakta olan delillerin toplanması sürecini kısaltacaktır.

Özetle pek çok konuda önemli derecede fayda sağlayacağı öngörülen işveren ve işçi arasındaki ilet ve bildirimlerde KEP sistemi kullanımı, teşvik edilmesi gereken önemli bir konudur. KEP kullanımına geçişte aşağıda açıklayacağımız birkaç küçük hususa da dikkat edilmesi halinde, KEP kullanımına ilişkin kesin delile yönelik hukuki sonuçların iş hukukuna ilişkin de doğacağı kanaatindeyiz.

C. İşveren ve İşçiler Arasındaki İlet ve Bildirimlerin Fiziki Yapılıştan KEP Vasıtası ile Yapılmasına Geçişte Takip Edilebilecek Bir Yol Haritası

Önceki bölümlerde, işveren ve işçi arasındaki ilet ve bildirimlerin KEP vasıtasıyla yapılabileceğine dair doğrudan bir yasal düzenleme olmadığından ve ayrıca ilgili konuda henüz mahkeme kararlarına sirayet etmiş bir somut uyuşmazlığa da rastlanılmamış olduğundan uygulamada işverenler tarafından KEP kullanımına tedirginlikle yaklaşıldığı ve kullanımından uzak durulduğundan bahsedilmiştir. Ancak KEP kullanımının işveren ve işçi başta olmak üzere pek çok tarafa birden çok konuda önemli fayda ve avantajları vardır. Bu sebeple KEP kullanımının iş ilişkileri için göz ardı edilmemesi tüm tarafların lehinedir.

Diğer yandan her ne kadar KEP sistemi kullanımının pek çok faydası varsa da özellikle işveren karşısında daha güçsüz pozisyonda bulunan işçinin haklarına hiçbir hanel getirilmemeli

ve sistemin kullanımını en ince detayına kadar işçi aleyhine sonuç doğuracak uygulamalardan uzak tutulmalıdır. Dolayısıyla daha en başta işçiye KEP sisteminin çok iyi açıklanması, hak mahrumiyeti yaşamaması için her türlü önlemin alınması ve uyarının yapılması gerekmektedir.

Bir iş yerinde, işveren ve işçiler arasındaki ileti ve bildirimleri fiziki yapılaştan KEP vasıtası ile yapılmasına geçişinde taraflar için kısaca maddeler halinde şöyle bir yol haritası çıkarılabilir:

1. Öncelikle işveren ya da işçinin KEP kullanma gibi yasal bir zorunluğu yoktur. Bu sebeple KEP yöntemi ile bildirimlerin yapılmasına yönelik ne işveren ne de işçi hali hazırdaki bir iş ilişkisinde buna zorlanamaz. Ancak tarafların anlaşması üzerine hali hazırdaki sözleşmeye bu yönde bir protokol eklenmesine veya iş ilişkisi kurulmadan önce taraflar arasında yapılacak sözleşmeye bu minvalde düzenlemelerin dahil edilmesinde bir engel yoktur. Neticede KEP ile ileti ve bildirimlerin yapılması tarafların isteğine bağlıdır. Nitekim Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik' in "*Kayıtlı elektronik posta hesabı başvurusu*" başlıklı 9. maddesinde "*KEP hesabı almak isteyen gerçek veya tüzel kişiler KEPHS'ye başvuruda bulunur.*" demek suretiyle ilgili husus vurgulanmıştır. Ayrıca bu yönde bir yüksek Mahkeme kararı çalışmamızın ikinci bölümünde değerlendirilmiştir.⁶⁶ Dolayısıyla bir iş yerinde tarafların KEP sistemini kullanmayı talep etmeleri halinde bu sistem ilgili ileti ve bildirimler için kullanılabilir olacaktır.
2. KEP sisteminin kullanıma geçmesi ile birlikte KEPHS tüzel kişileri ile kişisel verilerin paylaşımı da söz konusu olacağı için 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu doğrultusunda kişisel verilerin korunması gözetilmeli ve kanuna uygun hareket edilmelidir. Bu doğrultuda işçilere gerekli aydınlatma ve bilgilendirmelerin yapılması, işçilerin açık rızalarının alınması ve işçilerin verilerinin korunması gerekmektedir.
3. Taraflar, KEP hakkında ve KEP vasıtası ile bildirim yapılma konularında KEP'in kullanımını konuları gibi teknik hususlarda, bu sistemin geçerli hukuki sonuçlar doğuracağı konusunda vb. hususlarda yeterince eğitilmeli ve bilgilendirilmelidir. Bu konudaki eğitimlerin özellikle işçilere eksiksiz verilmesine dikkat edilmeli, işçinin sistemin kullanılması gibi teknik bilgi eksikliği sebebiyle mağduriyet yaşamamasını engelleyecek derecede eğitim sağlanmalıdır.

⁶⁶ Dan. 8. D. E 2017/6864 K 2021/6139, 09.12.2021

4. Görece yeni olan bu elektronik sisteme geçişte olabildiğince işçi lehine hareket edilmeli, işçi hakları gözetilerek sisteme geçiş yapılmalıdır. Bu minvalde yapılacaklardan biri, fiziki bildirimlerin derhal kesilmeden sürecin KEP ile bir süre birlikte götürülmesi, belli bir süre bildirimlerin hem fiziklen hem KEP vasıtası ile iki şekilde de yapılması ve aşamalı bir geçişin yapılmasının sağlanmasıdır. Bu sayede işçilerin sisteme daha iyi uyum sağlaması ve hak mahrumiyetlerinin önlenmesi de üst düzeyde sağlanmış olacaktır.
5. KEP sistemine geçişte taraflar için bir önemli konu da bu teknolojik sistemin mali yönüdür. Elbet de taraflar, hali hazırdaki sözleşmeye bir protokol eklemek veya iş ilişkisi kurulmadan önce yapılacak sözleşmeyle bu konu üzerinde serbestçe anlaşma yapabilirler. Diğer yandan günümüzde herkes için hala internet ve akıllı cihazlara erişimin çok da kolay olmadığı göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla işverenin de işçinin bu yöndeki durumunu dikkate alması, işçinin internete, yeterli teknolojik donanıma sahip araçlara ve akıllı cihazlara sahip olma imkânının olup olmadığını gözetmesi ve bilhassa hali hazırdaki sözleşmeye bir protokol eklenmek suretiyle KEP sisteminin kullanımına geçiliyorsa bu sistemin kullanımını mümkün kılacak ilgili donanımları işçisine sağlaması işçi lehine hareket etmesi itibariyle yerinde olacaktır. İşverenlerin, bu geçişteki mali külfeti işçilere yüklememesi, KEP'in işçilerce kabulü ve benimsenmesini daha kolay kılacak, KEP'in kullanımını kolaylaştıracak ve yaygınlaştıracaktır.

SONUÇ

Günümüzde bir hayli ilerlemiş olan ve hız kesmeden katlanarak gelişimini devam ettiren teknoloji dünyası, insan yaşamının her alanına sirayet etmiş durumdadır. Teknolojik gelişmelerin en önemli yansımalarından biri de iletişim alanında olmuştur. Özellikle bu süreçte elektronik posta kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Bununla birlikte e-posta, her ne kadar maliyet, hız, devamlılık, ulaşılabilirlik alanlarında önemli avantajlar da sağlasa özellikle postanın iletimi, güvenliği ve postalara erişim gibi belli başlı konularda problemler içermektedir. Ancak zamanla bu problemleri de gideren ve Kayıtlı Elektronik Posta olarak isimlendirilen bir sistem geliştirilmiş ve bugün gündelik yaşam ve iş yaşamına bakıldığında giderek artan düzeyde kullanılmaya başlanmıştır.

Diğer yandan iş ilişkilerinde bu sistem neredeyse hiç kullanılmıyor denecek düzeydedir. Bunun sebepleri başında özellikle işveren ve işçiler arasındaki ileti ve bildirimlerin KEP vasıtası ile yapılabilmesine ilişkin doğrudan bir yasal düzenlemenin olmayışı gözükmektedir.

Ayrıca ilgili alanda doğrudan mevzuat olmayışının ötesinde bu yönde bir içtihat da gelişmiş değildir. Dolayısıyla bugün ülkemiz iş ilişkilerinde işveren ve işçi arasında, özellikle işverenlerin, işçilerine yapacakları iletim ve bildirimlerin geçersiz olacağı ve hukuki sonuç doğurmayacağı çekinceleri nedeniyle, KEP sisteminin kullanımı yeterli düzeyde gerçekleşmemektedir. Bu da başta zaman, maliyet, arşiv sıkıntıları, fiziki bildirim problemleri, çevre problemleri olmak üzere pek çok sıkıntıya karşın KEP'in sağlamakta olduğu çözüm ve faydalardan iş ilişkilerinde mahrum kalınmasına sebep olmaktadır.

Oysa her ne kadar iş ilişkisine ilişkin işveren ve işçiler arasındaki ileti ve bildirimlerin KEP vasıtası ile yapılmasına ilişkin doğrudan yasal bir düzenleme olmasa da aslında bunu engelleyen de doğrudan bir yasal düzenleme yoktur ve gayet taraflar karşılıklı anlaşarak bu sistemi aralarında kullanabileceklerdir. Yine de işverenin güçlü pozisyonu karşısında işçinin ve işçi haklarının dikkatle korunması için tarafların karşılıklı anlaşmalarına ilave olarak birkaç hususun daha gerçekleştirilmesinde fayda vardır. Bunlar tarafların anlaşma iradelerinin açık bir şekilde olması ve kendi özgür iradelerini yansıtmaması, KVKK hükümlerinin dikkate alınması, tarafların ilgili hususlarda yeterince eğitilmesi ve bilgilendirilmesi ve sisteme geçişin olabildiğince işçi lehine hareket edilerek gerçekleştirilmesidir. Neticede bu hususlara da dikkat edilerek kurulacak ve yürütülecek bir iş ilişkisinde, işveren ile işçi arasındaki ileti ve bildirimlerin KEP vasıtası ile yapılmasında bir hukuka aykırılık gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

- Terzioğlu A, 'İş Hukukunda İşverenin Borcu Olarak Ücret', (2019) 18 (72) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 1934.
- Akı E, Altıntaş HO ve Bahçivancılar İ, Uygulamada İş Güvencesi (Birinci Baskı, Legal Yayıncılık 2005)
- Arslan Ertürk A, İş Sözleşmesinde Şekil, (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017)
- Engin EM, 'Kısa Çalışma Hukuki Niteliği ve Koşulları', (2019) 120 Toprak İşveren Dergisi 7.
- Baycık G, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, (1.Baskı, Yetkin Yayınları 2011)
- Pekcanitez H, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, (11.Bası, Oniki Levha Yayınları 2023)
- Çetin Karacan H, Fazla Çalışma, (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Sevimli KA, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, (1. Baskı, Beta Yayınları 2019)
- Tunçomağ K ve Centel T, İş Hukukunun Esasları (10. Baskı, Beta Yayıncılık 2022)

MESS Gazetesi, 1 Temmuz 1966, Sayı: 33.

Oğuzman MK, ‘Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi’
(Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1955)

Yıldız ME, İş Hukukunda Bildirim (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Astarlı M, ‘İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar’, (2009) 3
(23) Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 963.

Çelik N, Caniklioğlu N ve Canpolat T, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayınları
2023)

Kurucu O, Fazla Çalışma, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, (1. Baskı, Kadioğlu Matbaa
1987)

Koç Ö ve Deniz S, ‘İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle
Fesih Hakkı’, (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi 1211.

Soyer P, ‘Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanununun
Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi’, (2011) 11 (22) İş Hukuku Dergisi 12.

Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası,
Beta Yayınları 2014)

Süzek S, İş Hukuku, (23. Baskı, Beta Yayınları 2023)

Ertürk Ş, 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk
Milleti Komitesi 30. YIL ARMAĞANI (2006)

Esener T, İş Hukuku (Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yayınları 1978)

Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2005)

İnternet kaynakları:

Asaf Varol, ‘KAYITLI ELEKTRONİK POSTA (KEP) VE E-TEBLİGAT’ (Günüşiği
Gazetesi, 2014) <<https://www.gunusigigazetesi.net/kayitli-elektronik-posta-kep-ve-e-tebligat-makale.6834.html>> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2022

‘E-İmza Nedir?’ (Türkiye Barolar Birliği, 2013) <<https://e-imza.barobirlik.org.tr/E-imza-Nedir>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2022

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>

<<https://resmigazete.gov.tr/>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://tr.wikipedia.org/wiki/E-posta>>

[<https://www.mevzuat.gov.tr/>](https://www.mevzuat.gov.tr/)

[<https://www.btk.gov.tr/>](https://www.btk.gov.tr/)

[<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>](https://www.sinerjimevzuat.com.tr/)

[<https://www.hmb.gov.tr/>](https://www.hmb.gov.tr/)

[<https://www.turkiye.gov.tr/>](https://www.turkiye.gov.tr/)

‘Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılar’ (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2017)
<Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılar - Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu>
Erişim Tarihi 23 Temmuz 2022

‘KEP’e İlişkin Sıkça Sorulan Sorular’ (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2017)
<https://www.btk.gov.tr/kep-e-iliskin-sikca-sorulan-sorular> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2022

‘KEP Nedir? (PTTKep)’ <https://pttkep.gov.tr/neden-kep/> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2022

<pttkep.gov.tr



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA İHMALİ SUÇ

Av. Arb. Ersin ŞARE *

ÖZ

Bir kişinin aktif bir eylemini ceza hukuku bağlamında hareket olarak açıklamak kolaydır. Ancak pasif kalmasını ceza hukuku bağlamında hareket olarak kabul edebilmek için “*belli durumlarda hareket geç*” emrini veren bir dayanak norma ihtiyaç vardır. İhmali suçlar esasında “*yap*” emrini veren normlara itaatsizliktir. Bir kişinin öldürülmesini yasaklayan norma uymak kolaydır; zira kişi ne yapmaması gerektiğini bilir. Ancak belli bir durum karşısında harekete geç emrini veren norma uyulması kişi bakımında güçlük arz edebilir. İhmali suçlar kendi arasında gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar olarak ayırma tabi tutulmaktadır. Gerçek ihmali suçlar, kişinin kanunda tanımlanan ve emredilen icrai davranışı kasten yapmamasıyla oluşmakta olup suçun gerçekleşmesi için ayrıca neticenin de gerçekleşmesi aranmamaktadır. Kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun ihmali bir hareketle işlenmesine görünüşte ihmali suç denilmektedir. Örneğin kasten öldürme suçu böyledir. Görünüşte ihmali suçlar neticeli suçlardır. TCK’ya göre neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareketten kaynaklanabilir.

Anahtar Kelimeler: İhmal, Hareket, Kasten Öldürme, Nedensellik Bağı, Neticeyi Önleme Yükümlülüğü

* Avukat, Arabulucu, Mersin Barosu, ersinshare@hotmail.com, ORCID 0000-0003-1441-5146



CRIME OF OMISSION IN COURT OF CASSATION VERDICTS

*Av. Med. Ersin ŞARE***

ABSTRACT

In the framework of criminal law, it is simple to define an active action of a person as an act. However, there must be a guiding rule that directs people to "act in certain circumstances" in order for the criminal justice system to acknowledge someone's inaction as an act. Omission are essentially acts of disobedience to rules that demand that one "do." A norm that forbids the murdering of a person is simple to follow because everyone is aware of what is improper. However, it could be challenging for someone to follow the rule dictating action in a particular circumstance. Omission offenses are divided into actual omission offenses and apparent omission offenses. Actual omission offenses occur when the person does not perform the executive behavior defined and ordered in the law, and for the occur of the crime, the realization of the result cannot be sought. As a rule, a crime performed with an active action, if performed with omission is called apparent omission offenses. For example, the crime of willful murder is like this. Apparent omission offenses are consequential crimes. The Turkish Penal Code states that a duty to take action to avert a consequence may result from the law, a contract, or an earlier risky act.

Anahtar Kelimeler: Omission, Act, Intentional Killing, Link of Causality, Obligation to Prevent the Consequence

* Attorney at Law, Mediator, Mersin Bar Association, ersinshare@hotmail.com, ORCID 0000-0003-1441-5146

Extended Summary

As long as they do not manifest themselves in the outside world as a material act, thoughts, intentions, and wishes are not subject to the criminal law. Consequently, the presence of a positive or negative movement is required in order to talk of a crime. Without act, there is no offence. Criminal law recognises even simple passivity in the face of a circumstance or necessity as an act.

In the framework of criminal law, it is simple to define an active action of a person as an act. However, there must be a guiding rule that directs people to "act in certain circumstances" in order for the criminal justice system to acknowledge someone's inaction as an act. Omission are essentially acts of disobedience to rules that demand that one "do."

Omission offenses are divided into actual omission offenses and apparent omission offenses. The legal requirements for what constitute an omission and how to proceed are very specific in the actual omission offenses. On the other hand, people are required to take action in apparent omission offences in order to stop the outcome. However, the law makes no mention of how to behave in order to avoid the consequences. For instance, a carer is contractually obliged to protect and watch over the child under his care. If the child sees himself injuring himself while playing at home; If he stay deliberately passive and the child dies as a result, he will be responsible for the crime of willful killing by omission behavior. The law requires that he or she prevent deaths from occurring, but it does not specify how or in what way this duty would be fulfilled through actions.

Since the Turkish Criminal Law does not contain a general regulation on apparent omission offenses, it is stated by some authors in the doctrine and the Court of Cassation that only the crimes of intentional homicide, intentional injury, and torture can be perpetrated with omission. This point of view is unacceptable because, for instance, fraud can also be done with omission and should be punished accordingly. However, eventually a contradiction will come to light. According to criminal code, there is no way to lessen the punishment for fraud, whereas it is possible to reduce punishment in deliberate injury when it is perpetrated through omittance.

It might be challenging to identify the sources of an obligation to act to prevent the consequences in the apparent omission offenses. According to the Turkish Penal Code, in terms of homicide, the perpetrator; has the obligation to prevent death resulting from the

law, contract or previous dangerous act. However, these sources are interpreted broadly in the doctrine; for example, the obligation to prevent the result from the "contractual" includes the obligation to prevent the result based on a "trust relationship". As in Germany and Italy, leaving the determination of the sources that create the obligation to prevent the result to doctrine or jurisprudence may damage the principle of legality in crime.

It is simple to establish the causal relationship in actual omission offences because the outcome arises at the time the act is committed. However, in apparent omission offenses, it is problematic to establish a causal link between the negligent act and the result. Because the causal link established here is based on an assumption. A proposition that "if he had acted, death would not have occurred" is a hypothesis. Because even if he takes action and performs executive behavior, it is possible that the result of death will occur.

GİRİŞ

Düşünce, niyet ve arzular dış dünyaya maddi hareket olarak yansımadağı müddetçe ceza hukukunu ilgilendirmezler. Bu nedenle bir suçtan bahsedebilmek için olumlu ya da olumsuz bir hareketin mevcudiyeti gereklidir¹. Hareketsiz suç olmaz². Bir durum ya da gereklilik karşısında sırf hareketsiz kalmak bile ceza hukuku bakımından yapılmış bir hareket olarak kabul edilmektedir³.

Öğretide, suç teşkil eden hareketin iki farklı görünüşü olduğu belirtilmekte; aktif bir hareket ile gerçekleştirilenlere icrai suç, pasif hareketle gerçekleştirilene ise ihmali suç adının verildiğı ifade edilmektedir⁴. Başka bir anlatımla belli şartlarda hareketsiz kalmak da suç teşkil eden bir hareket olarak değerlendirilmektedir. Bu yönüyle suçlar hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir. Doğası gereğı icrai hareketi tanımlamak kolaydır ancak ihmal tanımlanırken muhakkak dayanak bir norma ihtiyaç vardır. Zira ihmal, bir hareketi yapmayı emreden bir norma itaatsizliktir⁵. Nitekim Yüksek Mahkeme de suç teşkil eden ihmali (pasif) hareketin fiziki değil, normatif bir değerlendirmeye tabi tutularak ortaya çıktığı görüşündedir⁶. Harekete geçme gerekliliğı ya da neticeyi önleme yükümlülüğünün normdan kaynaklanması gerektiğinden icrai hareketle işlenen suçların aksine ihmalin tek başına doğasından kaynaklanan bir tanımını yapmak güçlük arz etmektedir⁷.

Ceza hükümleri genel olarak kişilere belli bir icrai harekette bulunmalarını yasaklar; kişiler bu yasağı göre davranışlarını yönlendirirler ve o icrai hareketleri yapmaktan kaçınırlar. İhmali suçlar yönünden ise durum farklıdır; zira kişilerin belli bir hareketi yapmaktan kaçınmaları istenmez; aksine harekete geçmeleri beklenmektedir. İnsanlara yüklenen bu harekete geçme yükümlülüğü nedeniyle ihmali suçların kişi özgürlüğünü sınırladığı

¹ Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1953) 259

² Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016) 229

³ Faruk Erem, Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997) 255

⁴ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Baskı, Der Yayınları 2019) 89

⁵ Yaprak Öntan, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 125

⁶ Bkz. Yar. CGK, E. 2017/1-1046, K. 2021/298, 22.06.2021. Yüksek Mahkeme bu görüşü bildirirken Toroslu'ya atıf yapmıştır. Bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012) 130. Öğretide farklı görüşler de bulunmaktadır: İhmali hareketin normatif mahiyetinin, onun doğal temelini unutturmaması gerektiğı, çünkü engel olmak hukuki yükümlülüğü bulunmasına rağmen olayın gerçekleşmesine engel olunmamasının dahi, daima failin bir şart veya bir vaziyet yaratmasını gerektirdiğı, failin bu şartı ortadan kaldırmadığı için olayın sebebi olduğu ya da şartın kaldırılmamasının olayı doğurduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gian Domenico Pisapia, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Çeviren: Atif Akgüç (1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971) 70

⁷ Francesco Palazzo, Corso Di Diritto Penale Parte Generale (Ottava Edizione, G. Giappichelli Editore 2022) 208

belirtilmekte; esasında ihmali suçların, kişi özgürlüğünden sosyal dayanışmaya doğru bir kayış teşkil ettiği ifade edilmektedir⁸.

İcrai hareketle işlenen suçlar ile karşılaştırıldığında ihmali suçta, suçun maddi unsuruna dahil olan hareket farklılık arz etmektedir. İhmal yoluyla işlenen icrai suçlarda sadece hareket yönünden farklılığın olduğu ve bu nedenle ihmal yoluyla işlenen icrai suçların bağımsız ve icrai olarak işlenen suçlardan farklı bir suç olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹. Nasıl ki icrai suçlarda hareket olarak, iradi yapılan bir insan davranışının varlığı gerekiyorsa, ihmali suçta da bir insanın iradesiyle faaliyetler kalmamasının gerektiği belirtilmektedir¹⁰. Bununla birlikte hareketin yanı sıra ihmali hareketle işlenen suçlarda, suçun manevi unsurunun da farklılık gösterdiği savunulmaktadır¹¹.

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer verilen ihmali suçlara ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Konuyu daha anlaşılır kılmak için Yargıtay içtihatlarından faydalanılacaktır ve Yargıtay'ın ihmali suçlara ilişkin görüşleri yansıtılmaya çalışılacaktır.

I. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İHMALİ SUÇ

Suçlar genellikle icrai hareketle yani aktif bir davranışta bulunarak işlenmektedir. Kişinin hareketsiz kalması ancak hukuk düzeni tarafından harekete geçmesi emredildiği takdirde suç teşkil etmektedir¹². Nitekim hukuk normları “*yasak normları*” ve “*emir normları*” olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Yasak normları icrai bir hareketle ihlal edilebilmektedir. Belli bir hareketin yapılmasını emreden emir normları ise ihmali hareket ile gerçekleştirilmektedir¹³. Bazı suç tipleri yönünden ise suçun oluşumu için hem icrai hem de ihmali hareketlerin birlikte yapılması gerekmektedir. Bu çeşit suçlara karma hareketli suçlar adı verilmektedir¹⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere saf ihmali suç olarak da adlandırılan gerçek ihmali suçlar

⁸ Palazzo (n 7) 209-210; ayrıca bkz. Öntan (n 5) 135-136: “*Otoriter ya da totaliter özelliğe sahip rejimlerde, ceza yaptırımı ile karşılanan ‘yapma’ yükümlülükleri, sayıca artar ve belirsizleşir; çünkü bu rejimlerde, vatandaşların hayatını ve özgürlüklerini çok daha geniş kapsamlı düzenlemelerle kontrol etme eğilimleri görülür. Ancak bu rejimlerin dışında da, liberal devletten sosyal devlete geçişte ihmal suçların sayısı artmıştır. Sosyal devlet, bu doğrultudaki amaçları için, vatandaşlarına birçok alanda çeşitli ve yeni hareket ödevleri yüklemek eğilimindedir. Sosyal devletin özellikle dayanışma ilkesi çerçevesinde ihmal suçlarının sayısı artış göstermektedir.*”

⁹ Köksal Bayraktar, ‘Kasten Öldürme’ (1. Baskı) Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar 1 (On İki Levha Yayıncılık 2017) 26; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 130

¹⁰ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin ŞoHoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 3

¹¹ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020) 144

¹² Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985) 28

¹³ Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1954) 53; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Baskı, Beta Yayınevi 2020) 257-258

¹⁴ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975) 48

emir normuna aykırılık teşkil ederken, bir yükümlünün yapması gereken hareketi yapmamasından kaynaklanan görünüşte ihmali suçlarda esasen, yasak normunun ihlali söz konusudur¹⁵. Yargıtay'a göre; ihmali suçlar, emredici norma aykırı davranılması suretiyle işlenmektedir¹⁶.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde kanunda, ihmali hareketle işlenen gerçek ihmali suç tiplerine yer verilmişti. Bununla birlikte icrai hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Öğretide, esasında icrai hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle de işlenebileceği kabul edilmekteydi ve neticeye önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanacağı ifade edilmekteydi¹⁷. 5237 sayılı TCK'da; görünüşte ihmali suçlar yönünden Alman ve İtalyan Ceza Kanunları'nda olduğu gibi genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kasten öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmesi halini düzenleyen TCK'nın 83/2. maddesinde neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareketten kaynaklanabileceği hüküm altına alınmıştır. Neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün kaynakları tespit edilirken İtalyan Ceza Hukuku'ndan etkilenildiği söylenebilir. Zira Alman Ceza Kanunu'nda garantörlük olarak adlandırılan neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynaklar farklı biçimde tasniflenmektedir. Ancak Türk öğretisinde Alman Ceza Hukuku öğretisinden yararlanan yazarların, Almanya'daki tasniflemeyi dikkate alarak neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynakları geniş yorumlayıp garantörlük kapsamını genişlettiğini söylemek gerekir.

II. İHMALİ HAREKETİN NİTELİĞİ

İhmali hareket farklı şekillerde gerçekleştirilebilmektedir: Birinci olasılıkta beklenen hareket fail tarafından hiç yapılmaz; ikinci olasılıkta beklenen hareket zamanında yapılmaz; üçüncü olasılık ise beklenen hareket kanunun tayin ettiği yer dışında yapılır¹⁸.

¹⁵ Hakan Hakero, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 106-107

¹⁶ Bkz. Yar. CGK. E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

¹⁷ Sulhi Dönmezer, 'İhmal Suretiyle İcra Suçları' (1944) 9 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 490-493

¹⁸ Kunter (n 13) 59; Dönmezer ve Erman (n 4) 90

Taksir ile ihmal birbirlerine yakın kavramlar olsa da farklılık arz etmektedir. Zira taksir suçun manevi unsuruna, ihmal ise suçun maddi unsuru olan harekete ilişkindir. Bu nedenle ihmali suçların taksirle de işlenebileceği ifade edilmektedir¹⁹.

Taksirle gerçekleştirilen müspet bir hareketin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti sorun teşkil etmektedir. Zira dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen icrai hareket aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareketin ihmaldir²⁰. Ancak böyle durumlarda her zaman taksirli icrai suçun söz konusu olacağı, ceza hukukunun değerlendirme konusunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket olduğu, yoksa dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin kuralın ihmali olmadığı ifade edilmektedir²¹. Örneğin aracını hız sınırları üzerinde kullanan kişi, hem hız sınırını aşarak icrai bir hareket sergilemekte hem de aracını hız sınırının altına düşürmeyerek ihmali bir hareket gerçekleştirmektedir. Bu durumda kişinin hareketinin icrai olduğunu söylemek gerekir.

İhmali hareketle işlenen suçların, icrai hareketle işlenen suçlara göre daha az haksızlık içermesi nedeniyle cezasının daha az olduğu ifade edilmektedir²². Nitekim TCK'nın 83. maddesinde yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda failin daha az cezalandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak cezanın indirilip indirilmeyeceği hakim takdirine bırakılmıştır²³.

Kasten gerçekleştirilen suçlarda, gerek icrai gerekse ihmali hareketin bünyesinde barındırdığı çok yönlü davranışlar nedeniyle, ne zaman icrai hareketin ve ne zaman ihmali hareketin var olduğunu tespit etmek zorlaşabilecektir²⁴. Hareketin ihmali mi yoksa icrai mi olduğunun tespitinde hareketin ağırlık noktası belirlenerek değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵.

¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut 'Türk Ceza Hukukuna Giriş' (n 13) 259. Ancak burada ayırma gidilmesi gerektiği, gerçek ihmali suçların hem kast hem de taksirle işlenmesi mümkünken, gerçek olmayan ihmali suçların sadece kast ile işlenebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012) 222

²⁰ Hakeri 'ihmal' (n 15) 90

²¹ ibid 91

²² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 489

²³ Bkz. TCK'nın 83. maddesinin 3. fıkrası.

²⁴ Aracının üzerine başkası tarafından yazılmış bulunan ve Başbakan'a yönelik hakaret içeren ifadeleri silmeyi ihmal ederek aracını kullanmaya devam eden ve hareketin başka kimselere ulaşmasına neden olan kimsenin sorumluluğunun icrai hareket mi, yoksa ihmali hareketten mi kaynaklandığının tespiti sorun teşkil etmektedir. Bkz. Demirbaş (n 19) 221; Hakeri 'ihmal' (n 15) 28

²⁵ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) 166: "Örneğin bir annenin yeni doğmuş çocuğunu bir yere bırakıp ayrılması aslında icrai bir harekettir. Ancak hareketin ağırlık noktası ihmaldedir." Hem icrai hem de ihmali davranışların gerçekleştiği durumda ihmali davranış, icrai davranışın arkasına çekilebildiği ifade edilmekte; ancak normatif bakış açısıyla ceza hukuku açısından önem taşıyan hareketin

Maktul kadın, sanıklardan birinin işyerinde bir süreliğine çalışmış ve sonra ayrılmıştır. Sanık, maktul kadının iş yerinde hırsızlık yaptığını düşünerek diğer sanıklarla maktul kadını aramaya başlamıştır. Maktul kadına bir sokakta rastlayarak zorla arabaya bindirmişler ve maktul kadını sanığın iş yerine getirmişlerdir. Maktul kadın alıkonulduğu süre içerisinde işkenceye maruz kalmış ve tecavüze uğramıştır. Sonrasında sanıklardan birkaçı, bilinci kapalı halde maktul kadını evine bırakmıştır. Yaralı halde evine ulaşan kadın tüm müdahalelere rağmen kurtarılamamıştır. Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi raporunda; diyabet hastası olan kadının alıkonulduğu süre içerisinde ilaçlarını kullanmaması nedeniyle hayatını kaybettiği tespiti yapılmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi, sanıkların maktulü alıkoyup şeker hastalığı nedeniyle ilaçlarına kullanmasına ve tedavi olmasına imkan vermeyerek ölümüne neden olduklarından eylemin ihmali davranışla kasten öldürme suçunu oluşturduğuna hükmetmiş²⁶; Yargıtay da, istinaf mahkemesinin bu nitelendirmesini hukuka uygun bularak kararı onamıştır²⁷.

Yukarıda nakledilen olayda; darp edilen ve hatta uyuşturucu madde içirildiği iddia edilen maktul kadının diyabet hastalığı nedeniyle kullanması gereken ilaçlara, alıkonulması nedeniyle ulaşamaması sanıkların ihmali hareketlerinden değil, bizzat kişiyi hürriyetinden yoksun kılma şeklindeki icrai hareketlerinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki önceden gerçekleştirilen hareketin kasıtlı olması durumunda, sanıklar yönünden sonucun meydana gelmesini önleme yükümlülüğü doğmayacağından; sanıkların kasten ve icrai hareketle işlediği suçtan sorumlu olmaları gerekirdi²⁸.

Hareketin ihmali mi yoksa icrai mi olduğunun tespit edilemediği hallerde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca hareketin ihmali olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁹.

Sanık evlilik dışı ilişki sonucu hamile kalmıştır. Bebeğini evde doğurduktan sonra bir beze sarıp ve poşetin içerisine koyup boş bir araziye bırakmıştır. Görevli, arazide rastladığı poşeti çöp konteynırına attığı sırada, poşetin içerisinde, kurtlanmış vaziyetteki bebek cesedine rastlamıştır. Bebek üzerinde yapılan otopside, kafa kırığı ve kaburga üzerinde lezyon tespit

ağırlık noktasını ihmali davranışın oluşturduğu bazı istisnai durumlarda suçun ihmali davranışla işlendiğinin kabulünün gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 142

²⁶ Bkz. Adana BAM 4. CD, E. 2019/4869, K. 2020/744, 04.03.2020.

²⁷ Bkz. Yar. 1. CD, E. 2022/1285, K. 2022/2048, 16.03.2022.

²⁸ İskenderun 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.09.2019 tarih ve 2019/4869 Esas 2020/744 Karar sayılı ilamında sanıkların olası kastla ve icrai davranışla öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

²⁹ Hakeri 'ihmal' (n 15) 90

edilmiştir. Söz konusu yaralanmanın bebeğin ölümünden önce mi, yoksa ölümden sonra mı gerçekleştiği yönünde bir tespit yapılamamıştır. Yüksek Mahkeme, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanığın, icrai davranışla gerçekleştirilen kasten öldürmeden değil, bebeğini boş bir araziye bırakıp koruma ve gözetim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı ihmali hareketten sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir³⁰. Yüksek Mahkeme bu kararında, sanığın ihmali hareketten sorumlu olmasına gerektiğine hükmetmiş ise de; başka bir kararında farklı bir görüşü benimsemiştir: Yeni doğmuş savunmasız halde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karşılayamayan beş günlük bebeğini, güvende olduğu evinden alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğin karnını doyumamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebeğinden kurtulmak amacı taşıyan sanık, öleceğini bildiği halde bebeğini ıssız bir yere götürerek kendi halinde bırakmış ve kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiştir. Sanığın bu eyleminin bebeği boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıştan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtle ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir³¹.

Yüksek Mahkemenin son vermiş olduğu kararın daha isabetli olduğunu söylemek gerekir. Çocuğunun gerekli bakımını yapmamak ihmali bir harekettir. Ancak başkalarının da yardımını engelleyecek bir biçimde çocuğunu ıssız bir yere götürüp terk etmek ihmali hareket olarak kabul edilmemelidir³². Terk edilen yer ıssız bir yer olmasa ve bebek hayatını kaybetmiş olsa da yine icrai hareketin varlığından söz edilecektir. Nitekim Yüksek Mahkeme benzer bir olayda, bebeğini terk eden ve hayatını kaybetmesine neden olan sanık anneyi, icrai hareketle nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutmuş; bebeğin atıldığı yer itibariyle yoldan geçen birisi tarafından bulunabilme ihtimali olması nedeniyle, sanık annenin olası kastla öldürmeden

³⁰ Yar. CGK, E. 2012/1-1570, K. 2013/339, 05.07.2013; aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yar. 1. CD, E. 2011/4322, K. 2012/3639, 07.05.2012: “Adli tip kurumu raporunda otopside belirtilen bulguların ölümden önce mi veya sonra mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ve ileri çürüme nedeniyle ölüm sebebinin tespit edilemediğinin belirtildiği olayda, sanığı eyleminin ihmali suretiyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden,”

³¹ Bkz. Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

³² Bkz. Öntan (n 5) 133: “Oysa nedensel süreci başlatan annenin bebeği başka bir yere götürüp bırakmak şeklindeki eylemidir.” Sanık, bebeğini başkalarının bulabileceği bir yere terk etseydi farklı bir değerlendirme yapılabilecekti. Ayrıca bkz. Yar. 1. CD, E. 2019/2046, K. 2019/3869, 24.09.2019: “sanığın doğum yapmak için tuvalete girdiği, doğum sonrası bebeğin göbek bağına bağlanmadığı gibi klozet içinde bıraktığı daha sonra bebeğin üst üste geçirilmiş poşetler içinde önce terasa bırakıldığı, suç tarihi itibariyle havanın soğukluğu da göz önüne alındığında ölümün mutlak ve kaçınılmaz olduğu, hatta diğer sanığın cesetten kurtulmak amacıyla bebeğin cansız bedenini terastan alarak çöp bidonunun içine attığı olayda her iki sanığın eylemi icra hareketle nitelikli kasten öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin TCK'nın 83/3. maddesi uyarınca tayin edilen cezalardan indirim yapılması,”

cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir³³. Başka bir olayda çöpe atılan bebek belediyeye bağlı temizlik işçisi tarafından bulunmuş, hemen hastaneye kaldırılmış ve yoğun bakımdaki tedavisinden sonra sağlığına kavuşmuştur. Bu olayda Yüksek Mahkeme, sanık annenin eyleminin icrai hareketle nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs olduğuna hükmetmiştir³⁴. Olası kastın varlığı kabul edilseydi; netice kastı belirleyeceğinden sanık annenin eyleminin kasten yaralama suçunu oluşturacağı kabul edilmeliydi.

Maktul 80 yaşındadır ve rahatsızlığı nedeniyle ancak bastonla yürüyebilmektedir. Sanık, maktulün oğludur ve yıllardır eşiyile birlikte maktulün bakımını üstlenmektedir. Bir süre sonra maktulün bakımında güçlük çekmeye başlamışlardır ve sanığın eşi de daha fazla maktule bakmak istememiştir. Olay günü sanık, akşam saatlerinde babasını evden alarak otomobili ile ikamet ettikleri eve 22 km uzaklıkta bulunan ormanlık ve ıssız bir alana bırakmış ve sonrasında eve geri dönmüştür. Olaydan iki gün sonra, bırakıldığı yere kısa bir mesafede bulunan dere yatağında maktulün cesedi bulunmuştur. Maktulün ölümü, kendisinde önceden var olan kronik kalp-damar ve akciğer hastalığından kaynaklanmıştır. Adli Tıp Kurumu tarafından sanığın ıssız bir yere bırakma eylemi ile maktulün ölümü arasında nedensellik bağının bulunduğu tespiti yapılmıştır. Yüksek Mahkeme bu olayda, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun değil, icrai hareketle ve olası kastla öldürme suçunun gerçekleştiğine hükmetmiştir. Gerekçede, sanığın, maktul babasına karşı olan bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi ve terk etmesinden öte, yaşlı, uzun mesafe yürüyemeyen ve kendini tek başına idare edemeyecek durumda olan maktulü, mevsim ve hava koşulları itibariyle soğuk bir havada, başka kişiler tarafından sıklıkla kullanılmayan, dağlık ve ormanlık bir araziye bıraktığı, maktulün, kişisel durumu itibariyle mevcut hava ve arazi şartlarına karşı mücadele edip hayatta kalamayacağını öngördüğü ve

³³ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/1-161, K. 2015/493, 08.12.2015: “*sanığın akrabası ile yaşadığı cinsel ilişki sonucunda hamile kalıp, hamileliğini gizlediği, olay tarihinde öğle saatlerinde kimse görmeden dedesinin kullanılmayan evinin tuvaletinde doğum yaptığı, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan tuvaletin 35 metre uzağında bahçelere giden patika yolun kenarındaki çalılıkların üzerine çıplak şekilde attığı, daha sonra ailesi ile birlikte yaşadığı eve dönerek günlük yaşamına devam ettiği, aynı gün saat 19.30 sıralarında olay yerinden geçen tanık tarafından bebeğin tesadüfen canlı olarak bulunup hastaneye sevkinin sağlandığı, ancak ertesi gün bebeğin tedavi gördüğü hastanede hayatını kaybettiği olayda; sanığın ilişkisini ve hamileliğini gizlemesi, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan çıplak şekilde tarlalara giden patika yolun yanındaki çalılıkların üzerine atması, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun 30.09.2010 tarihli raporunda da bebeğin çıplak olarak açık alana terk edilmiş olmasının ölümünün meydana gelmesinde etkisi olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın asıl amacı terk olmadığı gibi icrai eylemi ve davranışları göz önüne alındığında ihmali davranışla ölüme neden olma suçunun da söz konusu olamayacağı, bebeğin yola 180 cm mesafeye atılması, bebeğin atıldığı yer itibariyle yoldan geçen birisi tarafından bulunabilme ihtimalinin olması, nitekim bebeğin canlı olarak tanık tarafından bulunması dikkate alındığında sanığın eylemi sonucunda bebeğin ölümünün muhakkak ve kesin olmayıp muhtemel olduğu, sanığın da muhtemel bu neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği, bu nedenle doğrudan kastın varlığından da söz edilemeyeceği anlaşıldığından sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.”*

³⁴ Bkz. Yar. CGK, E. 2015/1-986, K. 2018/102, 20.03.2018.

doğabilecek neticeleri kabullendiği, böylece olası kastla öldürme suçunu işlediği ifade edilmiştir³⁵.

III. GERÇEK İHMALİ SUÇ İLE GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇ AYRIMI

Bazı suç tipleri sadece ihmali bir hareketle işlenebilmektedir. Bu türdeki suç tiplerine sırf ihmal suçları ya da gerçek ihmali suçlar denmektedir. Bunun yanı sıra, esasen icrai hareketle işlenen suçlar bazı durumlarda ihmali bir hareket gerçekleştirmek suretiyle işlenebilmektedir. Bu sonucuna ihmal yoluyla işlenen icrai suçlar, diğer tabiriyle görünüşte ihmali suçlar adı verilmektedir³⁶.

Gerçek ihmali suçlarda, kişinin hangi hareketi, nasıl bir durum karşısında yapması gerektiği ilgili normda açıkça belirtildiği halde, ihmal yoluyla icrai suçun karşılığı olan görünüşte ihmali suçlarda, harekete geçmekle yükümlü olan failin, neticeyi önlemek için ne yapması gerektiği genellikle kanunda gösterilmez³⁷.

Yargıtay'a göre; ihmali suçlar gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak iki kategoride değerlendirilmektedir. Gerçek ihmali suçlar, kişinin kanunda tanımlanan icrai davranışı kasten yapmamasıyla oluşmakta olup, suçun gerçekleşmesi için ayrıca neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Görünüşte ihmali suçlar ise neticeli suçlardır³⁸. Görünüşte ihmali suçlar, neticenin önlenmesi bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan fail tarafından, kanunda tanımlanan neticenin meydana gelmesinin engellenmemesi şeklinde işlenirler; kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun, ihmali bir hareketle işlenmesine görünüşte ihmali suç denilmektedir³⁹.

Aşağıda hem öğretinin hem de Yargıtay'ın da benimsediği ayrım doğrultusunda ihmali suçlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. GERÇEK İHMALİ SUÇLAR

Gerçek ihmali suçlarda, failin hareketsiz kalması suçun tamamlanması için yeterlidir; bu türdeki ihmali hareketin cezalandırılması için zarar neticesinin ortaya çıkıp çıkmadığına

³⁵ Yar. 1. CD, E. 2012/5467, K. 2013/1230, 20.02.2013.

³⁶ Soyaslan 'Genel Hükümler' (n 2) 241

³⁷ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Bası, Beta Yayınevi 1992) 52

³⁸ Bkz. Yar. CGK, E. 2019/16-620, K. 2021/523, 03.11.2021.

³⁹ Bkz. Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

bakılmaz ve neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁰. Bu yönüyle gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçu niteliğindedir⁴¹.

Gerçek ihmali suçlar, suç tipinde ayrıca failde bir özellik aranmadığı takdirde⁴² herkes tarafından işlenebilir⁴³. Bunun yanı sıra gerçek ihmali suçlardan sorumluluğun doğabilmesi için kişinin zorunlu hareketi yapma imkanının bulunup bulunmadığının ayrıca tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Gerçek ihmali suçlarda, hareketsiz kalma nedeniyle başka veya ağır bir netice meydana gelebilir. Örneğin yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle kişinin ölmesinde olduğu gibi⁴⁴. Bu gibi durumlarda ağırlaşan veya başka netice yönünden cezalandırma yoluna gidilebilmesi için yeni bir suç ihdas eder gibi kanunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir⁴⁵. Nitekim TCK'nın 98. maddesinin 2. fıkrasında yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda kişinin daha ağır cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁶.

Yargıtay'a göre; TCK'nın 98. maddesindeki, “*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*”; TCK'nın 175. maddesindeki, “*akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*”; TCK'nın 176 maddesindeki. “*inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirlerin alınmaması*”; TCK'nın 177. maddesindeki, “*gözetim altında bulunan hayvanın kontrol altına alınmasında ihmal gösterilmesi*”; TCK'nın 178. maddesindeki, “*herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret*

⁴⁰ Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, ‘Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)’ (2012) 7 (18) Ceza Hukuku Dergisi 14; Centel s. 79; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Baskı, Beta Yayınevi 2015) 211

⁴¹ Demirbaş (n 19) 221

⁴² TCK'nın 175. maddesinde düzenlenen “*Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali*” suçu gerçek ihmali suç niteliğindedir. Ancak bu suçun faili herkes olamaz. Akıl hastasına bakmakla ve gözetmekle yükümlü olan kimseler hastanın aile bireyleri olabileceği gibi hastaya bakmakla yükümlü sağlık çalışanları da olabilir. Böyle bir yükümlülüğü bulunmayan bir kişinin bu suçu işlemesi mümkün değildir ve bu nedenle ilgili suç tipi özgü suç niteliğindedir. Bkz. Ozan Ercan Taşkın, ‘Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2476

⁴³ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) 178

⁴⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 265

⁴⁵ Temel sorumluluk şekli kasttır. (Bkz. TCK 21/1) Bir hareketin taksirli halinin cezalandırılması için kanunda açıkça bir düzenlemeye yer verilmiş olması şarttır. (Bkz. 22/1). Kanunda açıklık olmasa da taksirli suçlar için geçerli olan durumun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için de geçerli olduğunu söylemek gerekir. Bkz. Ersin Şare, ‘Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma Suçu (TCK m. 87/4)’ (2020) 25 (43) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291

⁴⁶ Yargıtay'a göre, ilgili suç kapsamında, ağırlaşan netice yönünden failin sorumlu olabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Bkz. Yar. 4. CD, E. 2015/27008, K. 2016/615, 18.01.2016.

veya engellerin konulmaması”; TCK’nın 257/2. maddesindeki, “görevinin gereklerinin yapılmasında ihmal ve gecikme gösterilmesi”; TCK’nın 279. maddesindeki, “kamu adına soruşturmayı ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunulmasının ihmal edilmesi veya bu hususta gecikme gösterilmesi”; TCK’nın 280. maddesindeki; “sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi”; TCK’nın 284. maddesindeki, “hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmemesi” gerçek ihmali suçlara örnektir⁴⁷.

1. Gerçek İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

Belli bir durum karşısında sırf hareketsiz kalındığı için kişinin cezalandırıldığı gerçek ihmali suçlarda, netice harekete bitişik olduğundan ve belli bir zarar neticesinin gerçekleşmesi ayrıca aranmadığından hareket ile netice arasında nedensellik bağına tespit etmek sorun teşkil etmez⁴⁸.

Yargıtay’a göre; TCK’nın 257/2. maddesindeki, “görevinin gereklerinin yapılmasında ihmal ve gecikme gösterilmesi” gerçek ihmali suçtur. Ancak ilgili suç tipinde, suçun gerçekleştiğinin kabulü için ihmali hareketin “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama” neticesini doğurması aranmıştır. Bir görüşe göre, bunun gibi ihmali suç tipinde neticenin gerçekleşmesi aranmış ise, ihmalle netice arasında nedensellik bağına tespit etmeye gerek bulunmamaktadır⁴⁹. Yüksek Mahkeme, görevi ihmal suçunda ortaya çıkması gereken “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama” neticesini objektif cezalandırılabilme koşulu olarak nitelendirmektedir⁵⁰.

2. Gerçek İhmali Suçlarda Manevi Unsur

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ihmalden söz edebilmek için kişinin bunu iradesi ile yapması gerekmektedir. Zira sosyal yaşamda, yapılmayan her şeyin ihmal kapsamına girdiği şeklinde yanlış bir sonuca ulaşılabilir⁵¹.

⁴⁷ Bkz. Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020; Yar. CGK, E. 2014/12-103, K. 2014/552, 09.12.2014.

⁴⁸ Kunter (n 13) 208

⁴⁹ Öntan (n 5) 164

⁵⁰ Bkz. Yar. 5. CD, E. 2021/6004, K. 2021/5499, 10.11.2021; Yar. 5. CD, E. 2021/6023, K. 2021/4301, 07.10.2021.

⁵¹ Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 68: “örneğin uyuyan bir kimsenin, yemek yemeyi ihmal ettiğini söylemek mümkün değildir.”

Gerçek ihmali suçların kasıtlı olarak işlenebileceği gibi taksirli olarak da gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁵². Ancak her halükarda ihmali hareket ile işlenen taksirli bir suçun cezalandırılması için kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵³.

Kasten işlenebilen gerçek ihmali suçlarda fail, ihmali harekette bulunduğunu bilmeli ve bunu istemelidir⁵⁴.

Cumhuriyet Savcısı 87 adet soruşturma evrakını, iki yıl bir aya varan sürelerle işlemsiz bırakmıştır. Bu ihmali nedeniyle Yüksek Mahkeme, kamu görevlisi olan sanığın, görevi ihmalden cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Aynı kararda; görevi ihmal suçunun kasten işlenebileceği belirtilmiş, suçun oluşumu için kamu görevlisinin görevini bilerek ve isteyerek ihmal etmesinin ve geciktirmesinin gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵.

3. Gerçek İhmali Suçlarda Teşebbüs

Sırf hareket suçu olması ve neticenin harekete bitişik olması nedeniyle gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmektedir⁵⁶. Başka bir ifade ile, gerçek ihmali suçlarda hareket yapılır yapılmaz netice de kendiliğinden gerçekleştiğinden, hareketin yapılmasına rağmen neticenin meydana gelmemesini belirten teşebbüs durumunun, bunun gibi suç türlerinde söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷. Farklı görüşe göre ise, bu türden suçlarda parçalara bölünebilen bir gerçekleşme ya da suç yolu söz konusu olduğunda, teşebbüs mümkün olabilir⁵⁸. Failden beklenen hareketin yapılması bakımından bir zaman aralığı öngörülmüşse, bu zaman sürecinin sonuna kadar suç teşebbüse müsaittir⁵⁹. Yüksek Mahkemeye göre; gerçek ihmali suçlarda teşebbüs mümkün değildir⁶⁰.

⁵² Dönmezer ve Erman (n 4) 90. Gerçek ihmali suçların yapısı itibarıyla şekli suç olduğu ve bu nedenle gerçek ihmali suçların taksirli halinin kural olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Zafer (n 40) 216

⁵³ Bkz. TCK'nın 22. maddesinin 1. fıkrası; ayrıca bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 490: "Esasen suçların kasten işlenebileceği, taksirle işlenmesinin istisna olduğu dikkate alındığında taksirle işlenen ihmali hareketli suçun kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir."

⁵⁴ Dönmezer ve Erman (n 4) 90

⁵⁵ Yar. CGK, E. 2011/4. MD-492, K. 2012/87, 13.03.2012.

⁵⁶ Kunter (n 13) 55; Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 225; Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 345; Önder Tozcan, 'İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme' (2009) 22 (84) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 175

⁵⁷ Dönmezer ve Erman (n 4) 89

⁵⁸ Bkz. Öntan (n 5) 158

⁵⁹ Zafer (n 40) 211

⁶⁰ Gerçek ihmali suç niteliğinde olan yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu yönünden suçta teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Yar. 4. CD, E. 2015/27008, K. 2016/615, 18.01.2016.

4. Gerçek İhmali Suçlarda İştirak

Kanunda yer verilen gerçek ihmali suç tipi özgü suç niteliğinde değilse, birden fazla kişi müşterek fail olarak bu suçu işleyebilir. Gerçek ihmali suç tipinin sadece belli yükümlülüğü olan kişi tarafından gerçekleştirilebileceği öngörülmüşse; failin ihmali hareketine ancak azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edilebileceği ifade edilmektedir⁶¹. Örneğin TCK'nın 280. maddesindeki; “sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi” suçunda fail ancak sağlık mesleği mensubu olan kişi olabilir; sağlık mesleği mensubu olan kişinin ihmaline ancak azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmek mümkündür.

Yüksek Mahkeme'ye göre, gerçek ihmali suçta “yap” emrini yerine getirmeyen her kişinin ihmali hareketi ayrı bir suç oluşturacaktır; bu nedenle gerçek ihmali suçlarda müşterek faillik mümkün değildir⁶².

5. Gerçek İhmali Suçlarda İçtima

Gerçek ihmali suçların müteselsil suç olarak işlenmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; bir suç işleme kararı ile 216 adet soruşturma dosyasını işlemsiz bırakarak kişilerin mağduriyetine neden olan Cumhuriyet Savcısının zincirleme biçimde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlediğine hükmetmiştir⁶³. Her ne kadar ilgili kararında Yüksek Mahkeme, kişilerin mağduriyeti nedeniyle sanığın cezalandırılması gerektiğine hükmetmiş ise de, esasında burada suçu oluşturan tipik netice, kamunun zarara uğratılmış olmasıdır; başka bir ifade ile esas mağdur kamu idaresidir. Zira dosyaların sürüncemede bırakılması nedeniyle kişilerin mağduriyetlerine yol açıldığının kabulü halinde her bir mağdura karşı ayrı bir eylem bulunması nedeniyle 216 farklı görevi ihmal suçunun oluştuğunun kabulü gerekirdi.

TCK'nın 175. maddesinde yer alan, “Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali” suçu, gerçek ihmali suçlardan birisidir. Aynı zamanda soyut tehlike suçu niteliğindedir; başka bir ifade ile suçun oluşumu için bir akıl hastasını başkaları yönünden tehlikeli olacak bir şekilde ihmal etmiş olması yeterlidir, mutlak surette bir zararın ortaya çıkması gerekmez. Ancak bir zarar ortaya çıkmış ise bu, suçun ispatı bakımından önem arz

⁶¹ Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2009) 270

⁶² Bkz. Yar. 4. CD, E. 2015/27008, K. 2016/615, 18.01.2016.

⁶³ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/5. MD-277, K. 2014/476, 04.11.2014; benzer karar için bkz. Yar. CGK, E. 2012/4 MD-1283, K. 2014/430, 21.10.2014.

eder. Bunun birlikte akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim ile yükümlü olan kişi, bu yükümlülüğünü kasten ihlal etmiş ve başkalarının hayatı, sağlığı üzerinde tehlikenin de ötesinde bir zarar ortaya çıkmış, mesela akıl hastası kişi bir başkasını öldürmüş ya da yaralamış ise görünüşte ihmali suç niteliğinde olan TCK'nın 83 ya da 88. maddelerinde düzenlenen suçlardan sorumlu olması gerekecektir⁶⁴. Ancak bu durumda da ihmal gösteren sanığın, zarar neticesini bilmesi ve istemesi yani yaralama ve öldürme kastıyla hareket etmiş olması gerekir. Zarar suçları ile tehlike suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisinin olduğu, asli normun önceliği ilkesi gereği bir akıl hastasının bir başkasına zarar vermesi durumunda failin, sadece görünüşte ihmali suç niteliğindeki 83. ve 88. maddeler uyarınca sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

Bir akıl hastasını başkaları yönünden tehlikeli olacak bir şekilde ihmal eden fail, akıl hastasının bir başkasını öldürmesini ya da yaralamasını istememişse, iki ayrı suçtan sorumluğuna gidilebilecektir: Hem akıl hastasını kontrolünde tutmakta ihmal göstermesi nedeniyle TCK'nın 175. maddesinden; hem de akıl hastasının bir başka kişiye zarar vermesi nedeniyle taksirle yaralamaya ya da ölüme neden olma suçundan sorumlu olacaktır. Bu durumda fikri içtima gereği sanığın en ağır suç olan taksirle yaralama veya ölüme neden olma suçundan sorumlu olması gerekir.

Gerçek ihmali suçlarda fikri içtima ilişkisinin, özellikle bir hareketle birden çok yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken hallerde ortaya çıkacağı belirtilmektedir⁶⁶.

TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen “yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçunda olduğu gibi aynı suç tipinde birden fazla ihmali davranış tanımlanmış ve fail hem “yardım yükümlülüğü”nü yerine getirmemiş hem de “bildirim yükümlülüğü”ne uymamış ise tek bir suçtan cezalandırılması gerekmektedir. Zira seçimlik hareketlerden birinin ya da birkaçının birlikte gerçekleştirilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

6. Gerçek İhmali Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru

Hareket, kanunun bir hükmünü ihlal ettiğinde biçimsel hukuka aykırılıktan; hukuken korunan varlık ya da menfaati ihlal ettiğinde maddi anlamda hukuka aykırılıktan söz edilmektedir⁶⁷. İhmalin normatif yapısı gereği gerçek ihmali suçlarda biçimsel hukuka aykırılığı esas almak kaçınılmazdır. Bir durum karşısında hareketsiz kalmak ahlaken

⁶⁴ Öntan (n 5) 230

⁶⁵ Taşkın (n 41) 2481; Kayıhan İçel, Suçların İçtiması (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972) 215

⁶⁶ İçel ‘suçların içtiması’ (n 65) 69

⁶⁷ Bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 40

kınanabilir. Ancak ceza kanununda “hareket geç” şeklinde emredici bir norm yer almadığı sürece kişiyi cezalandırmak mümkün olmaz. Bu nedenle gerçek ihmali suçlarda, suçun oluşumunda maddi hukuka aykırılığın esas alınması ve bunun izahı güçlük arz etmektedir. Bunun dışında gerçek ihmali suçlar, hukuka aykırılık yönünden bir özellik göstermezler. Niteliği uygun düştükçe bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde gerçek ihmali suç teşkil eden hareket hukuka uygun hale gelebilir.

Sel sularına kapılan bir kişiye, suların yükselmesi nedeniyle yardım etmeyen ya da bulaşıcı bir hastalığı olduğunu bildiği bir kimseye yardım etmeyen kişinin zorunluluk halinden faydalanabileceği ve böyle bir durumda gerçek ihmali suç niteliğinde olan ve TCK’nın 98. maddesinde düzenlenen yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun oluşmayabileceği belirtilmektedir⁶⁸. Şüphesiz bu önerme zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabulü halinde geçerli olacaktır.

B. GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇ

Esasında icrai nitelikteki hareketle işlenen bir suç, somut olayda ihmali hareketle gerçekleştirilmişse görünüşte ihmali suçtan söz edilecektir⁶⁹. Başka bir ifade ile bu türden suçlar icrai hareketle gerçekleştirilebildiği gibi ihmalle de gerçekleştirilebilmektedir⁷⁰.

Görünüşte ihmali suçta suçun oluşumu için belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu bir neticenin meydana gelmesi gerekir ve bu netice suçun oluşumu için unsur olarak aranmaktadır⁷¹.

Görünüşte ihmali suçlar, sadece sonucu engellemekle yükümlü kişi tarafından işlenebilmektedir⁷². Bu yönüyle görünüşte ihmali suçlar, özgü suç niteliğindedir⁷³. Failin, özgü suçun aradığı özelliklere sahip olup olmadığı suçun tipik olup olmadığıyla ilgilidir⁷⁴.

Görünüşte ihmali suçlarda, ihmali hareketin, icrai harekete eşdeğer kabul edilebilmesi için failin, hukuksal yarara yönelik ihlali önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında olması gerekir. Ayrıca yükümlülüğe uygun davranmak suretiyle neticenin ortaya çıkmasını

⁶⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘genel hükümler’ (n 44) 351

⁶⁹ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Beta Yayınevi 2016) 269

⁷⁰ Zafer (n 40) 212

⁷¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 159

⁷² Nur Centel, ‘İhmali Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK. m. 83, 88/2)’ (2010) Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt III Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan 78

⁷³ Bkz. Özen (n 9) 130

⁷⁴ Hakeri ‘genel hükümler’ (n 24) 171

önlemek mümkün olmalıdır ve son olarak neticenin önlenmek için icrai harekette bulunması failden beklenebilmelidir⁷⁵.

TCK'da intihar veya intihara teşebbüs suç olarak düzenlenmediğine göre, kişinin kendi bedenine, akıl ve ruh sağlığına zarar veren ihmali hareketleri suç teşkil etmez; başka bir ifade ile görünüşte ihmali suçlarda suçun mağduru ancak failden başkası olabilir⁷⁶.

TCK'da, Alman⁷⁷ ve İtalyan⁷⁸ Ceza Kanunu'nda olduğu gibi -ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılması için- ihmali davranışla işlenen suçlar yönünden genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yer vermeyişin nedeninin, bu türden düzenlemelerin, suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı yönündeki düşünce olduğu ifade edilmektedir⁷⁹. Zira hem Almanya'da hem de İtalya'da neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğüne ilişkin kaynaklar mahkeme içtihatları ve öğreti tarafından oluşturulmaktadır.

Görünüşte ihmali suçların ne şekilde cezalandırılacağı, TCK'nın genel hükümler kısmında yer verilmeyişinin bir eksiklik olduğu; çünkü hareketin bu şekilde işleniş tarzının sadece kasten öldürme ve kasten yaralama suçları ile sınırlı olmadığı ifade edilmektedir⁸⁰.

⁷⁵ Öztürk ve Erdem (n 42) 179

⁷⁶ Centel (n 72) 79

⁷⁷ Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında; *“bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukuki yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmesi şarttır.”* hükmü yer almaktadır ve aynı maddenin 2. fıkrasında fiilin ihmal suretiyle icrası halinde; cezanın 49. maddenin 1. fıkrası gereğince indirilebileceği belirtilmiştir. Kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 15. Kanunun genel hükümler bölümünde yer alan bu maddede hukuki yükümlülüğün nelerden kaynaklanacağı konusunda bir belirleme yapılmamış ve bu boşluğun doldurulması öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Alman hukukunda, görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün doğumuna ilişkin olarak ikili ayırım yapılmaktadır. Bu ayırımın yükümlülüğün amacından yola çıkılarak yapıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çeviren: Salih Oktar (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 300-301. Bunlardan ilki hukuken korunan belirli menfaatleri koruma yükümlülüğü, diğeri ise kişinin yetki ve hakimiyeti alanından kaynaklanan tehlikeler bakımından gözetme yükümlülüğüdür. Bkz. Hakeri 'ihmal' (n 15) 124-204; Hilgendorf/Valerius s. 300-301. Sonuncusu, gözetme yükümlülüğü bulunan kişinin emri altında bulunan kişilerin hareketlerinin sorumluluğu ve bundan kaynaklanan denetim yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007) 54. Ayrıca bkz. Hakeri 'ihmal' (n 15) 178: *“Bu garantörlük korumanın gönüllü üstlenmesinden veya yükümlülüğe aykırı öngelen tehlikeli fiilden bağımsız olarak mevcuttur. Bu itibarla, bu garantörlük, söz konusu iki garantörlük kategorisinin yanında ve fakat müstakil olarak bulunabilmektedir.”*

⁷⁸ İtalyan Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde; *“hiç kimse suçun varlığının bağlı olduğu zarar ya da tehlike neticesine, hareket veya ihmaliyle neden olmadıkça, kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Önlemek konusunda hukuki yükümlülüğü olan bir neticeyi önlememe, ona sebep olmamaya eşdeğerdir.”* hükmü yer almaktadır. Kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Öntan (n 5) 143-144; Pisapia (n 6) 70

⁷⁹ Gökçen ve Balcı (n 40) 9; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'özel hükümler' (n 71) 156

⁸⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 170

1. Görünüşte İhmali Suçlarda Neticeyi Önlemek İçin İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğü

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi başlığı altında düzenlenen TCK'nın 83. maddesinin 1. fıkrasında; *“kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir”* hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında; *“ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin belli bir icrai davranışta bulunma hususunda kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirilen hareketin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlike yaratmasından kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması gerekir”* hükmüne yer verilmiştir.

Alman ve İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi genel hükümler kısmında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından ve sadece bazı suçların ihmali hareketle işlenmesini özel olarak düzenlemesi nedeniyle, aktif bir davranışta bulunma yükümlüsü olmasına rağmen, hareketsiz kalınarak işlenen görünüşte ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenleme altına alınması halinde cezalandırılabilmesi sonucunun çıktığı ifade edilmektedir⁸¹. Bu nedenle Türk Ceza Hukuku'nda neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün, sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarına ilişkin olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁸².

Yargıtay'a göre, kanunilik ilkesi açısından, görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemenin genel hükümlere konulmasında zorunluluk vardır. Mevcut düzenlemeye göre, ihmali hareketle işlenebileceği açıkça belirlenmeyen suçların ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir⁸³.

Türk Ceza Hukuku'nda neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün, sadece kasten öldürme, kasten yaralama suçları için geçerli olduğu ve icrai hareketle işlenebilen diğer suç tiplerinin ihmali hareketle işlenmesi halinde cezalandırılmasının mümkün olmadığı görüşü kabul edilemez⁸⁴. Kaldı ki bu görüşün kabulü halinde bir suça ihmal ile iştirak

⁸¹ Hakeri 'genel hükümler' (n 24) 170-171. Kanunilik ilkesi gereği görünüşte ihmali suçların TCK'da açıkça düzenlenmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 224

⁸² Öztürk ve Erdem (n 42) 182

⁸³ Öğretiye atıf yapılarak bu görüşün benimsendiği dolaylı olarak bildirilmiştir. Bkz. Yar. CGK, E. 2019/16-620, K. 2021/523, 03.11.2021.

⁸⁴ Bkz. İçel 'genel hükümler' (n 69) 270-271: *“aynı koşulların aranması suretiyle diğer kasıtlı suçlar bakımından da ihmal suretiyle icradan söz edilebilir.”*

edilmesinin dahi cezalandırılmayacağı sonucu çıkar⁸⁵. İşkence suçunun düzenlendiği TCK'nın 94. maddesinin 5. fıkrasında; “*bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde, harekete geçme yükümlülüklerinin sıralandığı TCK'nın 83/2. maddesine yollama yapılmamış, ayrıca suçun ihmali hareketle işlenmesi halinde indirim yapılmayacağı belirtilmiştir⁸⁶. Bu hükümden, sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarının değil, diğer icrai hareketle gerçekleştirilen suçların da ihmali hareketle işlenebileceği sonucu çıkabilecektir.

İhmali hareketten bahsedebilmek için muhakkak hukuk düzeni tarafından yüklenmiş bir yükümlülüğün bulunması gerekir. Örneğin; din kurallarıyla bir yükümlülüğün getirilemeyeceği, din kuralının gereğini yerine getirmemenin ihmal olarak kabul edilip cezai sorumluluğa yol açmayacağı belirtilmektedir⁸⁷. Açlıktan ölmek üzere olan bir yoksula yardım edilmemesi, cezai sorumluluk doğurmaz⁸⁸. Hatta hiçbir fedakarlık ve özveri gerektirmeyen bir hareketle başkasına yardım etmek mümkünken hareketsiz kalan kişi, harekete geçmesi yönünden bir yükümlülüğü bulunmuyorsa, cezalandırılmaz; yanan evde bulunan komşusunu kurtarmak için sadece bir merdiveni dayamasının yeteceği bir durumda, bilerek ve isteyerek hareketsiz kalan kişi, komşunun uğrayacağı zarardan yani ölüm ya da yaralama neticesinden sorumlu olmaz⁸⁹. Bu anlamda kişilere, kanundan, sözleşmeden ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklanan icra davranışta yükümlülüğünün haricinde, zararlı neticenin önüne geçmek için genel bir yardım yükümlülüğü getirilmesi mümkün değildir.

Türk Ceza Hukuku'nda neticeyi önlemek için belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün örf ve adetten kaynaklanmasının kabul edilmediği ifade edilmektedir⁹⁰. Aşk, arkadaşlık, komşuluk ilişkilerinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, ihmali suçlar yönünden bir sorumluluk doğurmaz⁹¹.

⁸⁵ Bkz. Öntan (n 5) 148: “*Bu kabulle örneğin, hırsızlık suçuna, kasten pencereyi kapamayı ihmal eden misafirin yardım etme şeklindeki davranışı cezalandırılmayacaktır.*”

⁸⁶ Dönmezer ve Erman (n 4) 93

⁸⁷ Alacakaptan (n 14) 44: “*din kuralları yoksullara yardımda bulunmayı emreder. Ne var ki, gördüğümüz bir yoksula veya yoksul bir komşumuza yardımda bulunmazsak ve yoksul açlıktan ölse, bize ona yardım görevini yükleyen bir hukuk kuralı olmadığı için ceza hukuku anlamında ihmali bir harekette bulunmuş olmayız ve dolayısıyla sorumlu tutulamayız.*”

⁸⁸ Bkz. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (15. Baskı, Beta Yayınevi 1998) 14; Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1994) 9

⁸⁹ Dönmezer (n 88) 14

⁹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘genel hükümler’ (n 22) 495

⁹¹ Dönmezer ve Erman (n 4) 94

Sonucu önleme yükümlüğünün içerisine etik ve ahlaki yükümlülüklerin girmediği ifade edilmektedir⁹². Bununla birlikte kanun koyucu tarafından bir ahlaki yükümlülük, gerçek ihmali suç biçiminde ayrı bir suç türü olarak düzenlenebilmektedir⁹³. TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirilmemesi” suçu, bir ahlaki yükümlülüğün yerine getirilmemesinin suç olarak düzenlenmesini teşkil etmektedir. Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi görünüşte ihmali suç niteliğindeki ihmali davranışla kasten öldürmeden sorumlu olmaz. Zira yardım yükümlüsü, yardıma muhtaç kişinin düştüğü duruma kendisi sebebiyet vermemiştir. Ancak zor durumdaki kişiye yardım etmemesi nedeniyle gerçek ihmali suç olan TCK'nın 98. maddesindeki suçtan sorumlu olacaktır.

İhmali davranışla kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK'nın 83/2. maddesinde neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynaklar sınırlı sayıda belirlenmiştir. İcrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğuran bu kaynakların dışında icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğuracak başka kaynağın kabul edilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Yargıtay göre de; ihmali hareketin icrai hareketle eş değer kabul edilmesi için harekete geçme yükümlülüğünün TCK'nın 83/2. maddesinde belirtilen kaynaklardan doğması gerekir⁹⁴. Alman ve İtalyan Ceza Hukuku sistemlerinde, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü (garantörlük) doğuran kaynaklar kanunda açıkça gösterilmemiştir ve bu boşluk öğreti ve içtihatlarla doldurulmaktadır. Aşağıda değinileceği üzere öğretilerde, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğuran kaynaklar geniş yorumlanarak yeni garantörlük kaynakları geliştirme eğilimi bulunmaktadır⁹⁵. Ancak bu çalışmada TCK'daki sistematığe bağlı kalınarak neticeyi önlemek için icrai harekette bulunma yükümlülüğünü doğuran kaynaklara ilişkin açıklama yapılacaktır.

⁹² Bkz. 83. maddenin gerekçesi: “neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir” ayrıca bkz. Centel (n 72) 80; Centel, Zafer ve Çakmut “Türk Ceza Hukukuna Giriş” (n 13) 260; Öntan (n 5) 136

⁹³ Gökçen ve Balcı (n 40) 13

⁹⁴ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/1-161, K. 2015/493, 08.12.2015.

⁹⁵ Erbaş'a göre, TCK'nın 83. maddesindeki hukuki dayanakların kanunda açıkça düzenlenmiş olması bir güvencedir. Ancak bu hukuki dayanaklar tek başına yeterli değildir. Bunların (bilhassa kanuni düzenleme ve sözleşme) için doldurulması ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışların bir garantörlük kaynağı olarak temellendirilebilmesi gerekir. Aksi takdirde gerçek durumla bağdaşmayacak düzeyde aşırı hukuki olma (şekilcilik) durumu ile karşılaşılır. Bkz. Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2019) 301

2. Neticeyi Önlemek İçin İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğünün Kanuni Düzenlemeden Kaynaklanması

Sözleşmeden dahi icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğduğuna göre, ilgili hükümde yer verilen “*kanuni düzenleme*” ifadesinden “hukuk kuralı” kavramının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶. Tüzükten, yönetmelikten ve idarenin her türlü düzenleyici işleminden icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün doğabileceği belirtilmektedir⁹⁷. Hatta kanuna dayalı olarak ortaya çıkan bir idari tasarrufun veya mahkeme kararının, neticeyi engellemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü doğurabileceği ifade edilmektedir⁹⁸.

Kolluğa ait kanuni düzenlemelerden yola çıkılarak, bir suçun işlenmesine rağmen, buna koşullarının elverdiği ölçüde ve imkan dahilinde müdahale etmeyen kolluk görevlilerinin, suç önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüklerinin olması nedeniyle işlenen suçtan sorumlu olabilecekleri ifade edilmektedir⁹⁹.

Polis memuru olan sanıklar, devriye görevleri esnasında yerde baygın olarak yatan mağdur çocuğa rastlar. Çocuğa yardım etmezler ve sağlık ekiplerini çağırıp olay yerinden ayrılırlar. Mağdur çocuk sonrasında hastaneye götürülür ancak tüm müdahalelere rağmen hayatını kaybeder. Yüksek Mahkeme bu olayda, polis memuru olan sanıkların, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 1. maddesindeki yükümlülüklerini ihmal ettiğini kabul etmiş, sanıkların eyleminin kasten öldürme suçunun ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçu kapsamına girebileceğine hükmetmiştir¹⁰⁰.

Yukarıda nakledilen olayda, sanık polisler tarafından çocuğun baygın hale gelmesine neden olacak bir fiil gerçekleştirilmemiştir. Yine sanık polislerin huzurunda, çocuğa karşı başkası tarafından suç teşkil eden bir eylem de gerçekleştirilmemiştir. Türkiye’deki kolluk gücünün, ihbar gelmeden harekete geçmeme gibi bir eğiliminin olduğu gerçektir. Baygın çocuğa yardım etmeyen kişi polis değil de, sıradan bir vatandaş olsaydı şüphesiz TCK’nın 98. maddesinde yer alan yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu oluşacaktı. Ancak bunun gibi bir durumda ilave olarak sanık polislerin, yardım etme imkan ve kabiliyetinin bulunup

⁹⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘özel hükümler’ (n 80) 171

⁹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘özel hükümler’ (n 71) 160; farklı görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘özel hükümler’ (n 80) 171: “TCK’da ‘hukuki düzenleme’ yerine kanuni düzenleme terimi kullanılmış olması karşısında kanun dışında kalan, tüzük, yönetmelik vb düzenlemelerin, böyle bir yükümlülük ilişkisi doğurmaya yetmeyeceği söylenmelidir. Ancak sözleşmeler ile de bir yükümlülük ilişkisi doğduğuna göre buradaki kanun ibaresi geniş anlaşılmalı ve hukuk kuralı olarak kabul edilmelidir. Böyle olunca idarenin düzenleyici işlemleriyle de yükümlülük ilişkisinin doğabileceği ifade edilmelidir.”

⁹⁸ Soyaslan, ‘özel hükümler’ (n 11) 146

⁹⁹ Bkz. Öntan (n 5) 227-228

¹⁰⁰ Yar. 5. CD, E. 2013/14549, K. 2015/17244, 10.12.2015.

bulunmadığı ve yardım etme hareketinin sanık polislerden beklenebilir olup olmadığı da araştırılmalıdır. Zira çocuğun baygın olduğu yer teröre müzahir bölgeyse ya da baygın çocuğun çevresinde silahlı kişiler yer alıyorsa polislerin önce kendi can güvenliklerini sağlamaları gerekir ve bu nedenle yardım etme hareketi kendilerinden beklenmeyebilir.

Neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü sadece ceza kanunlarının getirdiği düzenlemelerden değil, Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği düzenlemelerden de kaynaklanabilir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 335 vd. maddelerinde düzenlenen velayet hükümlerinin, anne ve baba yönünden çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünü doğurduğu ifade edilmektedir¹⁰¹.

Çocuğun, yatalak durumunda bulunan anne ya da babasının bakım ve gözetimini yapmasına ilişkin yükümlülüğün Türk Medeni Kanunu'ndan kaynaklandığı söylenebilir¹⁰². Ancak Türk Medeni Kanunu hükümleri esas alındığında gelin konumundaki kişinin böyle bir yükümlülüğünün olduğundan söz edilemez.

Aynı evi paylaşmanın tek başına sonucu önleme yükümlülüğünün kaynağı olamayacağı ifade edilmektedir¹⁰³. Bununla birlikte aynı evi paylaşanlar arasındaki ilişkide, karşılıklı güven ve sorumluluk durumunun varlığının neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü doğurabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Ancak karşılıklı güven ve sorumluluktan kaynaklandığı ifade edilen bu yükümlülüğün, TCK'da sınırlı olarak sayılan yükümlülük kaynaklarından hangisine girdiğine ilişkin sorunlu bir durum ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵. Aşağıda değinileceği üzere bu gibi bir durumda, kişinin bakımının fiilen üstlenilmiş olması ile zımni bir sözleşmenin kurulduğu varsayılabilir ve burada harekete geçme yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığından söz edilebilir.

Ölüm tarihinden bir ay kadar önce yatalak duruma düşerek bakıma muhtaç hale gelen maktule, ölümünden bir hafta önce merdivenden düşerek vücudunda kemik kırığı olacak biçimde ağır yaralanmıştır. Maktulenin ağır yaralanmış olmasına rağmen, maktuleyle aynı evde

¹⁰¹ Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4. Baskı, Beta Yayınevi 2017) 74; ayrıca bkz. TCK 83. madde gerekçesi.

¹⁰² Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesinde; “*ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.*” hükmü yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesinin 1. fıkrasına göre; *herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.*

¹⁰³ Centel, Zafer ve Çakmut ‘*kişilere karşı işlenen suçlar*’ (n 101) 74

¹⁰⁴ ibid 74-75

¹⁰⁵ TCK'daki sınırlı düzenleme karşısında “*fiili üstlenme*”den, “*sıkı yaşam birlikteliği*”den veya “*yetkili kişi olma*”dan, neticeyi önleme yükümlülüğünün doğmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 144

yaşayan ve ona bakıp gözetme yükümlülüğü altında bulunan maktulenin gelini olan sanık, maktuleyi hastaneye götürüp müdahale yaptırmadığı gibi, müdahalede bulunabilecek sosyal bir kuruluşa da haber vermemiştir. Maktule, bu ihmal nedeniyle kaburga kırıkları ve akciğer yaralanmasına bağlı komplikasyonlar sonucu hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme bu olayda, maktulenin gelini olan sanığın, bakım ve gözetme yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Yukarıda nakledilen olayda; gelin konumunda olan sanığın, aynı evde yaşadığı maktuleye bakmak ve gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiş ise de, bu yükümlülüğün kaynağı açıkça belirtilmemiştir. Kocasını şehir dışında çalışan sanığın, kocasının annesine bakması ve gözetmesine ilişkin yükümlülüğünün fiili üstlenmeden dolayı oluşan zımni bir sözleşmenin varlığından kaynaklandığı savunulabilir.

Ceza hukukunda kendi fiilinden sorumluluk ilkesi geçerlidir; kişinin, bir başkasının suç teşkil eden fiilini engelleme hukuki yükümlülüğü yoktur. Ancak istisnai olarak kişiye, üçüncü kişinin davranışları ile ilgili gözetim yükümlülüğünün getirilmesi mümkündür¹⁰⁷. Ancak böyle bir yükümlülük de yine, kanunda yer alan açık bir düzenlemeden ya da sözleşmeden kaynaklanmalıdır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 49. maddesinin 1. fıkrasında; "*kurumun düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddi tehlikeyle karşı karşıya kalması halinde, asayiş ve düzeni sağlamak için kanunda açıkça belirtilmeyen diğer tedbirler de alınır.*" hükmü yer almaktadır. Yine aynı Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasında; "*tehlikeli hali bulunan hükümlü ancak bir veya üç kişilik odalarda barındırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Cezaevinde görevli ceza infaz memurlarının, gözetim ve korumaları altındaki mahkumların herhangi bir suç işlemlerini engellemekle yükümlü olmalarının yanı sıra tehlikeli hali bulunan mahkumların diğer mahkumlara zarar vermelerini önlemekle yükümlüdürler. Bu hususta göstermiş oldukları ihmal nedeniyle bir mahkum diğer mahkumu öldürmüş ise ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlulukları doğabilecektir.

Ulusal hukukta kamu görevlisi olarak bir görevin üstlenilmesi hem koruma hem de gözetim yükümlülüğünü beraberinde getirebilmektedir¹⁰⁸. Her kim bir tehlike kaynağı oluşturur veya bir tehlike kaynağı üzerinde egemenliği ya da hakimiyeti varsa, bu surette üçüncü kişilerin hukuki değerlerine zarar verilmeme endişesini taşımak zorundadır¹⁰⁹. Gözetim

¹⁰⁶ Yar. 1. CD, E. 2011/4900, K. 2012/4943, 14.06.2012.

¹⁰⁷ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 305: "*Ceza infaz memuru gözetim ve koruması altındaki mahkumun suç işlemlerini engellemekle yükümlüdür.*"

¹⁰⁸ Heinrich (n 10) 41, 56

¹⁰⁹ ibid 56

yükümlülüğü altında olan kişi, kendisi tarafından gözetilen kişilerin başka şahıslara ya da topluma tehlike yaratmaması için harekete geçme yükümlülüğü altındadır¹¹⁰. Örneğin bir karakolda görevli emniyet müdürü, emri altındaki bir polisin yapmış olduğu hareketlerden sorumlu tutulabilir. Zira toplumda, bazı durumlar hariç silah taşıma yetkisi sadece kolluk görevlilerine tanınmıştır. Silah taşıma ve kullanma yetkisi başlı başına tehlike yaratabilecek niteliktedir. Psikiyatrik sorunları olan bir polis memurunun fark edilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması ihmal niteliğindedir. Sorunlu polis memurunun, hukuki şartlar oluşmadan silahını kullanması ve bir vatandaşı öldürmesi halinde, polisin tehlikeli halini bilen ve önlem almayan karakolda görevli emniyet müdürünün de ihmali hareketinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmelidir. Burada astı üzerinde kontrol yükümlülüğü hem kanundan hem de kanuna dayanılarak çıkarılan diğer yazılı hukuk kurallarında kaynaklanmaktadır.

3. Neticeyi Önlemek İçin İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğünün Sözleşmeden Kaynaklanması

Sözleşme yapılması tek başına, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunulması yükümlülüğünü doğurmaz; kural olarak sözleşmeyle belirlenen görevin fiilen üstlenilmiş olması da gerekir¹¹¹.

Bununla birlikte yardım vaadinde bulunulması, karşı tarafta neticeyi önlenmesi yönünden haklı bir güven oluşturmuşsa ve başka bir seçenek olarak neticenin önlenmesi imkanı bulunmuyorsa yardım vaadinde bulunan kişinin sorumluluğu doğabilir¹¹². Örneğin, bir doktorun bir hastayı tedavi konusunda telefonda söz vermesi durumunda, doktor sözünü tutmaz ve iyileşebilecek hastada kalıcı hasar meydana gelirse, fiili üstlenme olmadığı halde, doktorun sorumluluğuna gidilebilecektir; zira verilen söz hasta yakınlarını, doktorun gelmeyeceği kesin olarak anlaşılınca kadar, başka önlemlere başvurmaktan alıkoymuş olabilir. Burada dikkate alınması gereken husus, hasta yakınlarının, verilen söze güvenerek başka önlem almamalarının olağan bir davranış olup olmadığıdır. Bu yönüyle, bir çocuk bakıcısının sözleşmeye göre başlaması gereken tarihte işine başlamaması dolayısıyla çocuğun zarara uğraması durumunda bakıcının sorumlu olmayacağı belirtilmektedir; zira aile çocuğun korunması ve gözetimi için gerekli önemleri almalı ve çocuğu yalnız bırakmamalıdır; buna benzer bir durumda bakıcının neticeye önleme yükümlülüğü ancak fiili üstlenme ile başlayacaktır¹¹³.

¹¹⁰ ibid 63

¹¹¹ Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 75

¹¹² Hilgendorf ve Valerius (n 77) 304

¹¹³ Centel (n 72) 82-83

Sözleşme yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da kurulmuş olabilir¹¹⁴. Yine açık bir sözleşme yapılabileceği gibi taraflar arasında zımni bir sözleşme yapılmış olabilir¹¹⁵; örneğin ücreti karşılığı bir deniz taşıtına binen ve iyi yüzme bilmeyen kişi, olumsuz bir durumda deniz taşıtındaki görevlilerin, kendisine müdahale edebileceğinden cesaret alarak söz konusu taşıta binmiş olabilir. Deniz taşıtı battığında, taşıttaki görevlilerin, yüzme bilmeyen kişiye müdahale etmemesi ve kişinin bu yüzden ölmesi durumunda, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Sözleşmenin sınırları dışına çıkan bir koruma yükümlülüğünden söz edilemez; sorumluluk, kişinin üstlendiği işle ilgili ve sınırlıdır; yapılması gereken iş tamamlandığı anda sorumluluk da sona erer¹¹⁶.

Gönüllü olarak koruma ve gözetim yükümlülüğünün üstlenilmesinin, neticeyi önleme yükümlülüğünün bir başka kaynağı olduğu ve bu gibi hallerin de sözleşmeden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷. Böyle bir yorum şüphesiz neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü doğuran kaynakların sınırını bir hayli genişletecektir.

4. Önceden Gerçekleştirilen Hareketin Başkalarının Hayatı ile ilgili Tehlike Yaratmasından Kaynaklanan İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğü

Önceden gerçekleştirilen hareketin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlike yaratması durumunda hareketi gerçekleştiren kişi, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunmakla yükümlüdür; zira bizzat tehlikenin kaynağıdır ve tehlike ile oluşabilecek zarar arasındaki nedensellik sürecini harekete geçirmiştir¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki yarattığı tehlike sonucu neticeyi önlemekle yükümlü olan kişinin, neticeyi önlemeye yönelik müdahalesi ile neticenin gerçekleşmesi arasındaki ilişkinin (aşağıda nedensellik bağı kısmında değinilecektir) varsayıma dayanması nedeniyle ortaya çıkan sorunun manevi unsur çerçevesinde (eklenen kast) çözümlenmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir¹¹⁹. Bu bağlamda taksirle bir kişinin ağır yaralanmasına neden olan ve ağır yaraladığı kişinin ölmesini engellemeye yönelik hiçbir harekette bulunmayan kişinin baştaki taksirli hareketi, eklenen kast ile kasti harekete

¹¹⁴ Gökçen ve Balcı (n 40) 19; Özen (n 9) 131

¹¹⁵ Dönmezer (n 88) 15

¹¹⁶ Centel (n 72) 82

¹¹⁷ Bkz. TCK 83. madde gerekçesi

¹¹⁸ Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 76

¹¹⁹ Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız 'özel hükümler' (n 80) 173

dönüşmekte ve kişi kasten gerçekleştirmiş olduğu icrai hareketten sorumlu olmaktadır¹²⁰. Ancak TCK'da, önceden gerçekleştirilen hareketin başkalarının hayatı ile ilgili tehlike yaratması halinin ihmali davranışla kasten öldürme suçu kapsamında düzenlenmiş olması ve bu gibi hallerde cezadan indirim yapılacağına öngörülmesi nedeniyle manevi unsur çerçevesinde sorunun çözülmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Önceden gerçekleştirilen hareket kasıtlı ya da taksirli olabilir. Kusursuz ya da hukuku uygunluk nedeni kapsamında gerçekleştirilmiş olabilir. Bu olasılıkların ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

a. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Kasıtlı Olması

Önceden gerçekleştirilen hareketin kasıtlı olması durumunda, fail yönünden sonucun meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün doğmayacağı ifade edilmektedir¹²¹. Bu gibi hallerde sanık kasten ve icrai davranışla işlediği suçtan sorumlu olacaktır, ayrıca ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğuna gidilemeyecektir; başka bir ifade ile ihmali davranışla işlenen suç, icrai davranışla işlenen suçun arkasına çekilecektir. Ancak somut olayda ihmali davranışla gerçekleştirilen hareket, suçun nitelikli halini oluşturuyorsa; icrai davranışla gerçekleştirilen hareket, suçun basit halini teşkil ediyorsa, ihmali davranışla suçun nitelikli halinin işlendiğini kabul etmek gerekir¹²².

Sanık ile maktul kardeşlerdir. Olay günü tartışmışlar ve sanık, maktulün kafasını defalarca yere vurup bayılmasına neden olmuştur. Olay sonrası sanık gidip uyumuş, sabah kalktığında kardeşi olan maktulün hareketsiz olarak aynı yerde yattığını görmüştür. Hiçbir müdahalede bulunmadan işe gitmiştir. Olaydan üç gün sonra maktulün oğlu, babasından haber alamaması üzerine kavganın yaşandığı eve gitmiş ve babasının yerde bilinci kapalı şekilde yattığını görmüştür. O sırada hayatta olan maktul, hastaneye kaldırılmış ancak tüm müdahalelere rağmen hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme bu olayda, sanığın gerçekleştirmiş olduğu kasten yaralama fiilinin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlike oluşturduğunu ifade etmiş, baygın halde yerde yatan kardeşine yardım etmeyen sanığın ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediğine hükmetmiştir¹²³.

¹²⁰ İçel 'suçların içtimarı' (n 65) 220-223

¹²¹ Hakeri 'ihmal' (n 15) 167

¹²² Heinrich (n 10) 48-49

¹²³ Yar. 1. CD, E. 2019/2831, K. 2019/4557, 23.10.2019

Bu olayda mağdur darp edilmiş ve baygın halde olay yerinde bırakılmıştır. Aldığı yaralar sonucu mağdur hayatını kaybetmiştir. Bu gibi durumda mağduru darp eden fail, doğrudan kasten öldürme suçundan sorumlu olması gerekirdi. Önceden gerçekleştirmiş olduğu hareketi kasıtlı olan failin, baygın haldeki mağdura yardım etmemiş olması nedeniyle ihmali davranış ile kasten öldürme suçundan değil, icrai davranış ile kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Ancak somut olayda aldığı darbelerle bayılan ve yardım edilmeyerek üç gün boyunca can çekişen maktulün ölümünü nitelikli kasten öldürme suçu kapsamına sokmak mümkündür. Zira bir kişiyi canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürmek nitelikli hal olarak düzenlemiştir (Bkz. TCK 82/1-b. madde). Bu olayda fiil kardeşe karşı işlendiğinden ve bu durum başka bir nitelikli hal olduğundan sanık yine de icrai davranışla kasten öldürme suçundan cezalandırılmalıdır. Ancak sanık ile maktul kardeş olmasalardı, ihmali davranışla nitelikli kasten öldürme suçunun oluşup oluşmadığı tartışılabilirdi.

Sanık anne, bebeğine fiziksel şiddet uygulamış ve fiziksel şiddet sonucu bebek hayatını kaybetmiştir. Yapılan otopside bebek üzerinde sigara yanığı ve kesiler tespit edilmiş; bebeğinin ölümünün künt kafa travmasına bağlı beyin kanaması sonucu meydana gelmiş olabileceği gibi künt kafa travması sonrası ağız burun tıkanması sonucu mekanik asfiksiye bağlı da meydana gelmiş olabileceği belirlenmiştir. Bölge Adliye Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda sanığın ihmali hareketle nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu olması gerektiğine karar verilmiş; ancak Yüksek Mahkeme, sanığın öldürme kastını açığa çıkararak kesin bir delil bulunmaması karşısında eyleme bağlı kastın yaralamaya yönelik olduğu ve TCK'nın 87/4. maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir¹²⁴.

Fail yaralama kastı ile hareket eder, ancak mağdur hayatını kaybederse; kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan sorumluluğu gidilebilmesi için istenilmeyen netice ölüm yönünden failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Ancak nakledilen bu olayda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun unsurları oluşmamıştır. Zira çocuk fiziken istismara uğramış ve tıbbi yardım geciktirilmiştir. Bu yüzden ölüm neticesinin istenmediğini söylemek mümkün değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi sanığın çocuğunun tıbbi yardım almasındaki ihmali, çocuğunu fiziken istismar etmesi şeklindeki icrai hareketinin arkasına çekilecektir ve sanık icrai hareketle nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Sanığın baştaki yaralama kastına eklenen öldürme kastıyla da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Eklenen kast

¹²⁴ Yar. 1. CD, E. 2022/2173, K. 2022/6081, 04.07.2022

ile baştaki icrai hareketle gerçekleştirilen yaralama kastının, öldürme kastına dönüştüğünü ve suçun icrai davranışla kasten öldürme kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Failin, öldürmeye yönelik kastının doğrudan kast mı yoksa olası kast mı olduğu ayrıca tartışılabilir.

Olay tarihinde sanıklar çaldıkları araçla hırsızlık yapmak için hayvan satış yerine gitmişlerdir. Hırsızları fark eden maktul, hırsızlık suçuna engel olmak için tabancayla havaya ateş etmiş ve sanıkların bulunduğu aracın önüne geçmiştir. Şoför koltuğunda olan sanık aracı maktulün üzerine sürmüş ve maktule çarpmıştır. Maktul, araç ile ıslak zemin arasına sıkışmış; araçtan inen sanıklar maktule yardım etmeyerek olay yerinden uzaklaşmışlardır. Ölüm neticesi, maktulün araç altında sıkışması ile uyumlu klavikula ve kot kırıkları ile birlikte karın ve göğüs basısından gelişen mekanik asfiksiden meydana gelmiştir. Yüksek Mahkeme, aracın yolcu koltuğunda bulunan sanığın eylemini, aracı kullanan ve maktulü icrai hareketle kasten öldüren sanığın eylemine yardım etme olarak nitelendirmiş; ihmali suretiyle kasten öldürme suçundan cezalandırılmayacağına hükmetmiştir¹²⁵.

Bu kararda Yüksek Mahkeme, önceden gerçekleştirilen ve başkalarının hayatını tehlikeye atan kasıtlı harekete yardım eden olarak iştirak eden sanığın, icrai hareketli kasten öldürme suçuna yardım etmeden sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir. Sanık, aracı kullanan ve maktule çarpan diğer sanığın yanında bulunarak onu cesaretlendirmiş ve icrai hareketine yardım etmiştir. Aslında bu olayda, hem maktule araçla çarpmak biçiminde gerçekleştirilen ve icrai hareketle işlenen kasten öldürme suçuna yardım etme hem de çarptıktan sonra araç altında sıkışan ve hala hayatta olan maktule yardım etmeme biçiminde gerçekleştirilen ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Failliğin, şerikliğin önüne geçmesi gerektiğinden esasında bu olayda failin ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğuna gidilmesi daha doğru olabilirdi.

b. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Taksirli Olması

Önceden gerçekleştirilen ve başkalarının hayatı ile ilgili tehlike yaratan hareket taksirle gerçekleştirilmiş olabilir ve gerçekleştirilen bu taksirli hareket neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğurabilir¹²⁶.

¹²⁵ Bkz. Yar. CGK, E. 2017/1-1046, K. 2021/298, 22.06.2021

¹²⁶ TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; *taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*

Sanıkta, sürücü belgesi alamayacak derecede görme bozukluğu bulunmaktadır. Olay günü yeterli aydınlatma koşulları olmayan yolda alkollü olarak araç kullandığı esnada direksiyon hakimiyetini kaybetmiş ve karşı şeride geçmiştir. Karşı şeritte, yol kenarında yürüyen maktule çarpmış ve yolda sürüklemiş, bağırma sesini duymasına rağmen yoluna devam etmiştir. Kazadan yaklaşık 3 saat sonra yoldan geçenler tarafından yapılan ihbar üzerine yol üzerinde, yaralı olarak yatan maktul hastaneye götürülmüş, ancak yapılan tüm tıbbi müdahalelere rağmen hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme bu olayda, bilinçli taksirle ölüme neden olma suçunun değil, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Gerekçede, kullandığı araçla giderken çarptığı maktulü yolda sürükleyen sanığın, önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranışı nedeniyle yaraladığı maktule yardım etmek veya yardım edecek birilerini çağırmak, yani yaralananın ölmemesi için gerekli çabayı göstermek yükümlülüğü altında olduğu, bu nedenle yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyip aracını durdurmuyarak, çarpıp yaraladığı maktulün ölmesini engellemek için herhangi bir icrai davranışta bulunmayan sanığın, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁷.

Başka bir olayda sanık, yeşil yanması üzerine hızını azaltmadan aracıyla seyrine devam etmiş, bu sırada ışık kırmızıya geçmiş, ışığın kırmızıya geçmesine rağmen aracını durdurmuyarak yolun karşısına geçmek isteyen maktule çarpmış ve olay yerinden kaçmıştır. Olay yerinin işlek bir cadde olması nedeniyle çarpmadan on dakika sonra ambulans gelerek müdahalede bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu olayda, maktule çarpma anından itibaren on dakika sonra ambulansın gelerek müdahale etmesi ve kişinin daha erken hastaneye getirilmiş olması durumunda da kurtarılmasının kesin olmadığı yönündeki adli tıp kurumu raporu dikkate alındığında ihmali davranışla kasten öldürme suçunun unsurlarının oluşmadığına hükmetmiştir¹²⁸.

Bu olayda sanığın sorumluluğuna gidilememesinin esas nedeni ihmali davranışı ile mağdurun ölüm netice arasında illiyet bağının bulunmamasıdır. Zira aşağıda da değinileceği üzere sanık, yükümlülüğü olan mağdura yardım etme şeklindeki icrai hareketini gerçekleştirmiş olsaydı dahi yine ölüm neticesi gerçekleşecek idiyse, mağdura yardım etmeme biçiminde gerçekleşen ihmali davranış ile mağdurun ölüm neticesi arasında illiyet bağının bulunmadığı kabul edilmelidir.

¹²⁷ Yar. 1. CD, E. 2012/5828, K. 2013/7092, 27.11.2013

¹²⁸ Yar. 1. CD, E. 2009/10003, K. 2010/7140, 02.11.2010

Trafik kazasında kusurlu bir şekilde karşı taraftaki kişiye zarar veren failin, araçtaki ya da etraftaki kişilerin saldırısından korunmak için olay yerinden kaçmış olması ve yaraladığı kişinin hastaneye götürülmemiş olması nedeniyle ölmesi halinde meşru savunmanın şartlarının bulunup bulunmadığını araştırılması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁹ Yine aynı kazada kişinin yardımda bulunamayacak derecede yaralanmış olması neticeyi önleme yükümlülüğünü kaldırabilir¹³⁰.

Trafik kazası sonucu yaralanan kişi başkaları tarafından hastaneye kaldırılmış ve kurtarılmış ise, yardım etmeme nedeniyle mağdurun hayatının tehlikeye girdiği durumlarda failin, ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacağı düşünülebilir. Ancak öğretide, bu gibi hallerde taksirle kişiyi yaralayan ve sonrasında yardım etmeyen sanığın ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹³¹.

c. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Kusursuz Olması

Tehlike yaratan önceki eylem yönünden failin kusurunun bulunmadığı hallerde faile yüklenebilecek bir neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir¹³².

Sanık kamyon sürücüsüdür. Aracı ile seyir halindeyken, akli dengesi yerinde olmayan maktul yolun karşısına geçmek için tam kusurlu bir şekilde yola çıkmıştır. Sanık sola doğru manevra yapmasına rağmen maktule çarpmıştır. Kaza sonrası araçtan inen sanık ağır yaralı olan maktulün durumuna bakmış, maktulün ağır yaralı olduğunu görünce olay yerinden kaçmıştır. Kazadan on dakika sonra Jandarma güçleri olay yerine ulaşmış, ancak tüm müdahalelere rağmen kazaya uğrayan kişi hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu kazanın meydana gelmesinde kusursuz olan sanığın, TCK 83. madde kapsamında neticenin gerçekleşmesini önleme yükümlülüğünün bulunamayacağını ifade etmiş, kaza meydana geldikten sonra kendini idare edemeyecek duruma gelen maktule yardım etmemesi ve kazayı derhal yetkili makamlara bildirmemesi nedeniyle TCK 98/1. maddesinde düzenlenen “*yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme*” suçunu işlediğine hükmetmiştir¹³³.

¹²⁹ Gökçen ve Balcı (n 40) 21

¹³⁰ Soyaslan, ‘özel hükümler’ (n 11) 148

¹³¹ Gökçen ve Balcı (n 40) 22

¹³² Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 171; ayrıca bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 307

¹³³ Yar. 1. CD, E. 2012/3814, K. 2014/3754, 07.07.2014.

Bu konuda farklı görüşlerin bulunduğunu söylemek gerekir. Bu görüşün taraftarlarına göre; trafik kurallarını ihlal etmeyen bir araç sürücüsü, kendi kusuru olmaksızın, dikkatsiz bir yayanın yaralanmasına neden olursa, yaralıya herhangi bir kişi olarak değil, neticeyi önlemekle yükümlü kişi olarak yardım etmesi gerekir. Trafiğe çıkmak başlı başına tehlike yaratan bir davranıştır ve izin verilen risk kapsamında hukuka uygun hale gelir. Ancak izin verilen risk başkalarına zarar verme hakkını tanımaz. Kişi kusursuz olsa da yaraladığı kişiye yardım etmekle yükümlüdür. Aksi durumda ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu olabilecektir¹³⁴.

d. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Hukuka Uygun Olması

Neticeyi önleme yükümlülüğü doğuran önceki eylemin, hukuka aykırı olması gerekmektedir. Meşru savunma ya da başka bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde bir başkasının yaralanmasına neden olan kişinin yaralı kişiye müdahale etme ve yaralı kişinin ölmesini engel olma yükümlülüğü yoktur¹³⁵. Hukuka uygunluk nedeni içerisinde yaraladığı kişiye yardım etmezse TCK'nın 98. maddesindeki suçun oluşma ihtimali doğacaktır.

Bununla birlikte hukukun çizdiği sınırlar içerisinde silah kullanıp bir kimseyi yaralayıp etkisiz hale getiren polisin, yaraladığı kişiye yardım etmekle, yaraladığı kişiyi hastaneye götürmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir¹³⁶. Buradaki yardım etme yükümlülüğünün iki kaynaktan doğduğu söylenebilir. Bir suç ile karşılaşan polisler, suçu önlemek için hareket ettikleri sırada orantılı güç kullanmaları gerekir. Kişiyi yaralayıp etkisiz hale getirdikten sonra ölüme terk etmiş olmak, orantısız güç olarak kabul edilip gerçekleştirilen fiili hukuka uygunluk kapsamından çıkaracaktır. Yardım yükümlülüğünü doğuran ikinci kaynak, polislerin ilgili mevzuat gereği vatandaşa yardım etmek yönünde genel bir yükümlülüğünün bulunmasıdır. Hangi kaynaktan doğmuş olduğu önemli olmaksızın, neticede hukuka uygun hareket etseler de polislerin, yaraladıkları kişiye yardım etme yükümlülükleri bulunmaktadır.

¹³⁴ Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 77-78; Özen (n 9) 132

¹³⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 492; Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 78. Aksinin kabulü halinde, saldırganın, savunmaya bizzat neden olduğu halde, kusursuz şekilde kendini savunmak mecburiyetinde kalana nispetle daha fazla korunmuş olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 307

¹³⁶ Gökçen ve Balcı (n 40) 12

5. Kişiden İcrai Davranışta Bulunmasının Beklenebilir Olması ve Kişinin Belli Bir İcrai Davranışta Bulunma Olanağının Var Olması

Kişin harekete geçmesinin çok büyük fedakarlık gerektirdiği, başka bir ifade ile neticenin gerçekleşmesini önlemenin kişiden beklenemeyeceği durumlarda¹³⁷ ya da neticeye engel olmanın maddi olarak imkansız (olanaksız) olduğu hallerde failin hareket etme yükümlülüğünü ihlalden bahisle oluşan neticeden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir¹³⁸.

“*Beklenebilirliğin*” somut olayda kişinin harekete geçmesinin ne ölçüde ondan beklenebilir olduğunun araştırılması anlamına geldiği ifade edilmektedir¹³⁹. Kişiden, neticeyi önlemeye yönelik hareketi yapmasının beklenemediği durumlarda esasen kusurlu olarak hareket etmediğinden sorumluluğuna gidilememektedir¹⁴⁰.

Gerçekleşmesi söz konusu olan netice ne kadar ağır ise, o ölçüde failden kendisini tehlikeye atması istenebilir¹⁴¹.

Hareketin beklenebilirliği, failin durumuna, tehlikenin yakınlığı ile ağırlığına ve korunan hukuki değerın önemine bağlıdır¹⁴². Örneğin neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan kişinin, bu yükümlülüğünü yerine getirmesi bizzat kendinin üstün değerdeki menfaatini ciddi derecede tehlikeye koyuyorsa ve kurtarılacak hukuki menfaate nispetle kendi menfaati daha büyük bir öneme sahipse, kişiden harekete geçmesi beklenemeyecektir¹⁴³. Alevlerin tüm evi sardığı ve dışarıdan müdahalenin çok zor olduğu bir durumda babadan ya da anneden, evin içerisindeki çocukları kurtarmaları için harekete geçmeleri ve alevlerin içerisine girmeleri beklenemez.

İhmalden söz edebilmek için failde, hukuk düzeni tarafından kendisinden yapılması istenilen hareketi maksada uygun bir şekilde yapabilme imkan ve kabiliyetinin bulunması gerekir¹⁴⁴. Başka bir ifade ile yapmakla yükümlü olduğu hareket yönünden hareketi gerçekleştirme olanağının bulunması gerekir. Hiç kimseden imkansız bir edimi yerine getirmesi talep edilemez¹⁴⁵.

¹³⁷ Önder (n 88) 114; Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 248

¹³⁸ Demirbaş (n 19) 247-248

¹³⁹ Gökçen ve Balcı (n 40) 15

¹⁴⁰ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 314

¹⁴¹ Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 250

¹⁴² ibid 252

¹⁴³ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 314

¹⁴⁴ Jescheck (n 77) 52

¹⁴⁵ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 297. Bu koşulun “*gücünün üstünde yükümlülük olmaz*” (ultra posse nemo obligatur) genel kuralından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 296-297

Hareketi gerçekleştirmenin olanaksız olduğu durumlara ilişkin ayırım yapılmaktadır. Objektif olanaksızlıkta hiç kimse somut olayda yükümlü olduğu hareketi gerçekleştirme imkanına sahip değildir; subjektif olanaksızlıkta ise aynı durumda olan başka bir kişi yükümlü olunan hareketi yapabilecekken, somut olayda fail, kişisel özellikleri nedeniyle emredilen hareketi yapamaz¹⁴⁶. Yüzme bilmeyen kocayı, denizde boğulmakta olan eşini kurtarmamasında dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir ve koca yönünden subjektif imkansızlık söz konusudur¹⁴⁷. Yine hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesinin özel bilgi gerektirdiği durumlarda, yükümlülük altında bulunan kişinin hareketsizliği ihmal kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴⁸.

Sanığın eşi olan erkek kişi, hem müşterek çocuklarına hem de sanığın önceki evliliğinden olan üvey çocuğuna şiddet uygulamaktadır. Sanığın İstanbul'da olduğu süre zarfında sanığın eşi olan erkek kişi, müşterek çocuklarından birine şiddet uygulamış, bu şiddet sonucu çocuk rahatsızlanmıştır. Çocuğunun rahatsızlandığını öğrenen sanık İstanbul'dan Ankara'ya gelerek çocuğunu hastaneye götürmüştür. Tüm müdahalelere rağmen şiddete maruz kalan çocuk hayatını kaybetmiştir. İlk derece mahkemesince çocuğa şiddet uygulayan erkek kişi, kasten öldürmeden sorumlu tutulurken, anne olarak çocuğunu gözetme ve koruma yükümlülüğü olan sanık ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmuştur. Kararın temyiz edilmesi üzerine dosya Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sanığa verilen mahkumiyet kararını bozmuştur. Kararın gerekçesinde, sanığın psikolojik problemlerinin bulunduğu, psikotik bir yaşam sürdüğü, organizasyon becerilerini kaybettiği, çocuklarına bakmadığı, onları koruyup kollayamadığı, çocukların biyolojik ve psikososyal ihtiyaçlarını karşılayamadığı, sanık hakkında düzenlenen sağlık kurulu raporunda; sanıkta bulunan frontal lob hasarı nedeniyle sanığın çocuklarına bakma, kollama, yetiştirme ve günlük işlevlerini sağlıklı şekilde yerine getiremediği hususlarının bildirildiği, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluşması için, failin belli yükümlülüğünü kasten ihmal etmesi gerektiği, oysa sanığın mezkur raporlarda belirtildiği üzere, çocuklarına bakma, kollama, yetiştirme ve günlük işlevlerini sağlıklı şekilde yerine getirmeyi önemli derecede azaltacak boyutta psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu ve yükümlülüklerini elinde olmayan nedenlerle ihmal ettiği ifade edilmiş ve sanığın isnat edilen suçtan beraat etmesi gerektiğine hükmedilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Heinrich (n 10) 12

¹⁴⁷ Centel (n 72) 86; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'özel hükümler' (n 71) 160

¹⁴⁸ Önder (n 88) 114

¹⁴⁹ Yar. 1. CD, E. 2013/3123, K. 2013/5327, 01.10.2013

Bu kararda annenin gözetim ve koruma yükümlülüğünün bulunmasının sorumluluk için tek başına yeterli olmadığı kabul edilmiş, ayrıca yapmakla yükümlü olduğu gözetim ve koruma hareketlerini gerçekleştirme imkan ve kabiliyetinin olması aranmıştır. Esasında ruhen ve bedenen rahatsız olan anne, kişisel özellikleri nedeniyle kanun tarafından emredilen hareket olan çocuklarını koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirememektedir ve subjektif imkansızlık nedeniyle bu yükümlülüğünü yerine getirmesi kendisinden beklenmemektedir.

Kişinin başka türlü davranma olanağının bulunmadığı durumlarda, neticeye engel olmaması, sorumluluğunu doğurmayacaktır¹⁵⁰. Ancak kişinin, kasten kendini böyle bir duruma sokmamış olması gerekir. Tren geçtiği sırada makası değiştirmemek için kendisini ağaca bağlatan tren görevlisi sorumluluktan kurtulamaz. Kendisini bağlattıktan sonra pişman olsa; ihmali ve bunun sonuçlarını engellemek için hareket etmek istese bile kendi iradesi ile o duruma sokulduğundan ihmalden ve bunun sonuçlarından sorumlu olacaktır¹⁵¹.

Önceden gerçekleştirilen ve başkalarının hayatı ile ilgili tehlike yaratan hareketin varlığı nedeniyle oluşan neticeyi önleme yükümlüğü hallerinde; somut olayda neticeyi önleme imkansız olsa dahi her durumda kişinin sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir¹⁵². Şüphesiz bu önerme, önceden gerçekleştirilen hareketin kasıtlı olması durumunda geçerlidir.

Olay tarihinde sanık ve yanındaki sanık bayanın, maktulle beraber alkol almak için sulama kanalının yanına gittiği, sanık erkek ile sanık bayanın araç içerisinde cinsel ilişkiye girmek amacıyla aracın arka tarafında uyumakta olan maktulü uyandırmak istediği, sanığın maktulü kolundan tutup araç içerisinden çıkardığı sırada alkollü ve uykulu olan maktulün kolunu sanıktan kurtarmak isterken dengesini kaybederek sulama kanalına düştüğü ve suya kapıldığı, sanıkların yüzme bilmemeleri nedeniyle maktulü kurtaramadıkları olayda Yüksek Mahkeme, maktule eliyle müdahale edip kanala düşmesine neden olan sanığın taksirle ölümüne neden olma suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir¹⁵³.

6. Görünüşte İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

Neticenin gerçekleşmesinin önlenmemesi şeklinde işlenen görünüşte ihmali suçlarda, nedensellik bağının tespiti sorunludur¹⁵⁴. Zira şart teorisi esas alındığında, bu türden ihmali

¹⁵⁰ Önder (n 88) 114; Centel, Zafer ve Çakmut 'Türk Ceza Hukukuna Giriş' (n 13) 266

¹⁵¹ Venditti'ye ait bu örnek ve çevirisi için bkz. Haluk Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2015) 87

¹⁵² Bkz. Öntan (n 5) 193

¹⁵³ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/1-252, K. 2017/5, 17.01.2017

¹⁵⁴ Neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü getiren kanun hükmünün esasında nedensellik bağının kurulmasında önem taşıdığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre ihmali hareket ile netice arasındaki illiyet

suçlarda yapılan hareket ve neden olduğu netice şeklinde bir denklem kurmak mümkün değildir.¹⁵⁵ Nitekim ihmalden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için, yapılması gereken hareketin, tipe uygun neticeyi kesine yakın bir ihtimalle önleyecek olması aranmaktadır¹⁵⁶. İhmal hareketi ile gerçekleşen netice arasında mutlak derecede bir bağ kurulamadığından ve ex-ante bir değerlendirme yapıldığından görünüşte ihmali suçlarda farazi (varsayımsal) illiyet bağından söz edileceği ifade edilmektedir¹⁵⁷.

Nasıl icrai hareketlerde “*bu hareket olmasaydı netice gerçekleşmezdi*” denilip nedensellik bağı tespit ediliyorsa, ihmali hareketlerde de “*bu hareket olsaydı netice gerçekleşmezdi*” denildiği durumlarda nedensellik bağının var olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte yükümlü olduğu hareketi gerçekleştirmiş olsa bile neticenin önleneceği hususunda tereddüt bulunuyorsa şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesi gereği kişinin beraat etmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Olay tarihinde maktul, kamyon ile beton sütun arasında sıkışmıştır. Yaralı halde hastaneye getirilmiştir. Gerekli tetkikler yapılmak suretiyle 6-7 saat içinde taburcu edilmiş ve evine gönderilmiştir. Sonrasında yeniden rahatsızlanmış ve hastaneye kaldırılırken yolda hayatını kaybetmiştir. Adli Tıp Kurumu raporuna göre sanığın ölüm nedeni “*göğüs ve batın travmasına bağlı kot fraktürleri, pelvis fraktürü ve gelişen akciğer embolisi komplikasyonudur.*” Yüksek Mahkeme, acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerde ölenin çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahiye gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğuna, beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış ölenin, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri nedeniyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri ve bu nedenle eylemlerinin TCK’nın 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu oluşturduğuna,

bağını kuran hukuk kuralıdır. Şart teorisinde olduğu gibi fizik kurallarına dayanılarak ihmali hareket ile netice arasında illiyet bağı kurmak mümkün değildir. Bu yöndeki görüş için bkz. Erem, Danışman ve Artuk (n 3) 287: “*Sonucu önleme yükümlülüğünün var olması ihmali hareketlerde nedensellik bağını açıklığa kavuşturmaktadır.*”

¹⁵⁵ Farklı görüş için bkz. Kunter (n 13) 213: Kunter, harekete geçmemenin, aktif olarak hareket yapılsaydı netice önlenebilirdi denildiği durumlarda, neticenin gerçekleşmesi yönünden şart niteliğinde olduğunu, şart teorisinin kabul edildiği hallerde dahi ihmali hareket ile netice arasında nedensellik bağının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁵⁶ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 299

¹⁵⁷ Jescheck (n 77) 54

¹⁵⁸ Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 236

¹⁵⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 140

sanık doktorların ihmali hareketleri ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunmadığına ve bu nedenle TCK 85. maddesinde düzenlenen taksirle ölüme neden olma suçundan sorumlu olamayacaklarına hükmetmiştir¹⁶⁰.

İlgili olayda yanlış tanı nedeniyle hastaya geç müdahale edilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, zamanında müdahale edilseydi dahi hasta ölecekti şeklinde bir belirleme yapılmamıştır. Zira neticeyi önleme yönünden sırf imkanın varlığı cezalandırılabilir bir ihmalin olduğu sonucuna ulaşılması için yeterli değildir¹⁶¹. Neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında bulunan kişi, icra hareketinde bulunmuş olsaydı dahi, yine de netice gerçekleşecekti denilebildiği durumlarda, nedensellik bağının bulunmadığı ve failin bu neticeden dolayı herhangi bir sorumluluğu olmayacağı kabul edilmelidir¹⁶².

Sanık ile maktul arkadaşlardır. Olaydan önce birlikte alkol alıp yemek yemiştirler. Sonrasında sanığın kullandığı motosiklet ile başka bir yere gitmek için hareket etmişlerdir. Maktul sanığın arkasında oturmaktadır. Bulanık ve debisi yüksek akarsu üzerindeki köprüünün üzerinden geçtikleri sırada motosikleti kullanan sanık direksiyon hakimiyetini kaybetmiş, meydana gelen kaza sonucu hem motosiklet sürücüsü sanık hem de yolcu konumundaki maktul köprüünün korkuluğuna doğru savrulmuşlardır. Kazadan bir süre sonra kendine gelen sanık, maktulün kaza yerinde olmadığını fark etmiştir. Sonrasında motosikleti yerden kaldırıp çalıştırarak tek başına yoluna devam etmiş, kazadan bir gün sonra maktulün dereye düşmüş olabileceğini görevlilere bildirmiştir. Maktulün cesedi kazadan yaklaşık üç gün kadar sonra, kazanın olduğu yerden 4 km uzaklıkta, nehrin içerisinde, ağaç dallarına takılı halde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, bu olayda sanığın yaratmış olduğu tehlike ile meydana gelen ölüm arasında illiyet bağının olmadığı tespitinde bulunmuştur. Gerekçede, suyun bulanık ve debisinin yüksek olması nedeniyle müdahale etmenin zorluğu, boğulma hadisesinin 3-4 dakika gibi kısa bir sürede gerçekleşmesi, çarpma sonucunda kafatasında ve femur kemiğinde kırık oluşan maktulün bilincini kaybetme ihtimalinin varlığı, cesedinin olay yerinden 4 km uzaklıkta bulunmuş olması gözetildiğinde akar suya düşer düşmez maktulün sürüklenmesinin doğal olduğu, tüm bu nedenlerle sanığın, kazadan hemen sonra yetkili mercilere haber vermiş olsa dahi neticenin meydana geleceği, bu şekilde yaratılan tehlikeli durum ile meydana gelen ölüm arasında illiyet bağının bulunmadığı ifade edilmiştir. Alkollüyen motosikleti kullanan,

¹⁶⁰ Yar. CGK, E. 2014/12-103, K. 2014/552, 09.12.2014; benzer başka karar için bkz. Yar. CGK, E. 2017/12-271, K. 2017/278, 16.05.2017

¹⁶¹ Önder (n 88) 115

¹⁶² Bkz. Öntan (n 5) 241; Önder (n 88) 114-115; Öztürk ve Erdem (n 42) 183; Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 144

direksiyon hakimiyetini kaybeden ve kazada asli kusurlu olan sanığın bilinçli taksirle ölümüne neden olma suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmedilmiştir¹⁶³.

Yüksek Mahkemenin bu kararında, terimsel bir hatanın yapıldığını söylemek mümkündür. İlliyet bağı, yaratılan tehlikeli durum ile netice arasında değil, yapılması gereken icrai davranış ile meydana gelen netice arasında kurulmalıdır. Kazadan hemen sonra sanık, dereye düşen maktule yardım etmiş ve yetkili mercilere haber vermiş olsa dahi ölüm sonucu meydana gelecek denebiliyorsa illiyet bağının var olmadığından bahsedilebilecektir. Ancak böyle bir kabul, birçok olayda sanıkların ceza almalarının önüne geçebilecektir. Nitekim yedi şiddetinde bir depremden sonra yeterli zemin etüdü yapılmaksızın ve eksik malzeme kullanılarak inşa edilen binaların çökmesi sonucunda bu durumdan sorumlu olan kimselerin “*biz düzgün yapsaydık da, depremde binalar yıkılırdı*” şeklinde savunmalarına itibar edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁴. Bu olayda ölüm, suda boğulma nedeniyle gerçekleşmiştir. Maktulün cesedine 4 km uzaklıkta rastlanması dikkate alındığında sanığın debisi yüksek nehre atlayıp maktulü kurtarması imkansızdır. İlliyet bağı yokluğundan değil de; bu imkansızlık nedeniyle sanığın ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğuna gidilemeyeceğini tespiti daha doğrudur.

7. Görünüşte İhmali Suçlarda Manevi Unsur

Görünüşte ihmali suçlar hem kastla hem de taksirle işlenebilmektedir¹⁶⁵. Harekete geçme yükümlülüğünü ihlal kasıtlı olabileceği gibi taksirli de olabilir¹⁶⁶. Başka bir ifade ile kasıtlı ihmallerde emredilen hareket, fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmez; taksirli ihmallerde ise netice istenmez ancak emredilen hareket dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde yapılmaz¹⁶⁷. TCK’daki mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, görünüşte ihmali suçların taksirle işlenen haline kanunda ayrıca yer verilmemiş olması nedeniyle taksirle ihmali davranışta bulunan kişiyi TCK’nın 83. maddesi kapsamında cezalandırmak mümkün değildir. Bu nedenle yaraladığı kişiye müdahale etmeyen fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak yaralanan kişinin ölebileceğini öngörmemişse, ihmali davranışla kasten öldürmeden değil, TCK’nın 85. maddesinde düzenlenen taksirle ölümüne neden olma suçundan cezalandırılacaktır.

¹⁶³ Bkz. Yar. CGK, E. 2021/1-281, K. 2022/78, 10.02.2022

¹⁶⁴ Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘genel hükümler’ (n 44) 263 “*Aynı husus su havzalarına konut yaptıran ve yapanlar bakımından da geçerlidir.*”

¹⁶⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘özel hükümler’ (n 80) 177

¹⁶⁶ Zafer (n 40) 218

¹⁶⁷ Kunter (n 13) 58

Görünüşte ihmali suçlarda kastın, mutlak surette neticeye yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Buna göre failin, sadece yükümlü olmasına rağmen ihmali bir harekette bulunduğunu bilmesi ve istemesi yeterli değildir; ayrıca ihmal sonucu gerçekleşecek neticeyi bilmeli ve istemelidir.

Görünüşte ihmali suçun olası kast ile işlenebileceği belirtilmektedir¹⁶⁹. Netice istenmiyor ancak “*olursa olsun*” şeklinde, neticenin gerçekleşmesi kabulleniliyorsa ihmali davranışla ve olası kastla öldürme suçunun oluşacağı belirtilmektedir¹⁷⁰.

Sanık, cezaevinde infaz koruma baş memuru olarak görev yapmaktadır. Maktullerden biri, iki ayrı mağdura karşı işlemiş olduğu yağma suçundan hükümlü olarak cezaevinde bulunmaktadır. Diğer maktul ise çocuğa karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezaevinde tutuklu sıfatıyla bulunmaktadır. Her iki maktul, koğuşta yapılan sayım sırasında saygıdan yoksun, hakaretli ve tehditvari biçimde konuşmaları gerekçesiyle ve koğuşta bulunan diğer kişilerle beraber kalmaları sakıncalı görülerek tedbir amaçlı müşahede bölümüne alınmışlardır. Müşahede bölümüne alınmalarına ilişkin tutanakta sanığın imzası da bulunmaktadır. 39 gün boyunca tek kişinin kalabildiği odalarda tutulan maktuller, yeniden koğuşa çıkabilmek için yazılı ve sözlü başvurularda bulunmuşlardır. Ancak bu başvurulardan sonuç alamayınca olay günü maktuller, infaz koruma baş memuru olan sanık ile tartışmışlar ve koğuşu ateşe vermek ile tehdit etmişlerdir. Tartışma devam ederken maktuller, koğuşlarında bulunan yatakları ateşe vermişlerdir. Maktullerin yangın çıkardığını gören sanık ise “*ne halleri varsa görsünler*” diyerek bölüm kapısını kapatmış ve yangına müdahale için idareye haber vermemiştir. Dışarıdan müdahalenin geç olması nedeniyle koğuşlarında yangın çıkaran maktuller karbonmonoksit gazı zehirlenmesine bağlı olarak hayatlarını kaybetmişlerdir. Yüksek Mahkeme bu olayda, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu’nun 6., 33. ve 34. maddeleri uyarınca infaz koruma baş memuru olan sanığın, maktulleri koruma ve bu surette yangına müdahale etme yükümlülüğünü ihlal ettiği tespitinde bulunmuş; ancak sanığın, öldürme kastıyla hareket etmediğini kabul etmiştir. Buna gerekçe olarak da maktullerden birinin, öncesinde benzer bir şekilde yangın çıkarması ve kendiliğinden bu yangını söndürmesi gösterilmiştir. Sanığın, yangın çıkartan maktullerin kendiliğinden yangını söndürecekleri düşüncesiyle hareket ederek bölüm kapısını kapatıp gittiği kabul edilmiş ve

¹⁶⁸ Dönmezer ve Erman (n 4) 90

¹⁶⁹ Bkz. Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK’nın 83. maddesinin gerekçesi; ayrıca bkz. Özen (n 9) 133; Centel (n 72) 86

¹⁷⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘özel hükümler’ (n 71) 158

sanığın bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmedilmiştir¹⁷¹.

Bu olayda, cezaevinde bulunan hayatlarını kaybeden bu kişilerin yangın çıkarma için gerekli olan eşyayı nereden temin ettikleri hususu gözden kaçırılmıştır. Zira cezaevine bu türden eşyanın sokulmaması yönünde cezaevi personelinin yükümlülüğü bulunmaktadır. Maktullerin sorunlu kişiler olmaları ve daha önce de yangın çıkarmaları sanık lehine yorumlanmıştır. İlgili kararda; sanığın yangına müdahale etmemesindeki ihmalinin taksirli olması ve taksirli ihmali hareketin de kanunda ayrıca cezalandırılmaması nedeniyle TCK'nın 85. maddesi uyarınca sorumluluğuna gidildiğinin belirtilmesi daha doğru olabilirdi.

Failin neticeyi önleme yükümlülüğünün bilincinde olmasına rağmen, neticenin zaten gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle hareketsiz kalmış olması durumunda, bilinçli taksirden dolayı sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir¹⁷². Yargıtay'a göre de; neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişi yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihmal etmekle birlikte, bunu korumakla yükümlü olduğu hayatın sona ereceği bilinciyle kasten yapmamışsa ve bu yükümlülük ihlaline bağlı olarak yine ölüm neticesi meydana gelmişse bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçu oluşur. Örneğin, bir bakıcı kendisine bırakılan küçük bir çocuğun evdeki sehpalara üzerine çıkıp atlamasını görmesine rağmen diğer işlerini bitirmek için çocukla ilgilenmediği ve gerekli önlemi almadığı takdirde çocuğun düşerek ölmesi halinde, ölüm neticesini önleme yükümlülüğü bulunduğu ve bu yükümlülüğünü özensiz davranışıyla ihlal etmiş olacağından taksirle ölüme neden olmadan sorumlu olacaktır¹⁷³.

Görünüşte ihmali suçlarda, failin suç tipine ait unsurları bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla gerçekleşmesini önlemekle yükümlü olduğu neticenin meydana gelmesinde etken olan fiili durumu bilmelidir. Bilmiyorsa kastı yoktur ve fiili hatanın varlığından bahsedilecektir¹⁷⁴; ancak koşullarının gerçekleşmesi durumunda taksirden dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁷⁵.

¹⁷¹ Yar. CGK, E. 2016/1-779, K. 2020/351, 07.07.2020

¹⁷² Hakeri 'ihmal' (n 15) 242

¹⁷³ Bkz. Yar. CGK, E. 2017/1-1046, K. 2021/298, 22.06.2021; Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

¹⁷⁴ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 310

¹⁷⁵ Hakeri 'ihmal' (n 15) 241

Failin, neticeyi önlemeye ilişkin yükümlülüğü olduğuna dair bilgisizliği kural üzerinde hata niteliğindedir ve ancak TCK'nın 30/4. maddesindeki şartlar oluşmuşsa mazeret olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁶.

8. Görünüşte İhmali Suçlarda Teşebbüs

Görünüşte ihmali suçlarda, sadece yükümlü olmasına rağmen kişinin hareketsiz kalması suçun tamamlanması için yeterli değildir; kanunun yasakladığı neticenin de gerçekleşmesi gerekir; buradan çıkan sonuç görünüşte ihmali suçlarda pasif kalınmak suretiyle gerçekleştirilen hareket ile ortaya çıkacak netice birbirinden ayrılabilir ve bu nedenle görünüşte ihmali suçlara teşebbüs mümkündür¹⁷⁷.

Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsten dolayı failin sorumluluğuna gidilebilmesi için icra hareketine başlanmış olması gerekmektedir. İcra hareketinin başlangıcı olarak, korunan yarar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu anın esas alınmasının¹⁷⁸; yani hemen müdahale edilmez ise hukuki yarar somut bir tehlikeye maruz kalacak denildiği durumlarda icra hareketinin başlamış olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁹.

Çocuğunu açlıktan öldürmek isteyen anne ilk öğünü vermediğinde, çocuğun hayatını devam ettirme konusunda herhangi bir tehlike oluşmadıkça henüz teşebbüsün varlığından söz edilemeyecektir zira hazırlık hareketinden icra (TCK 35. maddesindeki ifade) hareketine henüz geçilmiş değildir¹⁸⁰.

9. Görünüşte İhmali Suçlarda İştirak

Görünüşte ihmali suçların özgü suç niteliğinde olduğu yukarıda belirtildi. Özgü suç olması nedeniyle görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmayan ve suçta

¹⁷⁶ Bu konuyla ilgili Alman Ceza Kanunu yönünden yapılan değerlendirme için bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 311

¹⁷⁷ Dönmezer ve Erman (n 4) 90-91; Öntan (n 5) 233; Zafer (n 40) 215; Özbek, Doğan ve Bacaksız 'özel hükümler' (n 80) 177. Bununla birlikte görünüşte ihmali suç niteliğindeki ihmali davranışla kasten öldürme suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmektedir; örneğin bebeğini evde bırakarak kaçan annenin, bebek komşu tarafından kurtarılmış ise ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacaktır; ancak terk sonucu bebeğin sağlığı bozulmuşsa yani yaralanmış ise kasten yaralamadan dolayı sorumlu olacaktır. Bkz. Gökçen ve Balcı (n 40) 22

¹⁷⁸ Centel (n 72) 88

¹⁷⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'genel hükümler' (n 44) 264

¹⁸⁰ Tozman (n 56) 170. Tozman, görünüşte ihmali suçlarda Roxin'in görüşünü kabul etmektedir. Örneğin anne çocuğunu aç bırakmış hayatını tehlikeye atmıştır ancak çocuğun yanında olduğu ve tehlikeyi önleyebildiği sürece yani olayın kontrolü elindeyse henüz suçta teşebbüs oluşmamıştır. Bununla birlikte çocuğunu aç bırakarak hayatını tehlikeye atmış ve evden ayrılarak olayın kontrolünü elden çıkarmışsa ve buna rağmen ölüm neticesi gerçekleşmemişse suçta teşebbüsten bahsedilecektir. Bkz. Tozman (n 56) 175

katkı sağlayan diğer kişilerin ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak etmelerinin mümkün olacağı ifade edilmektedir¹⁸¹.

İnfaz koruma memurunun, önceden yapmış olduğu bir anlaşma neticesinde koğuşun kapısını kilitlememiş olması ve önceden anlaştığı mahkumun kilitli olmayan kapıdan geçerek diğer mahkumu öldürmesi durumunda, icrai hareketle gerçekleştirilen kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir¹⁸².

Yargıtay'a göre ise; aralarında irade birliği oluşsa bile sırf önleme yükümlülüğünü yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek icrai bir suça iştirak eden kişi ya azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaktır¹⁸³. Bu durumda yukarıda verilen örnekte infaz koruma memurunun icrai hareketle gerçekleştirilen kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak sorumlu olması mümkün değildir¹⁸⁴.

10. Görünüşte İhmali Suçlarda İçtima

Görünüşte ihmali suçlarda hareket ile netice birbirinden ayrılabilirdiğinden netice sayısı kadar fiil ve fiil sayısı kadar suçun oluşacağı belirtilmektedir¹⁸⁵. Örneğin bakım ve gözetimle yükümlü bakıcı, çocukları yalnız başlarına bırakarak evi terk etmiş ve çocuklar bir sebepten dolayı hayatlarını kaybetmişlerse, hayatını kaybeden çocuk sayısı kadar ihmali hareketle kasten öldürme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.

Görünüşte ihmali suçlarda zincirleme suç durumunun gerçekleşebileceği belirtilmektedir¹⁸⁶. Aynı kanun hükmünü ihlal eden fiillerden bazıları ihmali hareketle bazıları ise icrai hareketle işlenmiş olsa dahi zincirleme suç hükümleri uygulanabilir; yeter ki her fiil bir suç işleme kararı kapsamında kasıtlı olarak işlenmiş olsun¹⁸⁷.

¹⁸¹ Centel (n 72) 89; Aydın (n 61) 270

¹⁸² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'özel hükümler' (n 71) 164

¹⁸³ Bkz. Yar. CGK, E. 2019/16-620, K. 2021/523, 03.11.2021

¹⁸⁴ TCK'yı yapan kanun koyucunun da Yargıtay ile aynı düşüncede olduğu söylenebilir. Zira TCK'nın 251. maddesinin 1. fıkrasında; "zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur." hükmüne yer verilmiştir. İstisna niteliğindeki bu hüküm nedeniyle sırf önleme yükümlülüğünü yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmenin mümkün olmadığı söylenebilir.

¹⁸⁵ İçel 'suçların içtima' (n 65) 69

¹⁸⁶ ibid 113

¹⁸⁷ ibid 114

11. Görünüşte İhmali Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru

Görünüşte ihmali suçlarda, genel hukuka uygunluk nedenleri kapsamında gerçekleştirilen ihmali hareketler hukuka uygun kabul edilebilecek ve cezalandırılmayabilecektir. Görünüşte ihmali suçlarda, TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenleri dışında, ayrıca yükümlülüklerin çatışması şeklinde özel bir hukuka uygunluk nedeninin var olabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁸.

Yükümlülüklerin çatışması halinde, ancak hukuken üstün olan yükümlülüğün ifası talep edilebilecektir. Farklı dereceden yükümlülüklerde üstün olanın yapılması, alt derecedeki yükümlülüğün ihmal edilmesi veya aynı derecede olan yükümlülüklerden birinin tercih edilerek diğerinin yapılmaması halinde hukuka aykırı bir ihmalden söz edilmeyeceği ifade edilmektedir.¹⁸⁹ Bununla birlikte failin en etkin olan yükümlülüğü tercih etmesinin gerekip gerekmediğinin tartışmalı olduğu belirtilmektedir¹⁹⁰.

Bir doktorun, tek solunum cihazına sahipken önüne gelen genç bir hasta ile yaşlı bir hastaya müdahale yapmak istediğinde, solunum cihazını genç olan hastaya takmayı tercih edip ve bu tercihinin uygulaması sonucu genç hastanın kurtulup yaşlı hastanın ihmali davranış nedeniyle ölmesi durumunda yükümlülüklerin çatışması söz konusu olacaktır¹⁹¹.

Yükümlülüklerin çatışması, zorunluluk halinden farklıdır; zira harekete geçmekle yükümlü olan kişi zorunluluk halinde olduğu gibi tehlike altında değildir¹⁹².

Neticeyi önleme noktasında getirilen yükümlülükler konusunun nedensellik bağımlı değil, hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirdiği ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹⁹³.

¹⁸⁸ Zafer (n 40) 218

¹⁸⁹ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 313. Yükümlülüğün çatışması şeklindeki hukuka uygun nedeninin Türk Ceza Hukukunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak öğretide kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Zafer (n 40) 218

¹⁹⁰ Heinrich (n 10) 13

¹⁹¹ Özen (n 9) 133

¹⁹² ibid

¹⁹³ Bkz. Kunter (n 13) 220; Önder (n 88) 113

SONUÇ

Bir kişinin aktif bir eylemini ceza hukuku bağlamında hareket olarak açıklamak kolaydır. Ancak pasif kalmasını ceza hukuku bağlamında hareket olarak kabul edebilmek için “*belli durumlarda hareket geç*” emrini veren bir dayanak norma ihtiyaç vardır. İhmali suçlar esasında “*yap*” emrini veren normlara itaatsizliktir.

İhmali suçlar kendi arasında gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Gerçek ihmali suçlarda hangi durumlarda ve ne şekilde harekete geçilmesi gerektiği açıkça kanunda tanımlanmıştır. Görünüşte ihmali suçlarda ise kişilere neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak neticeyi önlerken ne şekilde hareket edeceğine dair kanunda bir açıklama yer almamaktadır. Örneğin bir bakıcı, sözleşme gereği himayesindeki çocuğu korumak ve gözetmekle yükümlüdür. Çocuğun evde oynarken kendini yaraladığını görse; kasten harekete geçmese ve çocuk hayatını kaybetse ihmali hareketle kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Kanuna göre ölüm neticesini önlemekle yükümlüdür ancak bu yükümlülüğünü ne şekilde ve hangi davranışlarla yerine getireceği kanunda yer almamaktadır.

Öğretide bazı yazarlara ve Yüksek Mahkeme’ye göre, Türk Ceza Hukuku’nda ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmediği için sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları yönünden ihmali hareketlerin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu görüş kabul edilemez; örneğin dolandırıcılık suçu da ihmali hareketle işlenebilir ve icrai hareketle işlenmiş gibi cezalandırılmalıdır. Ancak ortaya bir çelişkinin çıkacağı aşıkardır. Kastens yaralama suçu, ihmali hareketle işlendiğinde ceza indirilebilecekken, dolandırıcılık suçunda böyle bir imkan bulunmayacaktır.

Görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğü doğuran kaynakların ne olduğunu tespit etmek kolay değildir. TCK’ya göre, kastens öldürme suçu yönünden failin; kanundan, sözleşmeden ya da önceden yapmış olduğu tehlikeli hareketten kaynaklı ölüm neticesini önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak öğretide bu kaynaklar geniş anlaşılmakta örneğin sözleşmeden kaynaklı neticeyi önleme yükümlülüğünün içerisine güven ilişkisine dayalı neticeyi önleme yükümlülüğü de dahil edilmektedir. Almanya ve İtalya’da olduğu gibi neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynakların neler olduğunun tespitini öğretiyeye ve içtihatlarla bırakmak suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Gerçek ihmali suçlarda hareketin yapılmasıyla netice ortaya çıkar ve bu yüzden nedensellik bağının tespiti kolaydır. Bununla birlikte görünüşte ihmali suçlarda, ihmali hareket

ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı kurmak sorunludur. Zira burada kurulan nedensellik bağı bir varsayıma dayanır. Eğer “*harekete geçseydi ölüm neticesi meydana gelmeyecekti*” şeklinde bir önerme varsayımdır. Zira harekete geçip icrai davranışta bulunsa dahi ölüm neticesinin meydana gelmesi muhtemeldir.

KAYNAKÇA

Alacakptan U, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Aydın D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2009)

Bayraktar K, ‘Kasten Öldürme’ (1. Baskı) Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar 1 (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Centel N, ‘İhmali Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK. m. 83, 88/2)’ (2010) Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt III Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 75-91

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (4. Baskı, Beta Yayınevi 2017)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Baskı, Beta Yayınevi 2020)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012)

Dönmezer S, ‘İhmal Suretiyle İcra Suçları’ (1944) 9 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 473-494

Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (15. Baskı, Beta Yayınevi 1998)

Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Baskı, Der Yayınları 2019)

Erbaş R, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2019)

- Erem E, Danışman A ve Artuk ME, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997)
- Gökçen A ve Balcı M, 'Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmal Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)' (2012) 7 (18) Ceza Hukuku Dergisi, 7-30
- Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016)
- Hakeri H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmöz Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)
- Hilgendorf E ve Valerius B, Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çeviren: Salih Oktar (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2021)
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Beta Yayınevi 2016)
- İçel K, Suçların İçtimaı (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972)
- Jescheck H-H, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007)
- Katoğlu T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Kunter N, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1954)
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Baskı, Beta Yayınevi 1992)
- Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1994)
- Öntan Y, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021)
- Özen M, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022)

- Öztürk B ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013)
- Palazzo F, Corso Di Diritto Penale Parte Generale (Ottava Edizione, G. Giappichelli Editore 2022)
- Pisapia G D, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Çeviren: Atıf Akgüç (1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971)
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016)
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020)
- Şare E, ‘Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu (TCK m. 87/4)’ (2020) 25 (43) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 279-334
- Taner T, Ceza Hukuku Umumi Kısım (3. Basım, İsmail Akgün Matbaası 1953)
- Taşkın OE, ‘Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2471-2485
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Toroslu H, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2015)
- Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012)
- Tozman Ö, ‘İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme’ (2009) 22 (84) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 160-187
- Yüce TT, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985)
- Yenisey F ve Plagemann G, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009)
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Baskı, Beta Yayınevi 2015)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI PRENSİBİ

*Av. Muharrem Egemen GÜRSES **

ÖZ

Adil yargılanma hakkı; uluslararası ve ulusal hukukta ilgili mevzuat ve genel hukuk prensipleriyle güvence altına alınmış bir haktır. Adil yargılanma hakkı, kendini, özel hukuk ve kamu hukukunu ilgilendiren tüm davalarda göstermektedir. Ceza yargılamalarında temel amaç; yargılama neticesinde hukuka ve hakkaniyete uygun düşecek şekilde nihai sonuca ulaşabilmektir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için yargılamanın süjelerine belirli yükümlülükler yüklenmiş ve haklar tanınmıştır. Bu doğrultuda, adil yargılanma hakkının tesis edilebilmesi için yargılamaya konu maddi gerçeğin şüpheye mahal bırakmayacak şekilde araştırılması, hukuka uygun ilgili tüm delillerin ortaya konulması ve tartışılması gerekmektedir. Ancak maddi gerçeğin araştırılması ceza yargılamasının nihai amacına giden yolda mutlak ve sınırı olmayan bir mesele değildir. Delil elde etme yasakları ve delil değerlendirme yasakları maddi gerçeğin araştırılması ve tespit edilmesinin hukuki sınırını oluşturmaktadır. Bu çalışmada; ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “maddi gerçeğin araştırılması” ilkesi teorik boyutlarıyla ele alınacak, sonrasında ise bu ilkenin uygulamadaki karşılığı ile yargılamalar esnasında meydana gelen sorunlar irdelenip çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Maddi Gerçeklik, Re’sen Araştırma, Adil Yargılanma, Vicdani Kanaat, Hukuka Aykırı Delil

* Avukat, Sakarya Barosu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Doktora Öğrencisi, egemen@gurses.av.tr, ORCID 0009-0003-8458-4508

PRINCIPLE OF INVESTIGATION OF MATERIAL FACTS IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

*Av. Muharrem Egemen GÜRSES ***

ABSTRACT

The right to a fair trial; It is a right guaranteed by the relevant legislation and general law principles in international and national law. The right to a fair trial shows itself in all cases of private law and public office. The main purpose in criminal proceedings is; It is the final outcome of the trial in accordance with the law and equity. In order to achieve this aim, certain restrictions must be imposed on the subjects of the proceedings and their rights must be protected. In this respect, in order to establish the benefit of a fair trial, it is necessary to keep the material fact subject to the trial without leaving any room for doubt, and to reveal and discuss all relevant legal evidence. Prohibitions on obtaining evidence and prohibitions on evaluating evidence constitute the legal limit for the existence and detection of material truth. In the study; One of the basic principles of the penal period, the "principles of the material framework", is discussed with its theoretical dimensions, and then the problems that occur during the reflection of this principle in practice are examined and the solution proposals are released.

Anahtar Kelimeler: Material Reality, Fair Trial, Ex Officio Research, Conscience, Illegal Evidence

* Attorney at Law, Sakarya Bar Association, Istanbul University Institute of Social Sciences Public Law Programme PhD Student, egemen@gurses.av.tr, ORCID 0009-0003-8458-4508

Extended Summary

The main purpose of criminal procedure is; It is the determination of the material facts regarding the incident in dispute and making a decision in accordance with the law. Investigating the material facts is also important for protecting the person's right to a fair trial. During the investigation of material facts in criminal procedure, a collective work is carried out by the suspect, defendant, lawyer, complainant, prosecution and the trial court. As a result of this study, the evidence included in the criminal trial is discussed, contradictions are revealed, and the subjects of the trial learn each other's thoughts and have the opportunity to think and discuss together. This method is described as contradictory reasoning. Thanks to the contradictory reasoning method, the prosecution and defense can examine each other's evidence and ask questions to witnesses, if any. However, collective working is not a necessity in practice in terms of suspect and defendant. Namely; For the sake of revealing the material truth, the suspect or defendant should not be expected to make a statement or provide evidence that may have adverse consequences regarding the incident in dispute. In this context, it should be taken into consideration that people have the right to remain silent.

At the end of the trial, the court determines the material fact regarding the incident in question according to its conscientious opinion, taking into account the existing evidence and establishes the final conclusion regarding the incident in question. Conscientious belief in criminal procedure is the judge's discretion in evaluating the available evidence. Conscientious conviction - although it is a subjective issue - is very important for the establishment of a fair trial, as it is formed from evidence that is reasonable and realistic, represents the whole or a part of the event, or as a result of the evaluation of the evidence as a whole, and since it is not possible to determine the absolute truth in some disputes.

Evidence obtained in accordance with the law and presented and discussed in court is the basis for determining the material truth. In revealing the material truth, the principle is freedom of evidence, the exception is evidence prohibitions. Evidence bans; It refers to the limitations imposed on the production and evaluation of evidence that may cause violations of social and personal values in criminal trials conducted in accordance with the principle of the rule of law.

Evidence bans constitute the limit of the principle of investigating material truth. In our law, evidence prohibitions are divided into two: "obtaining (substituting) evidence" and "evaluation" prohibitions. The prohibitions on obtaining evidence include; They are divided into three groups: subject-of-evidence prohibitions, evidence-medium prohibitions and evidence method prohibitions.

The way evidence prohibitions are interpreted and implemented, especially in criminal disputes, is very important. Because, in case the person on trial is punished, it is very important for the principle of legal security that the conviction be based on evidence obtained in accordance with the law. There is no clear legal regulation in the European Convention on Human Rights regarding evidence bans. In the decisions of the European Court of Human Rights, a more comprehensive evaluation is made in terms of evidence falling within the scope of evidence prohibitions other than evidence obtained as a result of ill-treatment. There are decisions given by the European Court of Human Rights stating that if the evidence in question is supported by other evidence, this issue will not cause a violation of the right to a fair trial. In our law, the regulations regarding evidence prohibitions and their interpretation in practice are quite strict. It is accepted that illegal evidence should not be taken as a basis for a decision, even if it is supported by other evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, ceza muhakemesini düzenleyen bir hukuk dalıdır¹. Ceza muhakemesi ise savunma, iddia ve yargılama sürecini kapsayan ve ceza uyuşmazlığının çözümünü amaç edinen bir kavramdır². Ceza muhakemesinin temel amacı maddi gerçeğin hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ortaya konulmasıdır³. Ancak, maddi gerçek araştırılırken bazı temel hak ve hürriyetlerle ceza muhakemesi hukukunun temel prensipleri muhakkak nazara alınmalıdır. Ceza yargılamalarında hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde karar verilmesinin yegâne koşulu maddi gerçeğin araştırılarak doğru bir şekilde ortaya çıkarılması olmakla birlikte bu amacın gerçekleşmesi esnasında hukuki sınırların isabetli şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, maddi gerçek araştırılırken bireyin temel hak ve hürriyetleri gözetilmeli, ayrıca maddi gerçeğin ortaya konulması esnasında hukuki dayanak olarak gösterilecek vaka ve delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi ve sunulması gerekmektedir.

Çalışmamızda; maddi gerçeklik kavramı, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe gidiş sürecinde gözetilmesi gereken hususlar, maddi gerçekliğin araştırılması prensibinin adil yargılanma hakkı ve hukuka aykırı delil konularıyla bağlantıları ve uygulamada karşılaşılan sorunlar irdelendikten sonra bu sorunlara yönelik çözüm önerilerimize yer verilecektir.

I.GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bu sözleşmenin tarafı olduğumuz ek protokollerde, Anayasa ve ilgili diğer mevzuatlar vasıtası ile mülkiyet hakkı, kişi dokunulmazlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği gibi bireyin birtakım temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Ancak, temel hak ve özgürlüklere yönelik sağlanan hukuki güvencelerin karşılığının tam anlamıyla alınabilmesi için bireyin haklarının yargı erki vasıtasıyla da korunması ve gözetilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, bireyin adil bir şekilde yargılanması önem arz etmektedir. Adil yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için de maddi gerçeğin hiçbir şüpheye

¹ Nurullah Kunter, Muhakeme dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Bası, Fakülteler Matbaası 1978) 9; Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (1. Baskı, Seçkin Hukuk 2012) 27; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Bası, Arıkan Basım Yayım 2006) 9

² Kunter, (n 1) 9; Eryılmaz, (n 1) 29

³ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – I (12. Bası, Seçkin Hukuk, 2021) 172; Erol Cihan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi' (1963) 28 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 709-710; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası, Beta Yayınları, 2012)5-6; Ceza yargılamasının karmaşık amaçları barındırdığına ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku (16. Baskı, Seçkin Hukuk 2019) 62

mahal bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gerekmektedir⁴. Maddi gerçek kavramı; geçmişte yaşanan bir olayın deliller vasıtasıyla ortaya konması şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Ceza muhakemesinin konusunu oluşturan maddi gerçek, bir başka deyişle, soruşturma veya kovuşturmanın konusunu oluşturan olay; somut bilgiler ışığında ve duyu organlarımızla algılanabilecek deliller vasıtası ile ortaya konulmalıdır⁶.

Hukuk tarihimize bakıldığında ceza yargılamalarının amacının tespiti hususunda farklı dönemlerde farklı gayelerin benimsendiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla da ceza muhakemesinin temel amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu yönündeki görüşün hemen oluşmadığının anlaşılması gerekmektedir. Şöyle ki; geçmişten günümüze bakıldığında ceza yargılamalarında ilk zamanlarda suçlunun cezalandırılması temel amaç iken sonrasında bu amaç yerini sanığın korunması amacına bırakmış ve son aşamada esas amacın maddi gerçeğin araştırılması ve ortaya konulması olduğu anlaşılmıştır⁷.

Nitekim maddi gerçeklik hususunun önemi ve ceza yargılamalarının amacını teşkil ettiği meselesi Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/04/1993 tarih ve 1993/6-79 esas, 1993/108 karar sayılı kararında; *“Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkumiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir.”* denilmek suretiyle ifade edilmiştir⁸.

Ceza yargılamalarında maddi gerçeğin araştırılması hususunda yargılamanın süjelerini oluşturan savunma, iddia ve yargılama makamına önemli görevler düşmektedir. Yargılamanın süjelerini oluşturan sanık, müdafî, katılan, Cumhuriyet savcısı ve mahkeme maddi gerçeğin şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması hususunda azami gayreti

⁴ Ramazan Arıtürk, ‘İddianamenin İadesi İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2022) (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 182

⁵ Bahri Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 46 1994) 86-87; Şahin ve Göktürk, (n 3) 21; Hakan Karakehya, ‘Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine’ (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 59

⁶ Karakehya, (n 4) 68

⁷ Centel ve Zafer, (n 3) 6; Erol Cihan ve Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku (2.Bası, Beta Yayınları 1997) 9; Cihan, (n 3) 709-710; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, (n 1) 20

⁸ Yar. CGK, E. 1993/6-79, K. 1993/108, T. 19.04.1993

göstermektedir, ancak bu gayretleri delil yasaklarıyla sınırlandırılmıştır⁹. Ayrıca, şüpheli veya sanık yönünden aleyhe olabilecek delillerin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması maksadıyla savunma makamı tarafından ortaya konulma zorunluluğu olmadığı hususu da göz ardı edilmemelidir¹⁰.

Mukayeseli hukuk nazarında maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin sınırının delil yasakları olduğu hususu hem Kıta Avrupası hukuk sisteminden hem de Anglo – Sakson hukuk sisteminden anlaşılmaktadır¹¹. Ancak, her iki sistemin de delil yasakları konusunda geliştirmiş olduğu yöntemler ve amaçlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki; Anglo-Sakson hukuk sisteminde delil yasaklarının kabul edilmesindeki amaç kolluk görevlilerini disipline etmek iken Kıta Avrupası hukuk sisteminde amaç bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak, bir başka deyişle, kamu gücüne karşı korumaktır¹². Türk hukukunda ise delil yasaklarının uygulanmasındaki amaç; her iki hukuk sisteminin gütmüş olduğu amacın karması niteliğindedir¹³. Yani hukukumuzda delil yasaklarının düzenlenmesinde ve uygulanmasındaki amaç; bireyin temel hak ve hürriyetini kamu otoritesinin orantısız olabilecek müdahalelerine karşı korumak ve de kolluk kuvvetlerinin görev tanımlarını gerçekleştirirken başvurabilecekleri tedbirlerin sınırlarını belirlemektir.

II. CEZA MUHALEMESİNDE BİR HAK VE YÜKÜMLÜLÜK OLARAK MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI

Ceza muhakemesinde şüpheli, sanık, müdafî, müşteki, katılan ve iddia makamı yargılamayı yürüten mahkeme ile birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında kolektif çaba gösterebilmektedir¹⁴. Anayasa'nın 38. ve 138. maddeleri ile CMK'nın 160/2, 216 ve 217 maddeleri başta olmak üzere ilgili diğer hükümler gereği soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının, kovuşturma aşamasında ise hakimin ve Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin yerine getirmesi gereken eylemler bulunmaktadır¹⁵. Ancak, sanık ve katılan yönünden bu durumun nitelendirmesi farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; kovuşturma

⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası, Seçkin Hukuk, 2022) 683 ve devamı.; Öztürk, (n 4) 87; Cihan, (n 1) 708

¹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 8) 58

¹¹ Mehmet Gödekli, 'Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasası' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1835 – 1836; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2016) 83 – 84

¹² Alper Özboyacı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları (Yargıtay İçtihatları İle) (1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınevi 2008) 17

¹³ Özboyacı, (n 10) 17

¹⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, (n 1) 39; Karakehya, (n 4) 70

¹⁵ Eryılmaz, (n 1) 87; Şahin ve Göktürk, (n 3) 87

aşamasında sanık üzerine atılı suçlamadan beraat etme maksadıyla lehine olabilecek delilleri sunma veya bu delillerin araştırılmasını talep etme hakkına sahiptir. Katılan ise sanık tarafından kendisinin şahsına veya mal varlığına karşı gerçekleştirildiğini iddia ettiği eylemin failinin o olduğunun tespit edilebilmesi maksadıyla araştırılmasını talep ettiği hususları mahkemeye bildirme hakkına sahiptir. Burada dikkat edilmesi gereken, ceza muhakemelerinde hukuk yargılamalarında farklı olarak taraflara herhangi bir ispat yükümlülüğünün getirilmemesi, tarafların maddi gerçeğin araştırılması safhasında kendi faydalarına olabilecek hususlarda katkıda bulunmalarına izin verilmesidir¹⁶.

Sonuç olarak; her ne kadar ceza yargılamasının adil şekilde gerçekleştirilebilmesi için maddi gerçeğin tespit edilmesi ve bu tespite ilişkin yapılması gereken çalışmanın yargılamanın süjelerini oluşturan tüm paydaşlarca iştirak edilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir de bu husus zorunluluk arz etmemektedir. Hakikatin araştırılması safhasında katılan ve sanık tarafından katkıda bulunulması ihtiyari, Cumhuriyet savcısı ve hakim tarafında lehe ve aleyhe delillerin toplanarak maddi gerçeğin tespitinde katkıda bulunulması ise zaruridir.

III. MADDİ GERÇEĞİN TESPİTİNDE İZLENECEK METOT

Ceza muhakemesi; hukuk devleti olma gereği olarak hukuka uygun delillerle maddi gerçeğe ulaşmayı ve ulaşılan maddi gerçek vasıtası ile var olan şüphelerin bertaraf edilmesi suretiyle hukuka ve hakkaniyete uygun neticeye ulaşmayı amaçlamaktadır¹⁷. Ceza yargılamasının konusunu oluşturan olayların gerçekleşme şeklinin tespiti, yargılamanın adil bir şekilde sürdürülebilmesi adına büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki; ceza yargılamalarında özel hukuk yargılamalarından farklı olarak sadece şekli gerçeğe yetinilmediği, maddi gerçeğin de peşinden gidildiği kabul edilmektedir¹⁸. Bunun temel sebebi; özel hukuk yargılamalarında delillerin taraflarca getirilmesi prensibinin geçerli olması, ceza yargılamalarında özel hukuk yargılamalarından farklı olarak re'sen araştırma prensibinin muteber olması ve ceza yargılamalarının kamu düzenini ilgilendirmesi ile müşteki, katılan,

¹⁶ Yurtcan, (n 3) 118-119

¹⁷ Öztürk, (n 4) 5; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, (n 1) 23 - 24; Centel ve Zafer, (n 3) 5 - 6; Cihan, (n 3) 709-710; Can Canpolat, 'Ceza Muhakemesinin Amacı "Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?' (2020) 15(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 454

¹⁸ Cihan ve Yenisey, (n 6) 26; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Hukuk 2022) 84; Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 131

şüpheli veya sanığın başta özgürlük olmak üzere temel hak ve hürriyetlerinin ceza yargılamalarına konu edilmesidir¹⁹.

Ceza yargılamalarında maddi gerçeğin tespit edilmesi kolay bir mesele değildir. Yargı mensupları tarafından ilgili meselelere ceza hukuku mevzuatımızda düzenlenen hükümlerin isabetli şekilde tatbik edilebilmesi için öncelikle yargılama konusu olayın doğru bir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bu noktada, yargılamanın süjelerine büyük iş düşmektedir. Maddi gerçeğin anlaşılabilmesi için yargılama konusu olayın nasıl, kim tarafından, ne şekilde, kime, kaç defa gerçekleştirildiği soruları başta olmak üzere birçok sorunun yanıtının bulunabilmesi gerekmektedir. Uygulamada, özellikle de teknolojinin gelişmesiyle beraber bu soruların birçoğunun cevabı tam ve isabetli şekilde bulunabilmektedir. Maddi gerçeğin tespitinin yapılabilmesi için uyumsuzluk taraflarının olayı doğru biçimde anlatmalarının önem arz ettiği yadsınamaz bir gerçektir. Ancak, bu husus zorunluluk arz etmemektedir. Şöyle ki; gerek ulusal hukukta gerekse de uluslararası hukukta şüpheli veya sanığın kendi aleyhine kullanılması muhtemel delilleri sunma zorunluluğunun olmadığı ve aleyhe sonuç doğurabilecek şekilde beyanda bulunmak zorunluluğuna tabi tutulamayacakları kabul edilmektedir²⁰. Bir başka deyişle, şüpheli veya sanık hal ve şartlara göre susma hakkını kullanabilmektedir. Kişiye susma hakkının bulunduğu, ifadesi alınmadan önce mutlaka hatırlatılmalıdır²¹. Susma hakkı; kendisine suç isnat edilen kişinin kendi aleyhine delil vermeye veya beyanda bulunmaya zorlanamamasıdır²². Susma hakkının kişinin aleyhine kullanılması veya yorumlanması mümkün değildir²³. Şüpheli veya sanık gerek soruşturma gerek kovuşturma aşamasında kendisine yöneltilen sorulara cevap vermeme hakkına sahiptir. Bu durum susma hakkının kişiye işkence ve insanlık dışı muamele suçlarına maruz kalma ihtimalini bertaraf etmeyi amaç edinen bir güvence niteliğindedir²⁴. Ancak, kişinin kendisine sorulan sorulara cevap vermekten imtina

¹⁹ Özel hukuk yargılamalarında mahkeme, tarafların getirdiği delillerle bağlıdır. Özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda cezai uyumsuzluklardan farklı olarak kamu düzeninin sağlanması gibi bir amacın gerçekleştirilmesi yoluna gidilmemektedir. Özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda amaçlanan; bireylerin menfaat çatışmalarının halledilmesidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda uyumsuzluklarda ispat yükünün kim tarafından, ne şekilde ve hangi zaman dilimi içerisinde giderilmesi gerektiğine ilişkin kazuistik düzenlemeler mevcuttur. Neticeten; özel hukuk uyumsuzluklarında şekli gerçeklik sağlanmaktadır, hakim maddi gerçeklikle prensip olarak ilgilenmemekte, uyumsuzluğun meydana geliş şeklini tarafların sunmuş olduğu deliller vasıtası ile takdir etmektedir. Daha detaylı bilgi için bakınız. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (4. Bası, Yetkin Yayınları 2016) 382-387

²⁰ Kendini suçlama yasağına ilişkin olarak bakınız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T. 05/11/2002, Başvuru No: 48539/99, Allan v. Birleşik Krallık

²¹ Gödekli, (n 10) 1841; Serhat Sinan Kocaoğlu, 'Susma Hakkı' (2011) Ankara Barosu Dergisi, 40

²² Kocaoğlu, (n 20) 30

²³ Yenisey ve Nuhoglu, (n 1) 398; Eryılmaz, (n 1) 592; Ayrıca bakınız. Anayasa Mahkemesi, E. 2019/80, K. 2022/31, T. 24.03.2022

²⁴ Asuman İnce Tunçer, 'Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 4 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 357; Kocaoğlu, (n 20) 43; Kocaoğlu (n 20) 43

etmesi ceza muhakemesi özelinde maddi gerçeğin araştırılması gayretini zedelememekte aksine cevaplanmasından imtina edilen hususlara ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla soruşturmanın veya kovuşturmanın genişletilmesine neden olmaktadır²⁵.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkemeler maddi gerçeğe yapılan araştırmalar neticesinde elde edilen deliller vasıtasıyla ulaşabilmektedir. Ancak yukarıda izah edildiği üzere bazı durumlarda yargılamanın süjelerinin olaya ilişkin anlatımlarının yetersiz olması, tanık anlatımlarının da maddi vakayı çözmeye yeter nitelikte olmaması ve sair nedenlerden ötürü yargılama sonunda mahkemece verilen kararın gerekçesine dayanak gösterilen maddi vakanın oluş şekline dair kabulün tam anlamıyla kesinlik içermediği hallerle de karşılaşılabilir²⁶. Bu durumda, aslında, maddi gerçekliğin tespitinde herhangi bir problem bulunmamaktadır. Çünkü maddi gerçeğe elde bulunan bilgilerin doğru olduğunun kabul edildiği hallerde ulaşıldığı kabul edilmektedir.

Ceza uyuşmazlıklarında maddi gerçeğin peşinden gidildiği anlaşılacakla birlikte bu hususun mutlak gerçeklikle karıştırılmaması gerekmektedir. Mutlak gerçeklik; kesin, aksinin iddia edilmesinin mümkün olmadığı gerçekliktir²⁷. Ceza davalarında mutlak gerçekliğin tam anlamıyla tespit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde ulaşılan maddi gerçeklik ele alınmakta ve maddi gerçekliğe ilişkin değerlendirme hakim tarafından vicdani delil sistemi esas alınmak suretiyle yapılmaktadır²⁸.

Hakikatin araştırılması safhasında elde edilen delillerin maddi vakanın ispatında değerlendirilmesine ilişkin olarak hukukumuzda vicdani delil sisteminin tatbik edildiği Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasının lafzında geçen "*Hakimler... vicdani kanaatlerine göre karar verir.*" ve CMK'nın 217. maddesinin lafzında geçen "*... deliller hakimin vicdani kanaatiyle serbestçe değerlendirilir.*" şeklindeki ifadelerden de ayrıca anlaşılmaktadır²⁹.

Özetlemek gerekirse, mahkeme yargılama sonunda dava konusu olaya ilişkin maddi gerçeği mevcut delil durumunu nazara almak suretiyle vicdani kanaatine göre tespit etmekte ve yargılama konusu olaya ilişkin nihai neticeyi tesis etmektedir. Ceza muhakemesinde vicdani

²⁵ Centel ve Zafer, (n 3) 149

²⁶ Yenisey ve Nuhoglu, (n 1) 84

²⁷ Özen, (n 15) 132; Karakehya, (n 4) 69

²⁸ Özen, (n 16) 132; Karakehya, (n 4) 69

²⁹ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu ve Erol Güngör Yüksel, *Deliller Çapraz Sorgu ve İspat* (1. Baskı, Yayın Matbaacılık 2008) 645; Doğan Gedik, 'Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)', (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 918-919

kanaat ise hakimın mevcut delilleri değerlendirmedeki takdir yetkisidir³⁰. Vicdani kanaat - sübjektif bir mesele olmasına rağmen - akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde olduğundan ve de bazı uyuşmazlıklarda mutlak gerçeğin tespiti mümkün olmadığından adil bir yargılamanın tesis edilebilmesi için oldukça mühimdir³¹.

Ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri; hukuk devleti, insan haysiyetinin korunması, işkence yasağı, adil yargılanma, bağımsız ve tarafsız hakim, meram anlatma, şüpheden sanık yararlanır, silahların eşitliği, halka açıklık, özel hayatın gizliliği, maddi gerçeğin araştırılması, davasız yargılama olmaz, vasıtasızlık, sözlülük – yazıllık, maslahata uygunluk, usul ekonomisi, çabukluk, kovuşturmanın resmiliği, delillerin serbestliği ve delillerin serbest değerlendirilmesi şeklindedir³². Söz konusu tüm ilkelerin uygulamada tatbikiyle, ceza uyuşmazlığının hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi amaçlanmaktadır. Adil yargılanma hakkı, tüm bu sayılan ilkelerin çatısını oluşturmaktadır³³. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi de adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için oldukça önemli olup özellikle şüpheden sanığın yararlanması, silahların eşitliği, delillerin serbestliği ve delillerin serbest değerlendirilmesi ilkeleriyle bağlantı içermektedir³⁴.

Ceza yargılamalarında uyuşmazlıklar özelinde maddi gerçekler araştırılırken her şeyden önce “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine riayet edilmekte ve yargılamanın süjeleri tarafından yapılan çalışmalarda toplanan deliller sanığın suç işlediğinin kesin olarak anlaşıldığı zamana kadar sanık aleyhine yorumlanmamakta, bir başka deyişle mevcut şüphe durumu dikkate alınarak sanığın suçlu olduğu yönünde kanaat oluşmamaktadır³⁵.

³⁰ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2002) 72-73; Gedik, (n 25) 940; Karakehya, (n 10) 71

³¹ Karakehya, (n 4) 68

³² Veli Kafes, ‘Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması’ (2015) 3 (2) CHKD, 182

³³ Kafes, (n 31) 184

³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi T. 28.05.2020, Başvuru No: 29620/07, Farzaliyev v. Azerbaycan; Bahsi geçen kararda hakkındaki suç isnatlarından soruşturma safhasında haberdar edilmeyen başvuruçunun aleyhine olan delillere karşı savunmada bulunamaması, iddialarını destekleyecek nitelikte belgeleri ve savunmasını sunamamış olması dikkate alındığında soruşturma dosyasındaki delillerin tartışılmadığı olayda her ne kadar dava zamanaşımı nedeniyle başvuru cezalandırılmamışsa da sonrasında aleyhine açılan tazminat davasında soruşturma dosyasının içeriğinin sorgulanmaksızın kabul edilmesi suretiyle “...her ne kadar dava zamanaşımı nedeniyle kişinin cezalandırılması yoluna gidilmemişse de soruşturma dosyasında belirtildiği üzere başvuruçunun münnet suçları işlediği sabit olduğundan...” denilmesi suretiyle başvuruçunun aleyhine tazminata hükmedilmesi AİHS’nin 6/1 maddesinin ihlaline sebebiyet vermiştir. Bu kararda adil yargılanma hakkının; maddi gerçeğin araştırılması, delillerin tartışılması, çelişmeli muhakeme prensibi ve silahların eşitliği ilkesi ile bağlantıları vurgulanmış ve tüm bu hususlarda ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarında şüpheli ve sanığın haklarının korunması gerektiği vurgulanmıştır.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/133, K. 2013/169, T. 26.12.2013; Anayasa Mahkemesi, T. 13.06.2013, Başvuru No: 2012/665

Maddi gerçeğin araştırılması safhasında savunma, iddia ve yargılama makamı arasında kolektif şekilde bir çalışma gerçekleştirilmektedir³⁶. Bu çalışma neticesinde ceza yargılamasına giren deliller tartışılır, çelişkiler ortaya konur ve yargılamanın süjeleri hem birbirinin düşüncelerini öğrenir hem de birlikte düşünme ve tartışma imkânı bulurlar³⁷. Bu metot, çelişmeli muhakeme olarak nitelendirilmektedir. Çelişmeli muhakeme yöntemi sayesinde iddia ve savunma makamı birbirlerinin delillerini irdeleyebilir, var ise tanıklara soru yöneltebilirler³⁸. Ancak bu yöntemin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için tarafların başta usul hukuku başta olmak üzere tüm konularda eşit şartlara tabi olması ve mahkeme tarafından da iddia veya savunma makamının aleyhine olabilecek, bu makamların savda bulunma ve savunma yapma haklarını kısıtlayabilecek nitelikte müdahalelerde veya bir tarafı daha avantajlı kılabilecek nitelikte müdahalelerde bulunulmaması gerekmektedir³⁹. Bir başka deyişle, ceza yargılamalarında maddi gerçeğin araştırılması safhasında çelişmeli muhakeme yöntemi uygulanırken tüm taraflar eşit imkâna sahip olmalıdır. Bu eşitlik uygulamada ve doktrinde silahların eşitliği ilkesi çatısı altında değerlendirilmektedir.

Ceza yargılamalarının adil bir şekilde yürütülebilmesi için aynı zamanda yargılamanın makul sürede nihayete erdirilmesi gerekmektedir⁴⁰. Yargılamanın makul sürede neticelendirilememesi halinde bile her ne kadar mahkeme tarafından yargılama konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin araştırıldığı kabul edilmeli ise de uzun süren yargılamadan ötürü hak ihlalinin oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Uygulamada gerek yargılamanın daha fazla sürüncemede kalmaması gerekse de savunma makamı tarafından maddi gerçeğe katkı sağlayabileceği düşüncesiyle bazı delillerin toplanması yönündeki taleplerin mahkeme tarafından her ne kadar tevsi-i tahkikat talebinde bulunulmuş ise de bu talebin dosyanın esasına bir yenilik katmayacağı nedeniyle reddine karar verilmektedir. Bazı durumlarda mahkeme tarafından taleplerin reddine ilişkin verilen karar isabetli olsa da gene de bu hususun mahkemelerce sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesi, maddi gerçeğin araştırılması ve iddia makamıyla savunma makamı arasında geçerli olan silahların eşitliği ilkelerinin ihlal edilip

³⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/43, K. 2012/10, T. 19.01.2012; “*Ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeği araştırmaktır. Ceza muhakemesi hukukunda hakikati araştırarak gerçeğe ulaşma, kolektif yargılama yöntemi ile sağlanmaktadır. Kolektif yargılama, hükmün verilmesine, iddia, savunma ve yargılama makamlarının birlikte katılmasını ifade eder. Kolektif yargılama yapmanın metodu, hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirerek, bütün süjelerin birbirlerinin fikirlerini öğrenmeleridir.*”

³⁷ CMK'nın 215. maddesi uyarınca delillerin tartışılması ve sanığa da delillere ne diyeceğinin mutlaka sorulması gerektiğine ilişkin bakınız. Yurtcan, (n 3) 540

³⁸ Burcu Dönmez, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu (2. Baskı, Seçkin Hukuk 2019) 414

³⁹ Yar. CGK, E. 2017/16, K. 2017/420 T. 17.10.2017

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, Keser Altıntaş Başvurusu, Başvuru No: 2023/18536, T. 25.07.2023, § 80; Anayasa Mahkemesi Keser Altıntaş başvurusunda vermiş olduğu kararla birlikte yargılamanın uzun sürmesinin hak ihlaline yol açtığı iddiasını barındıran başvuruları şimdilik değerlendirmeyeceğini belirtmiştir.

edilmediğinin anlaşılması gerekmektedir. Eğer ki, yargılama esnasında savunma makamı tarafından bulunulan taleplerin yargılamayı uzatma maksadıyla beyan edildiği yönünde kanaat oluşur ise talebin reddine hükmedilmelidir⁴¹.

IV. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİNİN SINIRI

A. GENEL OLARAK

Hukuka uygun şekilde elde edilen ve mahkemede ortaya konulup tartışılan deliller, maddi gerçeğin saptanmasında esas alınmaktadır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında prensip delil serbestisi, istisna ise delil yasaklarıdır⁴². Delil yasakları; hukuk devleti ilkesine riayet edilmek suretiyle yürütülen ceza yargılamalarında toplumsal ve kişisel değerlerin ihlaline sebebiyet verebilecek türden delillerin ikame edilmesine ve değerlendirilmesine getirilen sınırlamaları ifade etmektedir⁴³.

Delil yasakları, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin sınırını oluşturmaktadır⁴⁴. Hukukumuzda delil yasakları, kendi içinde, “delil elde etme (ikame etme)” ve “değerlendirme” yasakları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Delil elde etme yasakları ise kendi içinde; delil konusu yasakları, delil aracı yasakları ve delil metodu yasakları olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

B. DELİL ELDE ETME YASAKLARI

Delil elde etme yasaklarının kendi içerisinde delil konusu yasakları, delil aracı yasakları ve delil metodu yasakları olmak üzere üçe ayrıldığını önceki başlık atında ifade etmiştik. CMK'nın 47. maddesindeki düzenlemenin içeriğini oluşturan devlet sırrı kavramı delil konusu yasasına; CMK'nın 45., 46., ve 48. maddelerindeki tanıklığa ilişkin düzenlemeler delil aracı

⁴¹ Uygulamada, özellikle sanık avukatları tarafından tutuklu müvekkillerinin tutuklulukta geçirdiği sürenin de uzaması neticesinde “bihakkın tahliye” talebinde bulunabilmek maksadıyla yargılamayı sürüncemede bırakma niyetiyle birçok tevsi-i tahkikat talebinde bulunulduğu gözlemlenmekteyse de kanun koyucu CMK'nın 206/1-c maddesiyle bu hususu düzenlemiş ve bu niyetin gerçekleştirilmesinin en azından teorik olarak önüne geçmiştir.

⁴² Yurtcan, (n 3) 311; Eryılmaz, (n 1) 651; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 1) 577-578; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 8) 683

⁴³ Yurtcan, (n 3) 311; Şahin ve Göktürk, (n 3) 173; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 1) 577-578

⁴⁴ Yar. CGK, E. 2005/7-144, K. 2005/150, T. 29.11.2005; “Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, “delil serbestisi” prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilebilir. Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 254. maddesinin birinci fıkrasında; “Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder.” denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem “delil serbestisi” hem de “delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi” ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınmazlar.”

yasaklarına; TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçu⁴⁵ ve 96. maddede düzenlenen eziyet suçu⁴⁶ ise delil metodu yasaklarına örnek olarak gösterilebilir. Birbirinin anti tezi niteliğinde olan susma hakkı ve işkence, ceza muhakemesinin amacını oluşturan maddi gerçeğin araştırılması meselesinin sınırlarını oluşturmaktadırlar ve özellikle şüpheli veya sanığa usuli güvence sağlanması hususunda önem arz etmektedir⁴⁷. İşkencenin kişinin özgür iradesini yok etmesi, hukukumuzda maddi gerçeğin araştırılmasının her ne pahasına olursa olsun yerine getirilmesi anlayışının kabul görmemesi ve işkencenin suç olarak tanımlanmasıyla susma hakkının güvence altına alınması hususları hep birlikte değerlendirildiğinde maddi gerçeğe ulaşma safhasında her yolun mübah olmadığı anlaşılmaktadır.

Delil yasakları prensip olarak delil elde etme yasakları ve delil değerlendirme yasakları şeklinde ikiye ayrılmakla birlikte bu iki yasak tipi arasındaki bağlantı meselesi doktrin ve uygulama için büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki; hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hüküm aşamasında değerlendirmeye alınıp alınmayacağı sorunu, ceza muhakemesini ve dolayısıyla da kamu düzenini ilgilendirmektedir⁴⁸. Bu noktada iki yasak türünün de birbiriyle organik bağlantısının olup olmadığının saptanması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde delil yasaklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁹. AİHM kararlarında ise hukuka aykırı delillere ilişkin mutlak değerlendirme yasağının kabul edildiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır⁵⁰. AİHM delil yasakları hususunda inceleme konusu delilin işkence ve eziyet gibi kötü muameleler neticesinde elde edilmesi halinde delilin yargılama safhasında kullanılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmektedir⁵¹. Ancak, işkence gibi kötü muameleler dışındaki delil yasakları bakımından AİHM daha geniş bir değerlendirme yapmaktadır. AİHM; delilin başkaca delillerle desteklenip desteklenmediğini, delilin kullanılmasının hukuka ve hakkaniyete aykırılık teşkil edip etmediğini incelemekte ve mahkumiyet hükmü sadece ilgili delile dayanmıyorsa adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varabilmektedir⁵².

⁴⁵ Hukuka aykırı yöntemle sorgulamaya ilişkin bakınız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 23195/43, T. 13.11.2003, Tahir Elçi ve diğerleri v. Türkiye

⁴⁶ İnsanlık dışı ve alçaltıcı muameleye maruz bırakılmak suretiyle yapılan sorgulamaya ilişkin bakınız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 18896/91, T. 13.11.2003, Ribitsch v. Avusturya

⁴⁷ Kocaoğlu, (n 20) 43

⁴⁸ Gedik, (n 25) 933

⁴⁹ Karakehya, (n 10) 84

⁵⁰ Karakehya, (n 10) 84

⁵¹ Karakehya, (n 10) 84

⁵² Karakehya, (n 10) 84 – 85

Anayasa'nın 38. maddesinde hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin kullanılmayacağına ilişkin düzenleme ile CMK'nın 217/2 maddesinde isnat olunan suçun hukuka uygun şekilde elde edilen deliller vasıtası ile ispat edilebileceğine ilişkin düzenlemenin lafzından Türk hukukunda, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin mahkeme tarafından değerlendirme dışı bırakılması gerektiği anlaşılmaktadır⁵³. Kısacası, zehirli ağacın meyvesinin yenilmemesinin gerektiği ceza muhakemesi hukuku ekseninde kabul edilmektedir.

Nitekim CMK'nın 148. maddesinde ifade ve sorguda yasak usuller meselesi düzenlenmiş ve hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin ceza muhakemesi prensipleri uyarınca değerlendirme dışı bırakılacağı düzenlenmiş, Anayasa'nın 38. maddesi ile CMK'nın 217/2 maddesindeki düzenleme kazuistik metot izlenmek suretiyle CMK'nın 148. maddesi vasıtasıyla uygulamaya intibak edilmiştir. Ancak, CMK'nın 148. maddesinde mevcut düzenlemelerin, Anayasa'nın 38. maddesi ve CMK'nın 217/2 maddesinin varlığı nazara alındığında genel prensiplerin tekrarı niteliğinde olduğu ve dolayısıyla da bu maddeye TCK'da yer verilmesinin uygulamaya önemli bir katkısının olmadığı düşüncesindeyiz.

C. DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI

Delil değerlendirme yasakları hukukumuzda prensip olarak kabul görmektedir ve aynı zamanda CMK'nın 206/2-a ve CMK'nın 289/1-i maddesi başta olmak üzere bazı düzenlemelere konu edilmiştir. Ceza yargılamasının temel amacının maddi gerçeğin tespit edilmesi suretiyle adil bir yargılamanın sağlanması olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak, bu amacın gerçekleştirilmesi arzusunun seviyesi meselesinin detaylandırılması gerekmektedir. Kamu düzeninin sağlanması, ancak bu uğurda bireyin temel hak ve özgürlüklerinin mümkün mertebe kısıtlanmaması gerekmektedir. Bireyin temel hak ve özgürlükleri; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Sözleşme'nin tarafı olduğumuz ek protokollerde, Anayasa'da ve diğer ilgili kanunlarda düzenlenmiştir.

⁵³ Mehmet Maden, 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları', (2015) 31 (1) Anayasa Yargısı Dergisi, 212-213; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında yapılan başvurular neticesinde yapılan incelemelerde cezai uyumsuzlukta dermeyan edilen delilin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin ulusal hukuk mevzuatına göre ulusal yargılama sürecinde yapılması gerektiği, bu hususun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görev tanımı içerisinde bulunmadığı belirtilmektedir. Ayrıca bakınız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 10862/84, T. 12.07.1988, Schenk v. İsviçre; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 48539/99, T. 05.11.2002, Allan v. Birleşik Krallık ; Başvurucuya yapılan işkence neticesinde delil elde edilmesi ve bu delillerin yargılamada başvurucu aleyhine kullanılmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin bakınız. Natasha Simonsen, ' "Is torture ever justified?": The European Court of Human Rights decision in Gäfgen v Germany', Ejil: Talk, 2010

Hukuka aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınması ihtimalinin ceza yargılamasında şüpheli veya sanık üzerinde psikolojik bir baskı oluşturduğu bilinmektedir. Ancak, hukukumuzda “her ne pahasına olursa olsun” anlayışı kabul görmemektedir⁵⁴. Bu hallerden biri de maddi gerçeğe ulaşma durumudur. Cumhuriyet savcısı ve mahkemeler delil toplanmasında yargılama konusu ile ilgili olması şartıyla gerekli kurum ve kuruluşlardan birtakım belgeler ve bilgiler talep edebilmektedir⁵⁵. Aynı zamanda, kolluk kuvvetinden de delil toplanması hususunda yardım talep edilebilmektedir. Kolluk kuvvetinin hakikatin araştırılması safhasında ceza muhakemesinde en etkin olduğu kısım soruşturma aşamasıdır. Soruşturma aşamasında; Cumhuriyet savcısının talimatıyla hareket eden kolluk kuvvetleri üst arama, iş yeri, ikamet arama, el koyma, teknik araçlarla izleme, fiziki takip gibi polisiye tedbirlere başvurmak suretiyle maddi gerçeğe katkı sağlayabilme maksadıyla delil toplamaktadır. Ancak, uygulamada özellikle jandarma bölgelerinde yapılan delil toplama faaliyetleri esnasında problemler yaşanabilmektedir. Suç unsurları ele geçirilmesine rağmen başta CMK olmak üzere ilgili kanun ve yönetmeliklere jandarma personeline kasıt olmaksızın uygun davranılmaması suretiyle elde edilen delillerin hukuk nazarında geçerliliği zedelenebilmektedir. Bu durumda, hukuka uygunluk nitelendirmesini adli makamların yapması gerektiğinden ve de her ne olursa olsun ortada bir suç unsuru bulunduğundan bu unsurların yürütülen soruşturma veya kovuşturma kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir⁵⁶.

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın hem lehine hem de aleyhine olan tüm hususların araştırılması - var ise - delillerin toplanması ve bu delillerin değerlendirmeye sunulması ceza hukukunda geçerli olan re’sen araştırma ilkesinin bir gereğidir⁵⁷. Bu doğrultuda, özellikle de CMK’nın 170/5 maddesinde düzenlenen ve soruşturmaya bakmakla yetkili Cumhuriyet savcısına şüpheli aleyhine olan delillerin yanında lehe olan delillerinde de iddianamede muhakkak belirtilmesi gerektiğine ilişkin görev yükleyen düzenleme dikkate alındığında delilin hukuka aykırı olduğu kanaatinin bulunması halinde bu hususun da zikredilmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁸.

⁵⁴ Hukukumuzda “Her ne pahasına olursa olsun” maddi gerçeğe ulaşma anlayışı değil, hukuka uygun adımlarla maddi gerçeğe ulaşma gayesi geçerlidir. Bakınız. Yar. CGK, E. 2008/33, K. 2008/83, T. 15.04.2008

⁵⁵ Bu hususa ilişkin daha detaylı açıklamalar için bakınız. Bilal Osmanoğlu, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi’ (2020) (151) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 104 ve devamı

⁵⁶ Maden, (n 41) 211; Karakehya, (n 10) 88

⁵⁷ Yar. CGK, E. 2019/495, K. 2021/116, T. 17/03/2021; Yar. CGK., E. 2018/7-433, K. 2021/213, T. 25/05/2021

⁵⁸ Arıtürk, (n. 4) 189

D. DELİL YASAKLARI KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DURUMU

Delil yasakları genel itibariyle tartışmaya kapalı ve uygulamada istisnasız şekilde tatbik edilen bir içeriktir. Anayasa'nın 38. maddesi başta olmak üzere ilgili mevzuat hükümlerinden ceza muhakemelerinde delil yasakları meselesinin savunma makamını oluşturan şüpheli, sanık ve müdafisini; iddia makamını oluşturan müşteki, katılan ve Cumhuriyet savcısını ve mahkemeyi kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu anlayıştan hareket edilen Alman doktrininde “delil elde etme” lafzıyla bağlı kalınması gerektiği ve haliyle de tesadüfen bulunulan deliller ile yargılamanın süjesi olmayan bir kişi tarafından sunulan delillerin veya bulguların delil yasakları kapsamında değerlendirilmemesinin kabulünün gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹. Ancak, Türk hukukunda Anayasa'nın 38/6 maddesi nazara alındığında uygulamada bu tarz durumlara mahkemelerce itibar edilmemektedir⁶⁰.

SONUÇ

Ceza muhakemesinin amacı; maddi gerçeğin araştırılıp bulunması ve tespiti yapılan gerçeklik neticesinde yürütülen yargılama sonucunda hukuka ve hakkaniyet uygun düşecek şekilde bir hüküm tesis etmektir. Ceza yargılamalarında re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan mahkeme ve Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli veya sanığın lehine ve aleyhine deliller toplanmaktadır. Ancak, yargılamanın süjelerinden olan şüpheli, sanık, müdafisi, müşteki veya katılan da kendi aleyhlerine sonuç doğurmayacak şekilde maddi gerçeğin araştırılması safhasında katkı sunabilir, delil ibraz edebilirler.

Ceza muhakemesine esas olmak üzere toplanan tüm deliller mahkeme huzurunda ortaya konulmalı ve tartışılmalıdır. Çünkü maddi gerçeğe bu sayede ulaşılabilmektedir. Hakim, maddi gerçeğe yargılama konusu olaya ilişkin delilleri değerlendirmek suretiyle ulaşmaktadır. Hukukumuzda bu konuda vicdani delil sistemi esas alınmaktadır. Şöyle ki; yargılama konusu olayın gerçekleşme şeklinin tam olarak belirlenemeyeceği, mutlak gerçeğin tespit edilemeyeceği durumlar olabilmektedir. Böyle durumlarda hakim mevcut delil durumuna göre gerçeğe uygun şekilde rasyonel bir düşünce tarzını benimsemek ve vicdanına kulak vermek suretiyle hükme esas alınacak maddi gerçeği, bir başka deyişle, ceza yargılamasına konu olayın oluş şeklini kabul eder.

⁵⁹ Bahri Öztürk (editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Hukuk 2021) 409-415

⁶⁰ Karakehya, (n 10) 85

Maddi gerçeğin araştırılması ve tespiti aşamasında vicdani delil sistemi esas alınmakla birlikte iddia makamı ile savunma makamının ceza yargılamasında hükme esas alınabilecek tüm delilleri karşılıklı olarak ortaya koymaları, deliller hakkında bilgi sahibi olmaları ve tartışmaları gerekmektedir. Bu imkânlar da ancak çelişmeli muhakeme yönteminin benimsenmesiyle sağlanabilir.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması amaç olmasına rağmen bu amaç mutlak nitelikte değildir. Yargılama neticesinde maddi gerçek kuşkuya mahal vermeyecek şekilde tespit edilemediği takdirde şüphe hali oluşmakta ve sanık mevcut şüpheden yararlandırılmaktadır. Ancak, maddi gerçeğe ilişkin şüphe hali sadece ihtimaller durumunda meydana gelmez. Aynı zamanda, hakikatin araştırılması safhasında elde edilen delillerin hukuka aykırılığına ilişkin bir tartışma bulunduğu durumlarda da akla gelmektedir. Anayasa'nın 38. maddesi ile CMK'nın 217/2 maddesi başta olmak üzere ilgili mevzuatlarda hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı belirtilmiştir. Bu halde, hukukumuzda delil yasaklarının olduğu ve bu kapsamda zehirli ağacın meyvesinin yenemeyeceğinin kabul edildiği, hukuka aykırı elde edilen delillerin maddi gerçeğin tespitinde herhangi bir şekilde katkısının bulunamayacağı anlaşılmaktadır.

Ceza yargılamalarında prensipler her ne kadar son derece açık ve anlaşılır olsa da uygulamada aynı berraklığı ne yazık ki gözlemleyememekteyiz. Bu kapsamda, maddi gerçeğin bulunması uğruna bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiklerine şahit olmaktadır. Uygulamada, tesadüfen elde edilen deliller ve yargılama dışı özel hukuk kişileri tarafından sunulan deliller maddi gerçeğin araştırılmasına esasen katkıda bulunmakta ise de bireylerin hukuk düzenine olan güvenlerini sarsmaktadır. Bu gerekçeler ışığında önerimiz; tesadüfen elde edilen delillerin uygulamasının ve kapsamının daraltılması ile yargılama dışı özel hukuk kişileri tarafından sunulan delillerin bilhassa gizlilik olan durumlarda sanığın hakkındaki isnadı öğrenme hakkını zedelediğinin ve dolayısıyla da hüküm aşamasında bu delillere temkinli yaklaşılması gerektiğinin kabul edilmesidir.

KAYNAKÇA

- Arıttürk R, 'İddianamenin İadesi İle İlgili Sorunlar Ve Çözüm Önerileri' (2022) (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 181 - 218
- Canpolat C, 'Ceza Muhakemesinin Amacı "Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?" '(2020) 15(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,451 - 499
- Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası, Beta Yayınları 2012)
- Cihan E, 'Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi' (1963) 28 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 701 – 712
- Cihan E ve Yenisey F, Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Bası, Beta Yayınları 1997)
- Dönmez B, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu (2. Baskı, Seçkin Hukuku 2019)
- Eryılmaz MB, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (1. Baskı, Seçkin Hukuk 2012)
- Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2002)
- Gedik D, 'Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 913 – 963
- Gödekli M, 'Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı', (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1815 - 1924
- İnce Tunçer A, 'Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 4(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 355 – 379
- Kafes V, 'Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması' (2015) 3(2) CHKD, 182 - 197
- Karakehya H, 'Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine' (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 27 – 59
- Karakehya H, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2016)
- Kocaoğlu SS, 'Susma Hakkı' (2011) Ankara Barosu Dergisi, 29 – 58

- Kunter N, Muhakeme dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Bası, Fakülteler Matbaası 1978)
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Bası, Arıkan Basım Yayım 2006)
- Maden M, ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları’ (2015) 31 (1) Anayasa Yargısı Dergisi, 207 – 234
- Osmanoğlu B, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi’ (2020) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 103 - 138
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası, Seçkin Hukuk 2022)
- Özboyacı A, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları (Yargıtay İçtihatları İle), (1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınevi 2008)
- Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Öztürk B, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 46 1994)
- Öztürk B (editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Hukuk 2021)
- Parlar A, Hatipoğlu M ve Yüksel EG, Deliller Çapraz Sorgu ve İspat (1. Baskı, Yayın Matbaacılık 2008)
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (4. Bası, Yetkin Yayınları 2017)
- Simonsen N, ‘ “Is torture ever justified?”: The European Court of Human Rights decision in Gäfgen v Germany (Ejil: Talk, 2010)
- Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku – I (12. Bası, Seçkin Hukuk 2021)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Hukuk 2022)
- Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, (16. Baskı, Seçkin Hukuk, 2019)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

SWATTING:

YENİ BİR SİBER SUÇ TİPİ OLARAK ASILSIZ ACİL ÇAĞRI

*Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT **

ÖZ

Siber tacizin alt başlığı olan Swatting fiilleri; SWAT olarak adlandırılan kolluk kuvvetlerinin belirli bir yere gönderilebilmesini sağlayacak kadar önemli bir suçun gerçekleştiğine dair sahte bilgilerin acil çağrı servisine verilmesiyle işlenmektedir. Mağdurları utandırmak, onları korkutmak gibi çeşitli amaçlarla gerçekleştirilir. Acil çağrı sistemini işlemez hale getirerek gerçekte siber tacize maruz kalmasına rağmen saldırgan olduğu ihbar edilen kişinin SWAT ekibince öldürülmesine kadar ciddi sonuçları olabilmektedir. Acil çağrı merkezlerine yapılan bir şaka amaçlı yapılan çağrı sonucunda birinin öldürülmesi ihtimali uzak gözükse de mümkündür. Swatting fiilinin ağır sonuçları, fiillerin cezalandırılabilirliğini ve yeni bir suç tipi ihtiyacının varlığını sorgulatmaktadır. Ancak Ultima Ratio ilkesi ve ifade özgürlüğünün Anayasal ve hukuki güvenceleri bu soruların her birine yanıt bulmak için kullanılabilir.

Anahtar Kelimeler: Siber taciz, Swatting, Asılsız Acil Çağrı, Siber Suç, Ultima Ratio Prensibi

* Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, ecankurt@nku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3869-3290



SWATTING: FAKE EMERGENCY CALL AS A NEW TYPE OF CYBER CRIME

*Asst. Prof. Ezgi CANKURT ***

ABSTRACT

Swatting acts, which is the subheading of cyber harassment; It is processed by giving fake information to the emergency call service that a crime has occurred that is important enough to enable law enforcement forces, called SWAT, to be sent to a certain place. It is carried out for various purposes such as embarrassing and scaring the victims. By rendering the emergency call system inoperable, it can have serious consequences, including the killing of the person who is reported to be the attacker by the SWAT team, even though whom is actually subjected to cyber harassment. Although the possibility of someone being killed as a result of a prank call to emergency call centers seems remote, it is feasible. The severe consequences of the act of swatting call into question the punishability of the acts and the need for a new type of crime. However, the Ultima Ratio principle and the Constitutional and legal guarantees of freedom of expression can be used to answer each of these questions.

Anahtar Kelimeler: Cyber harassment, Swatting, False Emergency Call, Cyber Crime, The Ultima Ratio Principle

* Assistant Professor, Tekirdağ Namık Kemal University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, ecankurt@nku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3869-3290

Extended Summary

Call centers or emergency services receiving prank calls is not a newest occurrence. However, the possibility of a person being murdered as a consequence of a false call appears remote. Is it feasible? If it's feasible, what sanction should be applied in this case? Are phone calls made solely for prank purposes punishable? Are phone calls made solely for prank purposes punishable? Should criminal law continue to be apathetic about such tragic events? The Ultima Ratio theory may be used to find the answers to each of these queries.

In actuality, swatting acts, the topic of our review, are a subset of disinformation. Criminal law is a discipline best used as a last option due to its nature. It is acceptable for criminal law to control this field if the deception in question "creates an imminent, serious, and concrete danger or harm," as stated in the doctrine. If not, there can be extremely restricting effects on an individual's liberties.

The most crucial factor in determining the kinds of offenses that restrict freedom of expression is whether or not the restriction in issue is appropriate for a democratic society. The protection of freedom of expression is paramount in democratic cultures, which is one of the major reasons we find it difficult to advocate for new criminal laws to address swatting actions.

If swatting acts are included as a separate type of crime in criminal law, it will only require punishment in the presence of a significant risk of harm before the harm has occurred, in accordance with the possible norm. For this reason, the regulation in question needs to be evaluated carefully. As a result of the evaluations we have made in our study, we can state that there is an act regulated as a Misdemeanor in terms of Turkish legislation and that similar regulations similar to comparative law do not exist in our law.

Should swatting activities be classified as a distinct criminal offense under criminal law, individuals' liberties may be unduly curtailed. Since, in accordance with the potential norm, it will be deemed enough to apply sanctions only if there is a danger of damage before harm actually happens. Furthermore, it is crucial to maintain the proper balance between personal freedom and security if legislation on this matter are to be created. However, the types of swatting acts should also be taken into consideration and it should be evaluated

which of them create "imminent, serious and concrete danger or harm" and which do not. Finally, if the Legislature is going to create a new crime type on this issue, it should at least be classified as a concrete danger crime in criminal law.

All things considered, however, the coup in issue is not covered under the Turkish Penal Code. The action of the perpetrator who makes a false report may be evaluated within the scope of the crime of slander, fabrication of a crime, and if there is an objective allegation, manslaughter by negligence or murder with possible intent, depending on the nature of the concrete incident. This is because, based on these evaluations, it may be possible to establish a causal link in the event that the unfounded emergency call results in fatal consequences. However, in such cases, a law may be enacted contrary to the principle of legality or there is a risk that wide interpretations that lead to analogies might be made that would be against the idea of legality.

It is simpler and less expensive to identify Swat activities early on using questions like trust tests than it is to intervene through criminal law or enact administrative measures that impose restrictions on basic freedoms. However, it might also delay people's attempts to get to emergency call centers, like 911 in the USA or 112 in Türkiye.

However, there is one more noteworthy proposal in the doctrine: To make sure that public servants are aware of the threat and the frequency of such actions, training must be given top attention. It is also stressed, nevertheless, that using force gradually and bursting down doors to enter with large weapons before being told of the occurrence is overreactionary. Additionally, the offender must pay for the costs incurred by law enforcement, which are referred to as SWAT under US rules.. Training should be a priority to ensure public officials are aware of the prevalence of swat acts and this danger. However, it is also emphasized that the gradual use of weapons and breaking the door and entering with heavy weapons without being informed about the incident is an overreaction. The perpetrator is also obliged to cover the expenses incurred by law enforcement forces, called SWAT in the regulations in the USA. Because with this action, it delays and disrupts the fight against crime of law enforcement forces. This has a serious cost. It also leads to wasted use of public resources. For this reason, I think that the administrative fine in the Misdemeanor Law 42/A regulation should be increased by making a gradual regulation. If

the consequences have caused disruption of the duties of public officials and damage, the cost of this should be reflected in the swatter, where quick action is needed. In certain situations, people's urgency may prevent them from passing this trust test, and there may be a risk that they won't be able to get immediate assistance. Achieving a good balance is essential.

Existing types of crimes are being committed through digital content and It has become mandatory to add digital commission of the crime as a qualified circumstance to the relevant crime types. If the relevant crime types are insufficient, it is clear that new crime types will need to be created. Committing the types of crimes slander and fabrication, with deepfake content should be sanctioned as a qualified case. A possible Swatting crime may spoil the principle of legality and restrict freedom of expression call into question the thoughts about its necessity.

GİRİŞ

Çağrı merkezlerine yahut acil arama servislerine gerçekleştirilen şaka amaçlı aramalar yeni bir olgu değildir. Ancak asılsız bir çağrı sonucunda bir insanın öldürülebileceği düşüncesi pek olası görülmemektedir. Bu mümkün müdür? Eğer mümkünse, bu durumda nasıl bir yaptırım uygulanmalıdır? Sadece şaka amaçlı gerçekleştirilen telefon çağrıları cezalandırılabilir alanda mıdır? Ölümcül neticeli bu gibi olaylara ceza hukuku kayıtsız kalmalı mıdır? Bütün bu soruların cevabı Ultima Ratio ilkesi göz önünde bulundurularak tespit edilebilir.

Ceza Hukuku'nun önemli ilkelerinden birisi Ultima Ratio yani en son çare olma ilkesidir. Diğer hukuk dalları ile herhangi bir önlem alınamıyorsa, son olarak Ceza Hukuku yaptırımı ile konunun düzenlenmesi gerekmektedir¹. Şakanın dozunu ayarlayamayan ve masum bir insanın ölümünü canlı yayında izleten bir *swatter* için ahlaksal veya toplumsal bir kınamadan fazla bir yaptırım gerektiği açıktır. Ancak bu gibi durumlarda, kanunilik ilkesine aykırı kanun çıkartılabilir ya da ceza kanunlarında benzeri suç tipleri bulunmaktaysa kıyasa varacak geniş yorum yapılarak yine kanunilik ilkesine aykırı hareket etme tehlikesi devam edebilir.

Örnek olay üzerinden konuyu yeniden ele almaya çalışacağım. Evde oturuyorsunuz ve sevdiğiniz bir aktivite içerisindeyiz. Birdenbire kapı kıran Terörle Mücadele Ekipleri içeri giriyor ve size teslim olmanız gerektiğini söylüyor. Olan biteni anlamaya çalışıyorsunuz. Ancak film sahnesini aratmasa da bir gerçekliğin içerisindeyiz. Bütün bu yaşadığınızın sadece şaka amaçlı, beraber çevrimiçi oyun oynadığınız bir arkadaşınız tarafından kurgulandığını ve sizin asla karşılaşmadığınız birisi olabileceğini de aklınıza getirin. Bu oyun arkadaşınızın sizin evinize hiç gelmediğini, sizinle daha önceden yüz yüze tanışmadığını ve hatta tek bağlantınızın çevrimiçi bir sohbet odası yahut bir oyun arkadaşlığı olduğunu varsayalım. Evinize acil durum müdahalesinde bulunarak giren bu ekiplerin belirli bir adrese ihtiyacı olması gerekmektedir. Bunun nasıl elde edilebildiğine dair herhangi bir fikriniz olmasa da bu bilgileri bizzat sizin verdiğiniz hatırlayın. Böyle bir durum yaşandığında aklımıza güvenlik açıklarımız gelir. Ancak herhangi bir e-postanız hacklenmediği halde, nasıl oluyor da bu ekiplere rehine ihbarı ulaşmıştır? Farazi olayımıza geri dönecek olursak, birinin bu ekiplerin gelebilmesi için bir ihbar yapmış olması gerektiğine göre; sizin ev adresiniz ve kimliğinize dair kişisel verilerinizi kim ulaşmış olabilir? Gündelik hayatımızda son yıllardaki hızlı değişimi ile sosyal alanlarımız çevrimiçine kaymıştır. Aslında ihbarı yapan (*swatter* olarak adlandırılacaktır) ile çevrimiçi bir sohbet esnasında paylaştığınız bilgiler ve bu kişinin varsa sosyal medyanızdan ya da çevrimiçi

¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14th ed Adalet Yayıncılık 2020), 56

diğer alanlardan yaptığımız paylaşımlar sonucu eriştiği bilgileri bir araya getirebileceğini ve sahte bir rehine ihbarında bulunabileceğini akla getirmek mümkün değildir.

Eve yapılan ani baskın esnada yaşanan korku, masum bir kişinin soruşturma geçirmesi ve ilerleyen süreçte kendini ispat etmek için harcayacağı zaman ve emek düşünüldüğünde; sonuçları bakımından oldukça ağır bir şakadır. Hala Ceza Hukuku sınırlarına girdiğimizi düşünmüyorsanız, gerçek hayattan bir olaydan bahsetmek doğru olacaktır. İçeri giren ekiplerin olası saldırıyı önlemek amacıyla masum bir kişiye cebir uygulaması ya da masum bir kişinin sözde rehine kurtarma operasyonu sırasında öldürülmesi durumunda; hala Ceza Hukuku kapsamında bir fiil söz konusu değil midir? Artık Ceza Hukuku alanına girdiysek en önemli soru ile başlamak istiyorum: Asılsız bir çağrı ölümle sonuçlanmış ise; hangi madde/maddeler uygulanabilecektir? Öte yandan asılsız ihbarı yapan kişiye yönelik olarak Kabahatler Kanunu m. 42/A'da düzenlenen asılsız ihbar kabahatinin uygulanabileceğini ve yaptırımının da idari para cezası olduğunu belirtmemiz gerekir. Asılsız ihbar fiilinin yaptırımının Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş olması, Ceza Hukuku açısından cevaplanması gereken soruları arttırmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle swatting fiili hakkında bilgilendirme yapılacaktır. Daha sonra, swatting fiilleri ile ihlal edilen hukuksal değerleri göz önünde bulundurduğumuzda, ayrı bir swatting düzenlemesinin TCK'da olması gerekip gerekmediği, TCK'da fiile uyan diğer suç tipleri açısından ele alınarak ve Ultima Ratio ve kanunilik ilkeleri kapsamında değerlendirmeye çalışılacaktır.

I. SWATTING KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

ABD'de 911, acil arama servisi olarak kullanılmaktadır². Benzeri ülkemizdeki 112 acil çağrı servisidir³. Acil durumda aranması gereken bir hattır ve “*ihtiyaç duyulacak tüm ekiplerin*

² Suç mağdurları veya bir suçu ihbar etmek isteyenler tarafından kullanılmaktadır. W S Crowder ve Brent E Turvey, 'Chapter 4 - False 9-1-1 Calls', Editor(s): Brent E Turvey, John O Savino ve Aurelia Coronado Mares, False Allegations, (Academic Press, 2018) 65-88 <<https://doi.org/10.1016/B978-0-12-801250-5.00004-5>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023, 65

³ “Acil çağrı merkezinde; sağlık, itfaiye, jandarma, polis ve valiliklerce gerekli görülen diğer birimlerin aynı mekânda olduğu ve koordinasyon imkânı sağlayan co-location modeli tercih edilmiş ve çalışmalar buna göre yapılandırılmıştır. Bu modelde çağrının alınması, olayların takip ve koordinasyonu aynı salon içerisinde bulunan görevliler tarafından yerine getirilmektedir. 112 acil çağrı merkezi sisteminin iki temel amacı vardır; Acil çağrı yapılmasını gerektirecek durumlarda vatandaşlarımızın birden çok numara yerine tek bir numarayı bilmeleri, Acil çağrı alındıktan sonra ihtiyaç duyulacak tüm ekiplerin en kısa sürede olay mahalline ulaşmaları.” **112 Acil Çağrı Merkezi Sisteminin Amacı olarak belirtilmiştir.** <<https://112.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023

en kısa sürede olay mahalline ulaşmaları “için meşgul edilmemesi gerekir. Hatta doğal afet vb. durumlarda çağrı servisine yapılacak normalden fazla yoğun bildirimler sebebiyle anında müdahale edilmesi gereken bir ihtiyaca cevap verilmeyebilir ve şaka amaçlı bir arama sonucunda ölüm getirebilir. Bu nedenle acil servislerle ilgili olarak gereksiz aramaların önüne geçebilmek için -ileride de bahsedeceğimiz üzere- mukayeseli hukukta da mevzuatta düzenlemeler yapılmaktadır.

Ülkemizde de acil çağrı merkezine yapılan aramaların büyük oranının asılsız olduğuna dair haberler yapılmaktadır⁴. Şaka amaçlı yapılan aramaların sayısal verileri tutulmadığından, genellikle ne denli büyük bir sorun olduğu da belirlenemeyebilir⁵.

Asılsız ihbar gerçekleştirdiği tespit edilen kişi aleyhinde Kabahatler Kanunu m.42/A uyarınca para cezası uygulanmaktadır⁶. Bunun bir suç yahut kabahat oluşturup oluşturmadığına dair değerlendirmelerimizi içeren bu çalışmamızda özellikle bazı kavramları açıklamak gerekmektedir.

B. SİBER TACİZ

Swatting, siber tacizde yeni bir eğilim olarak sınıflandırılmaktadır⁷ ve bir siber taciz türü olarak kabul edilmektedir⁸. Swatting fiilleri mağdurları utandırmak, onları korkutmak, onlara zorbalık yapmak gibi çeşitli amaçlarla gerçekleştirilebilir⁹. Siber taciz fiilleri, sosyal medya, e-posta gibi araçlarla gerçekleştirilmektedir¹⁰.

⁴11.12.2018 tarihinde güncellenen bir habere göre; *Manisa'daki emniyet, itfaiye, Acil 112, AFAD, jandarma ve orman yangın hatlarını bir çatı altında toplayan 112 Acil Çağrı Merkezi'ne geçen 11 aylık süreçte gelen 1 milyon 581 bin 996 çağrıdan, 1 milyon 195 bin 767'si asılsız çıkmıştır.* <<https://www.cnnturk.com/turkiye/112-acile-1-5-milyon-cagri-geldi-1-1-milyonu-asilsiz-cikti>>Erişim Tarihi 12 Aralık 2023

⁵ Crowder ve Turvey(n 2) 65

⁶ “112 Acil Çağrı Merkezini asılsız ihbarda bulunmak suretiyle meşgul ettikleri tespit edilen kişilere bu Kanuna göre il valileri tarafından ikiyüzlü Türk Lirası idari para cezası verilir. Tekerrür halinde bu ceza iki katı olarak uygulanır.”

⁷ Patricia R Recupero, ‘New Technologies, New Problems’, (2016) 44(3), New Laws. The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, 322–327.<<https://jaapl.org/content/44/3/322.long>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023, 325; Swatting fiillerini daha hafif haksızlıklar olarak nitelendiren, sonucunda tehlikeli bir durum ortaya çıkartan aramaları Abartılı Acil Durum 911 Çağrısı olarak adlandıran görüşler de bulunmaktadır. Crowder ve Turvey(n 2) 73

⁸ Eylem Aksoy Retornaz, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), (1st ed, On İki Levha Yayıncılık 2021) <<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/birinci-bolum-978-625-7598-24-8/1>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023,13

⁹ Hal Berghel, ‘911 Swatting, VoIP, and Doxxing’, (2023) vol. 56, no. 3, Computer, 135-139, <doi: 10.1109/MC.2023.3239267>. Erişim Tarihi 10 Aralık 2023,135

¹⁰ Retornaz, (n 8) 9

Siber taciz özünde bir şiddet türüdür. Tanımlanabilmesi zor olsa da doktrinde Retornaz tarafından “siber alanda belli bir kişiye yönelen, mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal eden, ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına neden olan tekrarlayan davranışlar” olarak tanımlanmıştır¹¹. Siber taciz, aynı zamanda bireyin mahremiyet hakkında ihlal etmektedir¹².

Siber zorbalık da siber tacizin farklı bir türüdür. “bilgisayarların ve cep telefonlarının ve diğer elektronik cihazların kasıtlı ve tekrarlanan biçimde zarar verici şekilde kullanılması” olarak tanımlanabilir. Bu fiillerin doktrinde, siber zorbalık olarak nitelendirildiği de görülmektedir¹³.

Siber zorbalık, çocuklar arasında gerçekleştirilirken; siber taciz yetişkinler arasında gerçekleştirilmektedir¹⁴. Siber suçlar müstakil bir suç tipi olarak Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak yer almamaktadır. 7406 sayılı kanun ile Türk Ceza Kanunu’na eklenen 123/A maddesi ısrarlı takibi düzenlemiştir¹⁵. İsrarlı takip suçu ile ilgili düzenleme kapsamında, siber ısrarlı takip fiilleri de şartları oluşmuşsa cezalandırılabilir.

Doktrinde çevrimiçi tacizin sosyolojik biçimlerini gösteren bir piramide göre; en alt seviyeden başlayıp piramidin yukarısına doğru ilerleyen birinci dereceden taciz, hedefin Web'deki varlığına ve fiziksel yaşamına karşı gerçekleştirilmektedir. Bu derecede; kişisel bilgilerinin ifşa edilmesi, swatting, DDOS saldırıları ve gizlice takip edilmesi gibi en şiddetli saldırılar yer almaktadır. Burada tacizci hedefe bir şeyler yapmaktadır. İkinci derece taciz en yaygın olarak bilinen türdür: sosyal medya veya e-posta yoluyla kişiden kişiye çevrimiçi taciz örnek verilebilir. Burada tacizciler hedefe bir şeyler söylemektedir. Üçüncü dereceden tacizde ise, kalabalık bir kitlenin taciz hakkında konuşması, tacizin hukuka uygun hale getirilmesi, mazur gösterilmesi veya en aza önemsiz hale indirgenmesi gibi durumlar söz konusudur¹⁶.

¹¹ Retornaz, (n 8) 9

¹² Siber taciz; siber zorbalık ve çevrimiçi taciz yazar tarafından aynı anlamda kullanılmaktadır. Soysal T, ‘Sanal Gerçeklik Ve Artırılmış Gerçeklik Uygulamalarının Ceza Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri Üzerine Bir Deneme’(2023),(53),Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 169-246. <<https://doi.org/10.54049/taad.1231807>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023, 213

¹³ Elizabeth M Jaffe, ‘Swatting: The New Cyberbullying Frontier After *Elonis V. United States*’, (2016) 64(2), Drake Law Review, 455-483 <<https://lawreviewdrake.files.wordpress.com/2016/08/jaffe-final.pdf>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023, 463

¹⁴ Retornaz, (n 8) 22

¹⁵ Soysal (n 12) 213-214

¹⁶ Katherine Cross, ‘Toward a formal sociology of online harassment. Human Technology’, (2019) 15(3), 326–346. <<https://ht.csr-pub.eu/index.php/ht/article/view/274>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023, 329-330

C. SWATTING FİİLİ

Swating fiili, son dönemlerde gündemde olmasına karşın; FBI, 2008 yılında bu fiillere ilişkin bir uyarı yayınlanmış ve bu fiilleri tanımlanmıştır¹⁷. SWAT kelimesi, yani Special Weapons and Tactics Team¹⁸ kısaltılması olarak kullanılmaktadır. Rehine durumları, keskin nişancılar gibi olaylarda normal kolluk görevlilerinin ele aldıkları konuların dışında bir uzman kolluk birimidir¹⁹. Swatting acil servisleri kandırarak gerçekleştirilen bir aramadır, acil müdahale ihtiyacının olduğunu düşündürterek yanlış bir alarm ile oraya müdahale edilmesi amaçlanmaktadır²⁰. Başlangıçta Federal Soruşturma Bürosu (FBI) tarafından yeni bir tür telefon şakası olarak nitelendirse de, gerçekte bir siber taciz olduğunu belirtmektedir. Bu şaka kapsamında swatter aradığı acil çağrı hattına, sahte bir şiddet senaryosuna dair öyle bilgiler verir ki; SWAT kadar güçlü bir ekibin olay mahalline gönderilmesine karar verilir²¹. Bu ekip, failin çevrim içi oyun arkadaşları veya çeşitli ünlülerin bulunduğu eve gitmektedir. Ancak zamanla saldırıya uğrayan tek yerin konutlar olmadığı ve hatta yaygınlaşan yeni bir swat türü olarak; ilkokul ve ortaokulları, kolejleri, arenaları, kongre merkezlerini ve benzerlerini hedeflediği belirtilmektedir²².

Bazı olaylarda swatter kolaylıkla tespit edilir çünkü, gerçekleştirdiği fiili ile övünmek için kamuya açık sosyal medya paylaşımı gerçekleştirir²³. *‘Bir suçun gizlenmesi, ceza veya intikam düşüncesi, kâr elde etme; sanal ortamlarda kişisel bir sempati kazanma, Sosyopolitik ve Terör’*²⁴ gibi çeşitli amaçlarla gerçekleştirilmiş olabilir. Öte yandan bazı

¹⁷ Eterovic-Soric B, Choo, K K R, Ashman H, ve Mubarak S, ‘Stalking The Stalkers–Detecting And Deterring Stalking Behaviours Using Technology: A Review’, (2017) 70, Computers & security, 278-289 <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S016740481730127X>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023, 282

¹⁸ Ojp, ‘Swat (Special Weapons And Tactics)’, <<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/swat-special-weapons-and-tactics>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023

¹⁹ Ojp, ‘Swat (Special Weapons And Tactics)’, <<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/swat-special-weapons-and-tactics>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023

²⁰ Crowder ve Turvey (n 2) 83; Retornaz, (n 8) 21; Matthew James Enzweiler, ‘Swatting Political Discourse: A Domestic Terrorism Threat’, (2015) 90 Notre Dame L. Rev. 2001 <https://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/NDL509_crop.pdf> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023, 2002

²¹ Jaffe (n 13) 470; Lisa Bei Li, ‘Data Privacy in the Cyber Age: Recommendations for Regulating Doxing and Swatting’ (2018) 70:3, Federal Communications Law Journal, 317-328, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/fedcom70&i=350>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023, 318

²² Laura-Kate Bernstein, ‘Investigating and prosecuting swatting crimes’ (2016) 64(3), United States Attorneys’ Bulletin, 51-56, 52

²³ John Bahadur Lamb, ‘Death by swat: The three elements of swatting’, Video games crime and next-gen deviance: Reorienting the debate(1st ed, Emerald Publishing Limited, 2020), 73-89. <<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/978-1-83867-447-220201005/full/html#bib16>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023, 76; Ayrıca swatting fiillerinin mağdurlarının daha önce travma yaşamış kişiler arasından seçildiği ve retravmatizasyon bakımından risk içerdiklerine dair bkz. Recupero (n 7)325

²⁴ Crowder ve Turvey (n 2) 73-74; ASU News, ‘Swatting’ — making a false emergency report to 911 operators to prompt a response by police SWAT teams — is a trend on the rise’ (2018) <<https://news.asu.edu/20180110-solutions-when-fake-911-calls-lead-real-danger>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023

durumlarda vakalar oldukça zordur. Çünkü kimliklerini ve telefon numaralarını gizleyebilmekte ve izini sürmek zorlaşmaktadır²⁵. Swat fiillerini işleyenlerin; caller-ID sahtekarlığı, telefon korsanlığı, ip gölgeleme gibi metotlar kullandığı belirtilmektedir²⁶.

Swatter'lar nadiren tek başına hareket eder. Bu fenomenin sıklığı, özellikle çevrimiçi oyuncular gibi sanal topluluklar arasında artmaktadır²⁷. Eğer fail, mağdurun web kamerasına hukuka aykırı bir şekilde ulaşmışsa ya da kendisi çevrim içi yayın yapıyorsa; swat ekipleri mağdurun evine geldiğinde fail ve onun erişim izni verdiği kişiler canlı bir şekilde bu baskını izleyebilmektedir²⁸.

Doktrinde swatting'in hem failleri hem de kurbanlarının çevrimiçi oyuncular olduğu belirtilse de²⁹; swatting fiilleri tek tip değildir, hatta bu fiillere ilişkin çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır³⁰. Zaman içerisinde, broadcasterleri (yayın yapan kişileri) utandırmak ya da zarar vermek amaçlayan misilleme amaçlı swatting fiilinde olduğu gibi yeni türleri ortaya çıkacaktır³¹. Bu fiiller mağdur üzerinde ciddi bir baskı yaratır³². Yeni bir siber taciz türü olarak karşımıza çıkan swatting için yeni bir suç tipi yapılması gerektiği³³ doktrinde savunulmaktadır.

II. FİİL BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. FİİLİN GERÇEKLEŞME ŞEKİLLERİ

Swatting fiili çağrı merkezine yapılan asılsız bir arama sonucunda, sahte bir bildirimde bulunarak kendisinin ya da bir yakının tehlikede olduğunu söylemekte ya da bizzat kendisini fail olarak tanıtmaktadır. Sadece çağrı merkezi asılsız şekilde aranmakta ve SWAT ekiplerinin

²⁵ Jacob Hoferkamp, 'Combatting the Swatting Problem: The Need for a New Criminal Statute to Address a Growing Threat' (2020) Michigan State Law Review, 1133,1140

²⁶ Jaffe (n 13) 470; Retornaz, (n 8) 21; Enzweiler (n 20) 2002, 2006

²⁷ Bkz. Jason Fagone, The Serial Swatter, NEW YORK TIMES, (24 Kasım 2015)'den aktaran Bernstein (n 22) 52

²⁸ Eterovic-Soric, Choo, Ashman ve Mubarak, (n 17) 282

²⁹ CLOUDFLARE, 'What is swatting? | How to prevent swatting' <<https://www.cloudflare.com/learning/security/glossary/what-is-swatting/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

³⁰ "1- Ünlülere karşı gerçekleştirilen saldırılar (celebrity swatting) 2- Çevrimiçi rakip oyunculara karşı saldırılar (gamer swatting) 3- İdeolojik saldırılar (ideological swatting) 4-Politikacılara yönelik saldırılar (partisan swatting) 5-Nefret saikli saldırılar (hate swatting) 6-Başkalarını zorlamak için yağma yahut şantaj fiilleri kapsamında (coercion swatting) 7- İptal kültürü (Cancel culture) kapsamında swatting." Berghel (n 9) 135. İptal kültürü (cancel culture) sosyal medya üzerinden gerçekleştiren linç kültürü olarak tanımlanabilir. TRTHABER, 'Sosyal Medyanın Acımasız Yüzü: Linç Kültürü' (2020) <<https://www.trthaber.com/haber/yasam/sosyal-medyanin-acimasiz-yuzu-linc-kulturu->494173.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023. İptal kültürü bağlamda siber zorbalık gerçekleştirilmektedir.

³¹ Jaffe (n 13) 470

³² Recupero (n 7) 325

³³ Jaffe (n 13) 483

ihbar ettiği masum kişinin bulunduğu yere yönlendirilebilecek kadar önemli bir suç uydurulmakta yahut belirli bir kişiye iftira atılmaktadır.

Kanaatimizce Swatting fiili, Deepfake Uygulaması ile rahatlıkla gerçekleştirilebilecektir. Deepfake; derin öğrenme teknolojisi ile sahte medya içeriği oluşturmak olarak tanımlanmaktadır³⁴. Bir kimsenin yüzünün başka bir kimseyle değiştirildiği bu uygulama ile kimlik taklidi yapılabilir³⁵ ve sözde saldırgan olarak adlandırılan masum kişi sanki rehine alma gibi ciddi suç tiplerini gerçekleştirdiğine dair içerik üretilebilir ve uydurma bir delil ortaya atılabilir. Deepfake ile oldukça fazla sayıda sahte içeriğin dolaşımına girmesi, önemli bir sorundur³⁶. Bu durumlarda hukuksal değerler oldukça zarar göreceğinden, hızla gelişen bu alan için Ceza Hukuku şimdilik kayıtsız kalmıştır. Ancak deepfake benzeri acil düzenleme gerektiren boyutlarda bir tehlike swatting fiilleri bakımından bulunmasa da; deepfake ile gerçekleştirilen swatting fiillerinin zararları oldukça büyük olabilir.

Deepfake 4 şekilde gerçekleşebilir: “1-Yüz değiştirme, 2- yüzün yeniden canlandırılması, 3- yüz oluşturma ve 4-konuşma sentezi” olmak üzere çeşitlendirilebiliriz³⁷. Bu yöntemler kullanılarak gerçekleştirilen bir asılsız ihbar ile Sözde saldırgan olarak gösterilen ve sesi kullanılan kişi bakımından sanki bir ihbar yapılmış gibi aktarılabilir. Kanaatimizce bu durumda hem asılsız bir ihbar gerçekleştirmiş olacaktır, hem bir masum bir kişiyle ilgili olarak bir iftira suçu oluşacaktır Aynı zamanda şartları varsa, belirli bir kişinin hedef alınmadığı durumlarda suç uydurma suçu da gerçekleşecektir.

Şaka olarak gerçekleştirilen söz konusu fiillerin ardında aslında detaylı bir çalışma bulunmaktadır. Swatter, sözde saldırgan olan mağdurun kişisel verilerini toplamış ve yapacağı fiiliyle o kişi bakımından çeşitli zararların ortaya çıkacağına farkında hareket etmektedir. Öte yandan swatterların bilgi toplama yollarına da dikkat çekmemiz gerekmektedir. Kolluk kuvvetlerin müdahalesini sağlayabilmek için, orada gerçek anlamda bir tehlike oluşturduğuna dair birimleri ikna edebilecek kadar bilgi toplamaktadır. Mağdur hakkında ev adresi, telefon

³⁴ Beşir Babayiğit, ‘Deepfake’in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Ve De Lege Ferenda Öneriler’ (2021) 25(4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 655-703 <<https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1018877>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023, 661

³⁵ Rakesh Naik, ‘Deepfake crimes: How Real And Dangerous They Are In 2021?’, (2022) <<https://cooltechzone.com/research/deepfake-crimes>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023; Berk, M. E, ‘Dijital Çağın Yeni Tehlikesi “Deepfake” (2020) 16(28), Opus International Journal Of Society Researches, 1508-1523 <<https://doi.org/10.26466/opus.683819>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023, 1511

³⁶ Babayiğit(n 34) 664-665

³⁷ Rakesh Naik, ‘Deepfake crimes: How Real And Dangerous They Are In 2021?’, (2022) <<https://cooltechzone.com/research/deepfake-crimes>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023; Berk (n 35) 1512 vd

numarası ve aile üyelerinin adları gibi kişisel tanımlayıcı bilgileri elde etmek için sosyal mühendislik, kimlik avı³⁸. Doxing ve Sosyal Medya³⁹ yöntemlerini kullanmaktadır.

B. ÖRNEK SWATTİNG OLAYLARI

Wichita swatting olayı 2017’de gerçekleşmiştir ve bir polis memuru taraflar arasındaki anlaşmazlık konusu çevrimiçi oyunla bağlantısız masum bir kişiyi öldürmüştür. Wichita olayında görüldüğü üzere fail defalarca acil arama gerçekleştirmiş ve kendisinin tehlikeli bir suçlu olduğunu aktararak⁴⁰ yetkilileri harekete geçirmeye çalışmıştır ancak istediği yanıt alamayınca kendisini yerel bir numaradan arıyormuş gibi göstererek, gerçekte 1.400 mil uzakta olmasına rağmen sanki Wichita’da gibi göstermeye çalışmıştır⁴¹.

Tennessee swatting olayı ise 2020’de gerçekleşmiştir. Sosyal medyada kullandığı bir hesabı kendisine vermesi için zorladığı mağduru, bu talebini reddedince acil servisi aramış ve talebini reddeden mağdurun evinde birinin öldürüldüğüne dair sahte bir beyanda bulunulmuştur. Bunun üzerine eve gelen ekipleri gören ve bu ihbarı öğrenen kişi olay yerinde kalp krizinden ölmüştür⁴².

III. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Swatting fiillerinin yaptırım altına alınmasına ilişkin olarak, her ülkenin tutumu ve konuya ilişkin düzenlemesi farklı olabilmektedir. Mevcut yasal düzenlemelere örnek olarak Fransız Ceza Kanunu 322-14 maddesi verilebilir, bu madde uyarınca “*acil servislerin gereksiz müdahale etmesini sağlamak için olası yanlış bilgi verilmesi*” suç olarak düzenlenmiştir.⁴³ ABD’deki düzenlemelere bakıldığında doktrinde bu konuda eleştiriler olduğunu görmekteyiz. Her eyaletin kendi yetki alanında düzenleme yapabilmesine izin verildiğinden; özellikle eyalet kanun koyucularının belirli saiklere odaklanmasına ve bunun sonucunda da Kaliforniya,

³⁸ Bernstein (n 22) 52

³⁹ Doxing veya doxxing; ‘bir kişinin kimlik, adres ve telefon numarası gibi kişisel bilgilerini, bu bilgileri kamuya açık olarak paylaşmak amacıyla araştırma uygulaması’ olarak tanımlanmıştır. CLOUDFLARE, ‘What is swatting? | How to prevent swatting’ <<https://www.cloudflare.com/learning/security/glossary/what-is-swatting/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023

⁴⁰ Habere göre ‘ebeveynleri arasındaki bir kavgadan sonra babasını vurup öldürdüğünü, annesini ve erkek kardeşini silah zoruyla tuttuğunu ve intihar etmeden önce evi ateşe vermekle tehdit ettiğini’ bildirmiştir. REUTERS, Gonzales S, ‘California man, two others indicted in fatal Kansas 'swatting' case’ (2018) <<https://www.reuters.com/article/idUSKCN1IP064/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023

⁴¹ Lamb (n 23) 78

⁴² New York Times, Cramer M, ‘A Grandfather Died in ‘Swatting’ Over His Twitter Handle, Officials Say’ (2021), <<https://www.nytimes.com/2021/07/24/us/mark-herring-swatting-tennessee.html>> Erişim Tarihi 19 Aralık 2023

⁴³ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165343/?anchored=LEGIARTI000006418305#LEGIARTI000006418305 Erişim Tarihi 23 Aralık 2023

Louisiana, Michigan ve Oregon'daki düzenlemelerin birbirlerinden oldukça farklı olmasına sebep olmuştur. Özellikle belirli bir suçun ihbar edilmesi yahut acil durumun bildirilmesi gibi değişiklikler dahi, suçun kapsamında ciddi bir farklılık yaratmaktadır⁴⁴. Örneğin Michigan'daki düzenleme bir suçun asılsız ihbarını cezalandırmaktadır. California'nın düzenlemesinde ise neyin acil durum olduğu da tanımlanmıştır ve asılsız çağrının acil durumlara ilişkin yapılmasını cezalandırmaktadır⁴⁵. Alman CK⁴⁶ paragraf 145'te tanımlanan fiil acil durum çağrılarının kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır.

IV. TÜRK MEVZUATI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. KABAHAHLER KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Kabahatler, TCK'dan farklı olarak ayrı bir kanunda düzenlenmektedir. Bunun gerekçesi olarak da kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi gösterilmektedir⁴⁷. Kabahatler Kanunu m. 2'de kabahatin tanımı yapılmıştır. Karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak tanımlanan kabahatler, esasında suçlar gibi haksızlık içermektedir ancak kanun koyucu bunların karşılığında idari yaptırımları tercih etmiştir⁴⁸.

Kabahatler de toplumsal düzeni bozan fiillerdir ancak suçlarla arasındaki farkları ortaya koyabilmek için çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir fiilin suç veya kabahat olarak düzenlenmesine dair ayırım bakımından nitelik ve niceliksel kriterleri ele alarak değerlendirmelerde bulunulmuştur. Niceliksel ölçüt yaptırımın ağırlığını ve türünü göz önünde bulundurarak kabahat ve suç ayırımını yapmaktadır⁴⁹. Kabahatler Kanunu'nda yapılan kabahat

⁴⁴ Hoeferkamp (n 25) 1160-1161; Yazara göre siber taciz düzenlemelerine bakıldığında zaten belirlilik ve açıklık ilkeleri açısından anayasal normlara uygunluğu da tartışma yaratmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Bei Li, (n 21) 321-322; Kanunların teknolojinin gerisinde kalma ihtimali de bulunmaktadır. Bununla beraber hem bilgilerin ifşa edilmesi hem de swatting fiillerinin cezalandırılabilmesi, ülkeler için yeni bir alandır. Açıklamalar için bkz. Hannah Mery, 'The Dangers of Doxing and Swatting: Why Texas Should Criminalize These Malicious Forms of Cyberharassment', (2020) 52, St. Mary's Law Journal, 905-944, <<https://commons.stmarytx.edu/thestmaryslawjournal/vol52/iss3/8>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2023, 927 vd

⁴⁵ Hoeferkamp (n 25) 1161-1162; düzenleme için bkz. MI Comp L § 750.411 (2022) <<https://law.justia.com/codes/michigan/2022/chapter-750/statute-act-328-of-1931/division-328-1931-lx/section-750-411/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023; CA Penal Code § 148.3 (2018) <<https://law.justia.com/codes/california/2018/code-pen/part-1/title-7/chapter-7/section-148.3/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023; ayrıca CA Penal Code § 148.3/e bendi uyarınca kamu kurumu tarafından gerçekleştirilen harcamalardan da sorumlu tutulacağı belirtilmektedir.

⁴⁶ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_145.html> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023

⁴⁷ Ayşegül Kula, 'Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümleri' (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 43-70, 45

⁴⁸ Kula (n 47) 48

⁴⁹ Günümüzde de kabul gören ölçüt niceliksel ölçüttür. TCK'daki ayırım da nicelikselidir. Dülger V M, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (2nd ed Seçkin Yayıncılık 2023) 64-66

tanımından ve kanunun gerekçesinden nicelik kriterini yani hukuka aykırılığın şekli yönüyle ilgilenildiği öğretide belirtilmiştir⁵⁰.

İnceleme konumuz bakımından özellikle acil asılsız arama fiilleri kapsamında Kabahatler Kanunu m. 42/A maddesinin uygulanmasında kanun ülkesi ve kıyas yasağının geçerli olup olmadığına değinilmesi gerekmektedir. Doktrinde bir görüş Kabahatler Kanunu bakımından kıyas yasağının uygulanmayacağını diğer bir görüş ise kabahatler açısından da bu yasağın gerekli olduğunu söylemektedir. Kabahatleri ile ilgili olarak gerçekleştirilen yaptırımlar da kişinin temel hak ve hürriyetlerini yakından ilgilendirdiğinden dolayı özellikle Anayasa m. 12 ve 13 kapsamında kıyas yasağının geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁵¹. Kabahatler bakımından kanunilik ilkesi kesinlik arz etmemektedir⁵².

Kabahatler Kanunu m. 42/A uyarınca⁵³ ‘112 Acil Çağrı Merkezini asılsız ihbarda bulunmak suretiyle meşgul etmek’ kabahati yaptırıma bağlanmaktadır. İnceleme konumuz bakımından gerçekleştirilen fiillerde uygulanacak olan kabahatlere ilişkin madde kapsamına girmektedir.

Bununla beraber bir fiil hem kabahat hem de suç teşkil ediyorsa bu durum Kabahatler Kanunu m.15’te açıkça düzenlemiştir⁵⁴. Hatta doktrinde bu düzenleme ile suçlar ve kabahatler arasında ne bis in idem ilkesinin geçerli olduğu da belirtilmektedir⁵⁵. Suç nedeniyle yaptırım uygulanamıyorsa, bu durumda kabahat uygulanabilecektir⁵⁶.

B. TCK’DA YER ALAN SUÇLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Swatting fiilinin suç olarak düzenlenme ihtiyacının olup olmadığı ve güncel mevzuatımız bakımından hangi suç tipleri kapsamında ele alınabileceğini değerlendirmemiz gerekmektedir. Ancak bu fiiller sanal ve analog gerçekliklerin birbirine geçmesi sebebiyle ortaya çıkan yeni bir hukuka aykırılıktır. Failin suç işlemesindeki amaç, fiilin sonuçlarının

⁵⁰ Kula (n 47) 51

⁵¹ Benzer görüşte detaylı açıklamalar için bakınız Kula (n 47) 60-61

⁵² Elif Bekar, ‘Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2011) 69 (1-2), Journal of Istanbul University Law Faculty, 1033-1050,1049

⁵³ *Asılsız ihbar- Madde 42/A- (2/7/2018-KHK-703/20 md.)- “112 Acil Çağrı Merkezini asılsız ihbarda bulunmak suretiyle meşgul ettikleri tespit edilen kişilere bu Kanuna göre il valileri tarafından ikiyüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir. Tekerrür halinde bu ceza iki katı olarak uygulanır.”*

⁵⁴ Rençber A, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri,(1st ed On İki Levha Yayıncılık 2017), 478; Artuk, Gökçen , Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (n 1) 258-259

⁵⁵ Bekar (n 52) 1049; Rençber (n 54), 479

⁵⁶ Rençber (n 54), 479

tahmin edilemez olmasıdır⁵⁷. Ekiplerin olay yerine gittikten sonraki davranışlarının tahmin edilemez olması da bu görüşü desteklemektedir.

Swatting fiili ceza sorumluluğunu gerektirecek ölçüde sonuçları olan ancak her durumda belirlilik ve açıklık ilkesi gereğini karşılamayacak, kıyasa varacak bir ceza normunun düzenlenme tehlikesini barındıran somut sınırlarının bulunmadığı bir fiildir. Mevcut suç tipleri bakımından değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.

2. TCK M. 213- Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu Bakımından Değerlendirme

Swatter, çağrı merkezini aradığında kendisini fail olarak tanıttıktan sonra gerçekte bir başkasının kimlik bilgilerini vererek, kalabalık bir yerde bombalı saldırı gerçekleştireceğine dair beyanda bulunursa bu durumda TCK m. 213 gündeme gelebilir. Halk arasında korku kaygı panik yaratmak suretiyle tehdit suçu belirli bir mağdura yönelik gerçekleşmemelidir⁵⁸. Belirlenebilir sayıda olmayan kişilere yönelik bir fiil olması gerekmektedir⁵⁹. Soyut tehlike suçudur. Bu nedenle herhangi bir zarar gerçekleşmesine de gerek yoktur⁶⁰.

Ayrıca TCK m.213'ün şartlarından birisi aleni olarak işlenmesidir ve maddede bir maksat aranmaktadır. Halk arasında korku, kaygı ve panik yaratılmasını amaçlamayan fiiller bu madde kapsamında ele alınamayacaktır⁶¹. Swatting fiili bakımından değerlendirmemize geçecek olursak; swatting fiilini fail tarafından asılsız acil çağrı yapıldıktan sonra ekiplerin olay yerine gitmesi olarak sınırladığımız için TCK m.213 oluşmayacaktır. Failin acil çağrı merkezini

⁵⁷ Lamp (n) 76

⁵⁸ Belirli mağdura yönelik gerçekleşiyorsa tehdit suçu söz konusu olacaktır. Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Güçlü Akyürek, Eylem Aksoy Retornaz, Ali Hakan Evik, Asuman Aytekin İnceoğlu, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Hasan Sınar, Sinan Altunç ve Ali Kemal Yıldız, Özel Ceza Hukuku - Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140), (1st ed, On İki Levha Yayıncılık 2018) <<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/ozel-ceza-hukuku-cilt-iii-hurriyete-serefe-ozel-hayata-hayatın-gizli-alanına-karsi-suclar-tck-m-106-1>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023, 13 vd

⁵⁹ Zeynel T Kangal, Pınar Memiş Kartal, Asuman Aytekin İnceoğlu, Ali Hakan Evik, Eylem Aksoy Retornaz, Hamide Zafer, Serap Keskin Kızıroğlu, Güçlü Akyürek, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Vesile Sonay Evik, Ali Kemal Yıldız, Köksal Bayraktar, Fulya Eroğlu ve Sinan Altunç, Özel Ceza Hukuku - Cilt VI- Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına Veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (TCK M. 197 - 224) (1st ed, On İki Levha Yayıncılık 2020) <<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/halk-arasında-korku-ve-panik-yaratmak-amacıyla-tehdit-978-625-7953-20-7/1>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023, 264

⁶⁰ Kangal, Kartal, İnceoğlu, Evik, Retornaz, Zafer, Kızıroğlu, Akyürek, Bozbayındır, Evik, Yıldız, Bayraktar, Eroğlu ve Altunç (n 59) 264; Hukukihaber, Şen E, 'Halk Arasında Korku Ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu', (2022) <<https://www.hukukihaber.net/halk-arasında-korku-ve-panik-yaratmak-amacıyla-tehdit-sucu?ysclid=lq9op8103v342853793>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023

⁶¹ Hukukihaber, Ersan Şen, 'Halk Arasında Korku Ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu', (2022) <<https://www.hukukihaber.net/halk-arasında-korku-ve-panik-yaratmak-amacıyla-tehdit-sucu?ysclid=lq9op8103v342853793>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023; Hukukihaber, Maşallah Maral, Halk Arasında Korku Ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu (TCK- m. 213), (2023) <<https://www.hukukihaber.net/halk-arasında-korku-ve-panik-yaratmak-amacıyla-tehdit-sucu-tck-m-213-masallah-maral?ysclid=lq9oresi5s438330>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023

arayıp, belirsiz kişilere yönelik saldırı gerçekleştireceğine dair tehdidi durumunda aleniyet gerçekleşmiş olmayacağından bu madde uygulanamaz.

Öte yandan sosyal medya üzerinden yapılacak aleni tehditlerde TCK m.213 diğer şartları varsa uygulanabilir. Ya da failin canlı yayında bu tehditlerini gerçekleştirmesi durumunda söz konusu madde uygulanabilir⁶². Ancak inceleme konusu fiil bu maddenin kapsamı dışında kalacaktır.

Çevrimiçi oyun esnasında aralarında yaşanan husumet sebebiyle swatter, acil çağrı merkezini aramadan mağduru “başını belaya sokacağına dair” tehdit etmiş de olabilir. Yahut ondan bir şey yapmasını istemiş de olabilir. İlk durumda tehdit, ikinci durumda ise diğer şartları varsa şantaj fiili oluşacaktır⁶³.

3. TCK m. 217/A- Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Bakımından Değerlendirme

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu; 18.10.2022 tarihinde 31987 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 29. Maddesi ile TCK’ya eklenmiş yeni bir maddedir. Özellikle dezenformasyon bakımından inceleme konumuzla da yakından alakalıdır ancak maddenin formülizasyonu bakımından ise bir o kadar da swatting fiili ile bağdaşmamaktadır.

TCK m.217/A kapsamında bir gerçeğe aykırı bilgi, madde metninde açıkça belirtildiği üzere iç ve dış güvenlikle, kamu düzeni ve genel sağlıkla ilgisi olması gerekmektedir. Doktrinde sınırlandırılmış gibi gözükse de aslında maddenin uygulama alanını genişlettiğine vurgu yapılmaktadır. Bununla beraber ve bağlacı sebebiyle, bilginin bu konuların hepsiyle aynı anda bağlantılı olması gerektiğini söyleyebiliriz⁶⁴. Bot hesaplarla veya organize şekilde gönderiler yalan içeriklerin hızlıca yayılmasını sağlamaktadır⁶⁵. Ancak bu madde bakımından belirli bir saikle hareket edilmesi aranmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için fail; halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak amacıyla fiilini işlemelidir⁶⁶. Doktrinde bu suç tipinin somut tehlike suçu olduğu, bu somut tehlikenin hâkim tarafından incelenmesi gerektiği

⁶² Hukukihaber, Maşallah Maral, Halk Arasında Korku Ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu (TCK- m. 213), (2023) <<https://www.hukukihaber.net/halk-arasinda-korku-ve-panik-yaratmak-amaciyla-tehdit-sucu-teck-m-213-masallah-maral?ysclid=lq9oresi5s438330>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023

⁶³ Tehdit ve şantaj suçlarının benzer ve farklı yönleri bakımından bkz. Bayraktar, Kiziroğlu, Zafer, Akyürek, Aksoy, Evik, Aytekin, Erman, Eroğlu, Sınar, Altunç ve Yıldız, (n 58) 21 vd

⁶⁴ Güçlü Akyürek, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)’, (2022), Cilt: 1, Sayı: 2, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 207-218< <https://www.jurix.com.tr/article/32984>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023, 209

⁶⁵ Balcı ve Çakır (n) 2

⁶⁶ Balcı ve Çakır (n) 3,12

belirtilmekteyse de⁶⁷; doktrinde bir diğer görüş ise bu suçun işlenebilmesi için kamu barışını bozacak bir tehlikenin mutlaka gerçekleşmesinin aranmadığı, aksine bir soyut tehlike suçu olduğunu belirtmektedir⁶⁸. Somut tehlike suçu olduğunu kabul eden görüşe göre; kamu barışının bozmaya elverişli olma kriteri, objektif cezalandırma şartı olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹.

Paniğe neden olmak saikiyle yapılan paylaşım, kişileri acil arama yapmaya yönlendirirse bu durumda TCK m. 217/A uygulanabilecek midir? Bir kimsenin, gerçeğe aykırı olduğunu bildiği halde; birinin kaçırıldığı ya da terör faaliyetinde bulunmak için hareket ettiğine dair sosyal medya üzerinden asılsız bir paylaşımında bulunduğunu varsayalım. Ve bu sosyal medya gönderisi, bunu okuyan kişileri 112 acil servisini aramaya yönlendirmiş olsun. Bu gönderiyi repost⁷⁰ yapanlar açısından, TCK m. 217/A'nın sadece belirli saikle işlenmesi suçun oluşumu bakımından gerekli olduğu için, bu durumda TCK m. 217/A'daki suç oluşmamıştır⁷¹.

Fakat siber taciz kastıyla, gerçekte masum olduğunu bildiği bir kişi hakkında sosyal medya aracılığıyla yalan haber içeren paylaşım Türk Ceza Kanunu 217/A bağlamında suç teşkil etmeyecektir çünkü belirli bir kişinin zarar görmesine yönelik kastı vardır. Bilginin alenen yayılması suçun oluşumu için yeterli değildir⁷².

Öte yandan zarar verme kastının yanı sıra "sırf halk arasında endişe, korku veya panik saiki" de bulunuyorsa bu durumda Türk Ceza Kanunu m. 217/A'daki suç yine oluşmayacaktır. Paylaşılan bilginin niteliği mutlaka yukarıda bahsettiğimiz üzere iç ve dış güvenlikle, kamu düzeni ve genel sağlıkla ilgili olmalıdır. Örnek olarak bir kişinin belirli bir adreste rehinelere zorla tuttuğunu ve onları öldürmek üzere olduğunu yaymak; bunu önlemek için yetkililerin aranmasına dair paylaşım yapmak fiillerinin kamu barışını bozmaya elverişli olduğu saptanırsa

⁶⁷ Balcı ve Çakır (n) 9

⁶⁸ Ek olarak yazarlar burada elverişlilik suçu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Aras Türay, Aslı Ekin Yılmaz, Eşref Barış Börekçi ve Yalım Yarkın Özbacı, 'Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler' (2022) < DOI: 10.13140/RG.2.2.35546.62401 > Erişim Tarihi 11 Aralık 2023, 9; benzer şekilde soyut tehlike suçu olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Akyürek (n 64) 210

⁶⁹ Balcı ve Çakır (n) 3; Doktrinde somut tehlike suçlarının objektif cezalandırma şartı olarak değil, bir unsur olarak ele alınması gerektiği ve en azından kastın kapsamına söz konusu somut tehlikenin öngörülmesinin dahil olması savunulmaktadır. Ayrıca aynı yazar hem somut hem de soyut tehlikenin hakim tarafından araştırılması gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. Uğur Ersoy, 'Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları', (2020) 11(41), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 27-64, 61; aksi görüşe göre ise TCK m. 217/A somut tehlike suçudur ve halkı yanıltıcı bilginin alenen yayılması ile maddede yer alan somut tehlikenin varlığının hakim tarafından her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Balcı ve Çakır (n) 9-10

⁷⁰ Kendi sayfalarında yeniden paylaşım yapmak, alıntılarını anlamında kullanılmıştır.

⁷¹ Balcı ve Çakır (n) 12

⁷² Akyürek (n 64) 211

söz konusu somut tehlike gerçekleşmiş olacaktır. Ancak paylaşılan bilginin içeriği maddeye uygun olmayacağından, kanaatimizce söz konusu maddedeki suç oluşmayacaktır.

4. TCK m.271- Suç Uydurma Suçu Bakımından Değerlendirme

Söz konusu madde ile adli faaliyetlerin düzenli işleyişinin devamının sağlanması amaçlanmaktadır⁷³. Bu nedenle swatting fiili ile korunan hukuksal değer bakımından benzerlik bulunmaktadır. Bununla beraber suç uydurma suçu bir soyut tehlike suçudur⁷⁴. Gerçekleştirilen ihbar “gerçek bir durumu temsil etmemektedir”⁷⁵.

Eğer kişi belirli değilse suç uydurma söz konusudur⁷⁶. Suç uydurma da işlenmediği bilinen bir fiil, iftirada ise masum olduğu bilinen bir kişiye yönelik fiil gerçekleştirmelidir⁷⁷. Kabahat veya haksız fiilin uydurulması durumunda söz konusu fiil oluşmayacaktır⁷⁸. Gerçekleştirilen asılsız ihbar farazi bir kişi hakkındaysa doktrinde suç uydurma suçunun oluşacağı belirtilmektedir⁷⁹. Olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁸⁰.

Kanaatimizce işlenmeyen bir suçta dair deliller fail tarafından deepfake ile yapılmış ise, yahut farklı bir program ile sanki gerçekte suç işleniyor algısı oluşturulmuşsa; maddi suç uydurma fiilinin gerçekleştiği kabul edilebilir⁸¹. Ayrıca doktrinde de savunulduğu üzere bizce de, deepfake teknolojisi ile gerçekleştirilen sahte görüntülerin oluşturulması suç olarak düzenlenmelidir⁸². Bağlantılı suç tiplerine nitelikli hal olarak konulabilir. Suç uydurma, iftira suçu gibi maddelerde de nitelikli hal olarak yer alması oldukça hakkaniyetli olacak ve değişen teknolojiye uyum sağlamaya imkân verecektir.

⁷³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (20nd ed, Seçkin Yayınevi 2022), 1395; Haluk Toroslu, ‘Suç Uydurma Suçu’ (2013) 1, Ankara Barosu Dergisi, 319-37, 322; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (16th ed, Seçkin Yayınevi 2021), 1154; suçun kamusal niteliğinin gereği olarak bu suçla korunan hukuksal değer adil yargılanma olmadığı yönündeki değerlendirme için bkz. Burak Taş, ‘Suç Uydurma Suçu (TCK m. 271)’, (2022) (49), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 517-550 <<https://doi.org/10.54049/taad.1055700>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023, 521

⁷⁴ Taş (n 73) 525; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (9th ed, Seçkin Yayınevi 2023), 1158; ani tehlike suçu olduğu yönünde bkz. Toroslu (n 73) 334

⁷⁵ Taş (n 73) 527

⁷⁶ Taş (n 73) 529; Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1396; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73) 1153

⁷⁷ Taneri G, ‘İftira Suçu’, (2019), 14.156, Terazi Hukuk Dergisi, 1578-1604, 1582; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (18th ed, Seçkin Yayınevi 2019), 1132

⁷⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73) 1154

⁷⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1397; Koca ve Üzülmöz (n 74) 1157; Asılsız ihbar bir özel güvenlik görevlisine yapılıyorsa bunun suç uydurma suçunu oluşturacağı yönünde bkz. Toroslu (n 73) 337 ve Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1396

⁸⁰ Taş (n 73) 534; Toroslu (n 73) 333; Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1398

⁸¹ Maddi suç uydurmaya ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız. Koca ve Üzülmöz (n 74) 1157

⁸² Soysal (n 12) 217

Her defasında değişik suç isnadı yapılmış ise ve bunlar farklı suçlar ise Türk Ceza Kanunu 43/1 uygulanmayacaktır⁸³. Öte yandan gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi suretiyle suç uydurma gerçekleşmiş ise TCK m. 212 atfı ile hem suç uydurma hem de belgede sahtecilikten ceza verileceği doktrinde belirtilmektedir⁸⁴. Eğer fail tarafından ilk ihbarda belirli bir kişi belirtilmemiş ancak sonrasında belirli bir kişi gösterilmiş ise iftira suçunun asli norm olması sebebiyle, suç uydurma suçundan değil iftira suçundan ceza verilmesi gerekmektedir⁸⁵.

Doktrinde ihbar kavramının teknik olarak anlaşılması gerektiği ve daha geniş yorumlanması gerektiği belirtilse de⁸⁶; kanaatimizce cezalandırmayı genişleteceğinden ihbarı teknik anlamak gerekmektedir. İhbar basın ve yayın yoluyla yapılmış ise kanunilik ilkesi gereğince suç uydurma oluşmayacaktır⁸⁷. Ancak görüşümüzün aksine, ihbar kavramını geniş değerlendirildiğinde; çağrı merkezine herhangi bir şekilde ulaşan ihbar ile swatting fiili bu madde kapsamında değerlendirilebilir. Bununla beraber Swatting fiilleri bakımından belirli bir kişinin ismi zikredildiği için ya da belirli bir kişinin zarar görmesi hedeflendiği için; suç uydurma suçu gündeme gelebilecektir⁸⁸. Ancak asılsız acil çağrı yapılırken işlenmediği bilinen bir suç uydurulmaktadır. Ancak SWAT ekiplerinin adrese gidebilmesi için belirli bir kişinin adresi ve kimlik bilgileri somutlaştırılması gerektiğinden, suç uydurma suçu kapsamında ele alınamayacaktır. Öte yandan 112 acil servisinin şaka amaçlı aranması durumunda eğer hukuka aykırı şekilde işlenmediğini bildiği bir suçun işlenmiş gibi ihbarı gerçekleştirilirse; bu durumda suç uydurma suçu gerçekleşmiş olacaktır.

5. TCK m. 267- İftira Suçu Bakımından Değerlendirme

Swatting fiilleri bakımından tipik kabul edebileceğimiz madde, iftira suçudur. İftira suçunda fiil, belirli bir faile yönelik olmalıdır⁸⁹. Korunan hukuksal değer karma nitelikli olmakla birlikte, iftira atılan kişinin menfaatlerinin öncelikli olarak korunduğu öğretide belirtilmektedir⁹⁰. Ancak bir diğer görüşe göre ilgilinin rızası, bu suç tipi bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemediğinden, adliyeye ilişkin menfaatler önceliklidir⁹¹. Madde metninde “gerçeğe aykırı şekilde işlemediğini bildiği halde” ibaresi geçmektedir, suçun

⁸³ Toroslu (n 73) 336

⁸⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)1399

⁸⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)1397

⁸⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)1155

⁸⁷ Taş (n 73) 530-531

⁸⁸ Kanaatimizce Swatting fiillerinin suç uydurma kapsamında ele alınabilmesi şartlar oluşmadığından mümkün değildir.

⁸⁹ Faruk Erem, ‘İftira’, (1954) 45(9), Adalet Dergisi, 1065-1073, 1163; Koca ve Üzülmez (n 74) 1127

⁹⁰ Taneri (n 77) 1584

⁹¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73)1365-1366, 1381

oluşabilmesi için fail sahte bir isnat yapması gereklidir. Bu isnadın ayrıca “objektif olarak gerçek dışı”⁹² ve hukuka aykırı olması gerekir⁹³.

Soruşturma mercilerine harekete geçiren bir fiil belirli bir kişiye yönelik ise iftira suçü gündeme gelebilir⁹⁴. Mutlaka masum birine karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹⁵.

Fail acil çağrı servisini arama suretiyle ihbarı gerçekleştirdiğini varsayalım. Masum bir kişiye iftira attı ve bunun sonucunda o kişi gözaltına alındıysa; kamu davası açıldıktan sonra aynı davada failin bir de yalan tanıklık yapması durumunda, artık “tüketen-tüketilen” norm ilişkisi bulunmaktadır. Cezalandırılmayan sonraki hareket söz konusu olacağından, isabetli olarak failin yalan tanıklık suçundan cezalandırılmaması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁹⁶.

Gerçekten somut olayın gerçekleştiği esnada kamuoyuna yansımış ciddi bir suçun işlenmekte olduğuna dair bilgi varsa ve kolluk kuvvetleri alarm durumundaysa gelen her bilginin ne kadar önem arz ettiği tartışmasıdır. Bunun gibi durumlarda, swatter tarafından 112 aranarak, gerçekte masum bir kişi sanki suç ortağı imiş gibi gösterilirse yine iftira suçü oluşacaktır⁹⁷.

Gerçekleştiren hukuka aykırı isnat sonucunda mağdur gözaltına alınır ya da tutuklanırsa TCK m. 267/4 uyarınca iftira atan fail dolaylı fail olarak sorumludur. Fail hem iftira atma hem de kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan sorumlu olacaktır⁹⁸.

İftira suçü, soyut tehlike suçudur⁹⁹ ve yetkililere ulaştığı anda tamamlanır¹⁰⁰. Doğrudan kastla işlenebilir¹⁰¹. Belirli bir kişi ya da belirlenebilir bir kişi olması gerekmektedir, aksi halde iftira suçü oluşmaz. Suç uydurma gündeme gelebilir¹⁰². Fail kimlikle ilgili olarak yanılmışsa, TCK m. 30/1 uyarınca hata hükümleri uygulanır ve sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁰³.

İsnadı güçlendirmek için delil uydurmuş ise TCK m. 267/2 uygulanmalıdır. Eğer iftira atılan kişi teknik araçlarla izlenmiş telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenmiş vb. ise bu

⁹² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)1140

⁹³ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1126, 1128

⁹⁴ Koca ve Üzülmöz (n 74)1130, 1156-1157; kişinin belirlenebilir olması da suçun oluşması için yeterli görülmektedir Taneri (n 77) 1587

⁹⁵ Taneri (n 77) 1584

⁹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1387

⁹⁷ Erem (n 89) 1164

⁹⁸ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1388

⁹⁹ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1133; Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1388

¹⁰⁰ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1133

¹⁰¹ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1136

¹⁰² Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1395

¹⁰³ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1138

nitelikli hal uygulanacaktır¹⁰⁴. İftira sonucunda fail yakalanmışsa TCK m.267/3 söz konusu olacaktır¹⁰⁵. Failin birine iftira atmak kastıyla, delil uydurması ve ilgili makamlar tarafından bu durumun yapılan bir araştırma sonucunda öğrenilmesi, iftira suçunun oluşabilmesi için yeterlidir¹⁰⁶.

İsnat açık ve belirli olmalıdır. Bu şartları taşımayan isnatlar hakaret suçunu oluşacaktır¹⁰⁷. Ayrıca isnadın, belirli bir yoğunlukta olması da iftira suçunun oluşması bakımından aranmaktadır¹⁰⁸. Tek bir konuya ilişkin defalarca ihbar gerçekleştirilmişse, tek bir iftira suçu oluşacaktır¹⁰⁹. İhbarın birden fazla kez yapılması, tek bir iftira suçunun oluşmasına sebep olacaktır.

İhbar ve şikâyet yapılacak her makama bu isnadın bildirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. İhbar veya şikâyetin ilgili makamlar tarafından öğrenildiği anda iftira suçu oluşacaktır¹¹⁰.

Örneğin bir rehine olayı ile ilgili soruşturma başlamış olsun, bu esnada swatter aradı ve delil uydurarak soruşturma makamlarının yanlış yönlendirdi bu durumda artık TCK m. 181 oluşacaktır¹¹¹. Mutlaka bildirim CMK m. 158’de yer alan makamlara yapılması gerekmektedir. İhbar ve şikâyet üzerine adli soruşturma başlatabilme yetkisi olan makamlar düzenlenmiştir¹¹². İftira suçunun ihbar, şikâyet ve basın yayın yoluyla işlenebileceği düzenlenmiştir¹¹³. Bu nedenle asılsız acil çağrı gerçekleştirilmesiyle bu suçun işlenmesi mümkün değildir ancak hakaret suçu gündeme gelebilir.

“Adli veya idari soruşturma başlamadan önce” iftiradan dönebilmek pratikte mümkün değildir. İhbar yahut şikâyette bulunulduğunda ilgili evrak işleme alındığı için artık suç şüphesi başlamıştır. Madde metninde değişikliğe gidilmesi gereklidir. Kolluğa yapılan ihbar sonrasında, soruşturma başlamadan bundan dönebilenin mümkün olduğunu belirten Yargıtay

¹⁰⁴ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1138, 1140

¹⁰⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1378

¹⁰⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1377

¹⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1373

¹⁰⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73) 1145

¹⁰⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1387

¹¹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1369-1370; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)1142

¹¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 73) 1398

¹¹² Taneri (n 77), 1588; Koca ve Üzülmöz (n 74) 1135

¹¹³ Taneri (n 77), 1589. İnternet ortamında diğer kişilerin erişebileceği şekilde paylaşımında bulunarak iftira yapılıyorsa, onların haberdar olmasıyla suç gerçekleşmiş kabul edilir. Taneri (n 77), 1589. Kanaatimizce yetkili makamlar nezdinde yapılmayan ihbar iftira suçu kapsamında değerlendirilemez. Olası kastla bu suçun işlenmesi mümkün olmadığından mutlaka basın ve yayın yoluyla iftiranın işlenebilmesi için de doğrudan kastın ispatı gereklidir.

kararına da katılmamaktayız¹¹⁴. Ekleme gerekirse eğer fail iftiradan dönerse etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebilir, ancak mağduriyetin önemli boyutlara ulaşmaması gerekmektedir¹¹⁵.

6. TCK m.83 ve 88'de Yer Alan İhmal Suretiyle İcra Suçları Bakımından Değerlendirme

İhmali davranış emredici norma aykırılık olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶. İhmal suretiyle icra suçlarında garantörlük söz konusudur. Ölüm neticesinin gerçekleşmemesi için garantör olan kişi, bu neticeyi engellemediği için sorumlu tutulmaktadır. TCK m.83 bağlamında yükümlülük kaynaklarından birisi, öngelen tehlikeli hareketin fail tarafından gerçekleştirilmesidir. Önceki tehlikeli davranışı gerçekleştiren fail, bundan dolayı garantör statüsüne girmektedir. Önceki tehlikeli davranışının neticelerini engellemeye yönelik önlemler almalıdır¹¹⁷.

Swatting fiili sonucunda, masum bir kişinin hayatını kaybettiği durumlarda şartları varsa TCK m.83 uygulanabilir. Swatter'ın gerçekleştirdiği asılsız acil çağrı sonucunda, ölüm meydana gelmiştir. Her ne kadar swatter fiilleri kapsamında, ilk olarak suç uydurma ya da iftira gündeme gelse de; fiil sonucunda ölüm gerçekleşmişse bu durumda ihmal suretiyle kasten insan öldürme suçunun şartlarının oluşup oluşmadığını somut olayda değerlendirmemiz gerekir. Burada yükümlülük kaynağı öngelen tehlikeli harekettir. Öngelen tehlikeli durumu yaratan kişi, bu tehlikeli hali ortadan kaldırmaya yönelik bir yükümlülük altına girmektedir. Ayrıca ihmal hareket de icrai harekete eş değer olması gerekmektedir. Swatter arama imkanı varsa ve beklenebilir bir davranış ise bu durumda sorumluluk gündeme gelecektir¹¹⁸. Ölüm gerçekleşmişse TCK m. 83 veya yaralama gerçekleşmişse TCK m. 88 uygulanabilecektir.

Swatter acil çağrı servisini aradı ve rehine alma söz konusu olduğuna dair ciddi emarelerden bahsetti. Buraya kadarki durumda akla sadece suç uydurma suçu gelmektedir. Ancak swatter, masum bir kişinin adını ve adresini vererek özel eğitimli kolluk kuvvetlerinin; masum kişinin evine rehine operasyonu için gittiğinden emin olduktan sonra hala kararlılıkla fiiline devam ediyorsa; gerçekleştirdiği önceki tehlikeli hareketi ortadan kaldırma iktidarına sahipken bunu gerçekleştirilmemektedir. Şaka yaptığına dair yetkilileri haberdar edebilir ve

¹¹⁴ Y4CD, 09.11.2009, 3332/18115 nolu karar için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)1149 dipnot 42

¹¹⁵ Koca ve Üzülmöz (n 74) 1146

¹¹⁶ Koca ve Üzülmöz (n 74) 179; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)162

¹¹⁷ Artuk, Gökçen , Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (n 77) 159; Koca ve Üzülmöz (n 74) 184; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, (5th ed, Beta Yayıncılık 2021), 79-80

¹¹⁸ Artuk, Gökçen , Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (n 77) 159-160

neticeye önleyebilir. Ekip oraya henüz varmadan kişinin böyle bir iktidarı vardır ve neticeyi önleyebilmek iktidarına sahiptir¹¹⁹. Bir başkasının hayatını tehlikeye düşüren kişi, eğer onun yaşamını sona erdirmek için bu fiilini gerçekleştirmiş ise; bu durumda kendisinden zaten sona erdirmek beklenemez. Eve yapılan müdahale sonucunda, ihbar edilen kimse ölürse yahut yaralanırsa; bu durumunda ihmal suretiyle icra suçlarından dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır.

Swatter, bu aramayı gerçekleştirdiğinde esasında kasten mağdura en azından fiziksel olmasa da psikolojik acı vereceğini bilmektedir. Bununla beraber bu araması ile masum bir kişi hakkında, hiç işlemediği bildiği bir suçu uydurduğunu hem bilmektedir hem de fiilini gerçekleştirmeyi istemektedir. Gerçekte var olmayan bir suça dair iftira atılması ve swat fiili sonucunda mağdura en azından psikolojik acı verilmesi durumunda, tek hareketle birden fazla suç işlenmektedir. Bu durumda şartları varsa TCK m. 44 uygulanabilir.

İhmali suçlarda, garantör olduğunu bilerek hareketi yapması yeterlidir. Swatter, gerçekleştirdiği asılsız arama ile özel kuvvetlerin olay yerine gitmesini sağlamaktadır. Swat fiilinin sonucunda gerçekleşebilecek tehlikeli durumu yaratan fail, bunu önlemeyerek hareketsiz kalmıştır¹²⁰. Gerçekleştirdiği davranışı ile zarar tehlikesinin doğmasını sağlayan kişi, ekipler tarafından gerçekleştirilebilecek olası yaralama, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma ve benzeri neticelerin gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü altındadır¹²¹.

Swatter fiilini canlı yayından izleyen kişiler bakımından da iştirak gündeme gelecektir. Ancak önleme yükümlülüğünün olması gerekir. Garantör artık özel faillik vasfı oluşturmaktadır, buna sahip olmayan kişiler bakımından TCK m.40/2 uyarınca şerik olarak iştirak edebilirler¹²².

Gönderilen SWAT ekibinin, sahte bir rehine alma olayınca en azından mağduru korkutacak veya psikolojik olarak etkileyeceği açıktır, gözaltına alma gibi durumda kolluğun zor kullanması da söz konusu olabilir. Öte yandan öngelen tehlikeli davranış sonucunda, garantörlük yükümlülüğünü yerine getirmeyen fail hakkında ölüm neticesi meydana geliyorsa; hem öngelen tehlikeli davranış hem de TCK m.83 uygulanması gerektiği doktrinde savunulmaktadır¹²³. Kanaatimizce somut olayda Swatting fiilinin gerçekleşmesinden itibaren

¹¹⁹ Failin mutlaka neticeyi önleyebilme iktidarı olmalıdır. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)163

¹²⁰ Koca ve Üzülmüş (n 74) 186

¹²¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 73)166

¹²² Centel, Zafer ve Çakmut, (n 117) 87

¹²³ Koca ve Üzülmüş (n 74) 192

asılsız çağrı kabahati, kişi belirtildiği için iftira suçu ve ihmâl suretiyle kasten öldürme suçları söz konusudur. Kabahat ile ilgili olarak KK m.15 uyarınca suçlardan ceza verilecektir. Ancak doktrindeki görüşe katılmamız durumunda hepsinden ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir.

Türk mevzuatı bakımından şunu da belirtmemiz gerekiyor. Verdiğim örnekte hayat tecrübesi dışında kalan bir netice gerçekleşmektedir ve ölüm neticesi hayatın olağan akışı dışındadır. PVSİ, kolluğa direkt öldürme yetkisi tanımamıştır. Zor kullanma yetkisi açısından şartlar saklı kalmak kaydıyla, hata hükümlerinin de kolluk bakımından uygulanıp uygulanamayacağı ele alınabilir. Bu durumda kolluk bakımından TCK m. 85 gündeme gelebilir. Böyle durumda aramayı gerçekleştiren fail açısından bu kez asılsız arama kabahati, iftira suçu ve TCK m.88 gündeme gelebilecektir.

C. DEĞERLENDİRME

Aslında inceleme konumuz swatting fiilleri de bir dezenformasyon türüdür. Ceza hukuku niteliği gereği son çare olarak başvurulması gereken bir disiplindir. Eğer söz konusu dezenformasyon, doktrinde de belirtildiği üzere, “*yakın, ciddi ve somut bir tehlike yahut zarar meydana getiriyorsa*” ceza hukukunun bu alanda düzenleme yapması makuldür¹²⁴. Aksi durumlarda biri özgürlükleri bakımından oldukça sınırlandırıcı sonuçları olabilir.

İfade özgürlüğünü sınırlandıran suç tipleri bakımından en önemli kriter demokratik bir toplumda söz konusu sınırlandırmanın gerekli olup olmadığıdır. Swatting fiilleriyle ilgili olarak ceza kanununda yeni bir düzenleme yapılmasını kolaylıkla öneremememizdeki en önemli dayanak demokratik toplumlarda asıl olanın ifade özgürlüğünün korunması olduğu gerekçesidir.

Bununla beraber ceza hukuku açısından doktrinde eleştirilen başka bir husus cezalandırılabilirliğin öne çekilmesidir. Ceza hukukunun ultima ratio karakteri bizlere hukuk devletinin özgürlükçü yanını da kanıtlamaktadır¹²⁵.

Swatting fiilleri, ceza hukukunda ayrı bir suç tipi olarak düzenlenirse; kişi özgürlükleri aşırı derecede kısıtlanabilir. Çünkü muhtemel norm uyarınca; zarar gerçekleşmeden sadece zarar tehlikesinin varlığı yaptırım uygulanması için yeterli kabul edilecektir. Kaldı ki, bu

¹²⁴ Yazarların TCK m.217A bakımından açıklamaları, Swatting’e yönelik düzenlemeler bakımından da örtüşmektedir. TCK m. 217 A bakımından detaylı değerlendirmeler için bkz. Türay, Yılmaz, Börekçi ve Özbalcı (n 68) 7vd

¹²⁵ Ersoy (n 69)29; swattinge ilişkin düzenlenebilecek kanunların olası zararlar dikkate alarak hazırlanması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Örneğin bazı swatting fiilleri sadece psikolojik açıdan zarar verirken, bazıları ölümcül olabilir veya bazı durumlarda kişinin kamuoyu önündeki itibarı etkilenebilir. Mery, (n 44), 928

konuda düzenleme yapılacaksa, birey özgürlük-güvenlik dengesi gözetilmesi elzemdir. Bununla beraber swatting fiillerinin çeşitleri de göz önünde bulundurulmalı ve hangilerinin "yakın, ciddi ve somut bir tehlike yahut zarar" oluşturup hangilerinin oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekir. Son olarak ise kanun koyucu bu konuda yeni bir suç tipi oluşturacaksa, ceza hukukunda en azından somut tehlike suçu olarak sınıflandırılması gerekir. Çalışmamızda yapmış olduğumuz değerlendirmeler sonucunda Türk mevzuatı bakımından kabahat olarak düzenlenen fiilin bulunduğunu ve mukayeseli hukuk benzeri düzenlemelerin hukukumuzda yer almadığını belirtebiliriz. Ancak burada özgürlük-güvenlik dengesi bakımından güvenlik ceza hukuku kapsamına girebilecek bu gibi suç tiplerinin düzenlenmesi en son çare olarak düşünülmelidir. Diğer maddeler ile örneğin ihmal suretiyle icra suçları bakımından yaptırım uygulanabiliyorsa, bu durumda ayrı bir düzenlemeye gerek olmayacağı belirtilebilir. Öte yandan bütün kaygılarımızı bir kenara bırakırsak Türk Ceza Kanunu'nda, söz konusu Swatting fiilini kapsamamaktadır. Bu değerlendirmelerimiz ışığında asılsız acil arama ölümcül sonuçlara yol açması durumunda nedensellik bağının hâlâ devam ettiği saptanabiliyorsa; asılsız ihbar yapan failin fiili somut olayın özelliklerine göre taksirle insan öldürme veya ihmal suretiyle kasten insan öldürme kapsamında değerlendirilebilir. Tek bir hareketle aynı zamanda Kabahatler Kanunu kapsamında bir ihlal de gerçekleştiği için, en ağırından ceza verilecektir yani swatter sadece ilgili suç tipinden cezalandırılacaktır.

Öte yandan swatting fiillerinin güven testi gibi çeşitli sorularla en başında tespiti, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir ceza hukuku müdahalesinden yahut bir idari önlemden daha kolay ve masrafsızdır¹²⁶. Öte yandan 911, 112 gibi acil harekete geçilmesi gereken acil yardım hatlarına ulaşmaya çalışan insanlara zaman kaybettirebilecektir. Bazı durumlarda kişiler içinde buldukları aciliyet sebebiyle bu güven testinden geçemeyecekler ve ihtiyacı olanların acil yardımı alamama tehlikesi doğabilecektir. Bunu iyi dengelemek gerekmektedir.

Bununla beraber doktrinde çarpıcı bir başka öneri de gelmiştir. Swatting fiillerinin yaygınlığı ve bu tehlikenin bilincinde kamu görevlilerinin çalışmasını sağlamak için eğitim verilmesi öncelikli olmalıdır. Bununla beraber kademeli silah kullanımı, olayla ilgili bilgi sahibi olmadan kapının kırılarak içeri ağır silahlarla girilmesinin aşırı bir tepki olduğu da

¹²⁶ ASU News, 'Swatting' — making a false emergency report to 911 operators to prompt a response by police SWAT teams — is a trend on the rise' (2018) <<https://news.asu.edu/20180110-solutions-when-fake-911-calls-lead-real-danger>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023

vurgulanmaktadır¹²⁷. ABD'deki düzenlemelerde SWAT olarak adlandırılan kolluk kuvvetlerinin yapmış olduğu masrafları da fail karşılamakla yükümlüdür. Çünkü bu fiil ile kolluk kuvvetlerinin suçlulukla mücadelesini bekletmekte ve sekteye uğratmaktadır¹²⁸. Bunun ciddi bir maliyeti bulunmaktadır. Kamusal kaynakların da boşa kullanılmasına yol açmaktadır¹²⁹. Bu nedenle Kabahatler Kanunu 42/A düzenlemesindeki idari para cezasının kademeli bir düzenleme yapılarak arttırılması gerektiğini düşünüyorum. Sonuçları eğer kamu görevlilerinin görevlerinin aksamasına ve bir zarara sebep olmuşsa, bunun bedeli swattera yansıtılmalıdır.

SONUÇ

Söz konusu fiil, kolluk kuvvetlerinin olay yerine giderek, gerçekten bir rehine kurtarma operasyonu olduğunu düşündüğü durumlarda yaşanmaktadır. Gerçekte siber tacize maruz kalan, ancak saldırgan olduğu ihbar edilen kişinin yaralanması yahut öldürülmesi durumunda; öldürme fiilini gerçekleştiren SWAT ekibinin ve bu sahte ihbarı yapan kişinin ceza sorumluluğunun objektif isnadiyet çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Swatting fiilleri, ceza hukukunda ayrı bir suç tipi olarak düzenlenirse; kişi özgürlükleri aşırı derecede kısıtlanabilir. Çünkü muhtemel norm uyarınca; zarar gerçekleşmeden sadece zarar tehlikesinin varlığı yaptırım uygulanması için yeterli kabul edilecektir. Kaldı ki, bu konuda düzenleme yapılacaksa, birey özgürlük-güvenlik dengesi gözetilmesi elzemdir. Bununla beraber değerlendirme kısmında da belirttimiz üzere; swatting fiillerinin çeşitleri göz önünde bulundurularak "yakın, ciddi ve somut bir tehlike yahut zarar" oluşturanlar tespit edilmelidir. Son olarak ise Kanun koyucu bu konuda yeni bir suç tipi oluşturacaksa en azından somut tehlike suçu olarak sınıflandırılması gerekir.

Bununla beraber Alman Ceza Kanunu paragraf 145'te yer alan acil durum çağrılarını kötüye kullanılması suçu benzeri bir madde Türk Ceza Kanunu'na eklenmesi durumunda; bu sahte aramanın neticesinde yani bir kimsenin bilerek ve isteyerek acil durum çağrılarını sabote etmesi sonucunda bir ölüm yahut yaralama gerçekleşirse; sahte acil durum çağrısı gerçekleştiren kişinin dolaylı fail olarak ilgili suçtan ceza sorumluluğu bulunmalıdır. Swat fiili

¹²⁷ Carrico (n) 30; ASU News, 'Swatting' — making a false emergency report to 911 operators to prompt a response by police SWAT teams — is a trend on the rise' (2018) <<https://news.asu.edu/20180110-solutions-when-fake-911-calls-lead-real-danger>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023

¹²⁸ Bernstein (n 22) 51

¹²⁹ Recupero (n 7) 325

sonucunda gerçekleşebilecek olası mal kayıpları, yaralama yahut ölüm neticelerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak farklı bir fikrısında olası düzenlemeye eklenebilir.

Swat fiillerinden bağımsız olarak belirtmeliyiz ki; mevcuttaki suç tiplerinin dijital olarak işlenmeye başlandığı göz önünde bulundurulmalı ve yeni düzenlemeler yapılmalıdır. İlgili suç tiplerine suçun dijital olarak işlenmesinin nitelikli hal olarak eklenmesi zorunlu hale gelmiştir. Eğer ilgili suç tipleri yetersiz kalıyorsa yeni suç tiplerinin ihdas edilmesi gerekeceği açıktır. Bununla beraber iftira, suç uydurma ve deepfake ile işlenmeye müsait suç tiplerinde; bu suçların deepfake içerikleri ile işlenmesinin de nitelikli hal olarak yaptırım altına alınmalıdır.

Swatting fiillerinin yaygınlığı ve bu tehlikenin bilincinde kamu görevlilerinin çalışmasını sağlamak için eğitim verilmesi öncelikli olmalıdır. Bununla beraber kademeli silah kullanımı da kolluk kuvvetleri açısından önemlidir.

Swatting gibi fiiller bakımından ihlal edilen hukuksal değerler göz önünde bulundurulduğunda ceza hukuku yaptırımının gerekliliği akla gelse de ceza hukukunun Ultima Ratio karakteri, olası bir ceza normunun kanunilik ilkesi bakımından ortaya koyabileceği sorunlar ve normun ifade özgürlüğünü kısıtlama ihtimali, yeni bir suç tipinin gerekliliğine dair düşünceleri sorgulatmaktadır. Bu sorulara yanıt ararken, ifade özgürlüğünün anayasal ve hukuki güvenceleri de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyürek G, 'Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)', (2022), Cilt: 1, Sayı: 2, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 207-218<<https://www.jurix.com.tr/article/32984>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14th ed Adalet Yayıncılık 2020).

Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (18th ed, Seçkin Yayınevi 2019).

ASU News, 'Swatting' — making a false emergency report to 911 operators to prompt a response by police SWAT teams — is a trend on the rise' (2018) <<https://news.asu.edu/20180110-solutions-when-fake-911-calls-lead-real-danger>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

- Babayiğit B, 'Deepfake'in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Ve De Lege Ferenda Öneriler' (2021) 25(4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 655-703. <<https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1018877>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.
- Bayraktar K, Kiziroğlu S K, Zafer H, Akyürek G, Aksoy E R, Evik A H, Aytekin A I, Erman B, Eroğlu F E, Sınar H, Altunç S ve Yıldız A K, Özel Ceza Hukuku - Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140), (1st ed, On İki Levha Yayıncılık 2018) <<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/ozel-ceza-hukuku-cilt-iii-hurriyete-serefe-ozel-hayata-hayatın-gizli-alanına-karsi-suçlar-tck-m-106-1>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- Bei Li L , 'Data Privacy in the Cyber Age: Recommendations for Regulating Doxing and Swatting' (2018) 70:3, Federal Communications Law Journal, 317-328, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/fedcom70&i=350>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023, 318.
- Bekar E, 'Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2011) 69 (1-2), Journal of Istanbul University Law Faculty, 1033-1050.
- Berghel H, '911 Swatting, VoIP, and Doxxing', (2023) vol. 56, no. 3, *Computer*, 135-139, <doi: 10.1109/MC.2023.3239267>. Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.
- Berk, M. E, 'Dijital Çağın Yeni Tehlikesi "Deepfake" (2020) 16(28), Opus International Journal Of Society Researches, 1508-1523. <<https://doi.org/10.26466/opus.683819>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.
- Bernstein L-K, 'Investigating and prosecuting swatting crimes' (2016) 64(3), United States Attorneys' Bulletin, 51-56.
- Centel H, Zafer H ve Çakmut Ö Y, Kişilere Karşı Suçlar, (5th ed, Beta Yayıncılık 2021).
- CLOUDFLARE, 'What is swatting? | How to prevent swatting' <<https://www.cloudflare.com/learning/security/glossary/what-is-swatting/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.
- Cross K, 'Toward a formal sociology of online harassment. Human Technology', (2019) 15(3), 326–346. <<https://ht.csr-pub.eu/index.php/ht/article/view/274>> Erişim Tarihi 15/12/2023
- Crowder W S ve Turvey B E, 'Chapter 4 - False 9-1-1 Calls', Editor(s): Turvey B E, Savino J O ve Mares A C, False Allegations, (Academic Press, 2018) 65-88 <<https://doi.org/10.1016/B978-0-12-801250-5.00004-5>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

Dülger V M, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (2nd ed Seçkin Yayıncılık 2023)

Enzweiler M J, 'Swatting Political Discourse: A Domestic Terrorism Threat', (2015) 90 Notre Dame L. Rev. 2001 <https://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/NDL509_crop.pdf> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023.

Erem F, 'İftira', (1954) 45(9), Adalet Dergisi, 1065-1073.

Ersoy U, 'Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları', (2020) 11(41), Türkiye *Adalet Akademisi Dergisi*, 27-64.

Eterovic-Soric B, Choo, K K R, Ashman H, ve Mubarak S, 'Stalking The Stalkers–Detecting And Deterring Stalking Behaviours Using Technology: A Review', (2017) 70, *Computers & security*, 278-289

Hoeferkamp J, 'Combatting the Swatting Problem: The Need for a New Criminal Statute to Address a Growing Threat'(2020) *Michigan State Law Review*, 1133.

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_145.html Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

Hukukihaber, Maral M, Halk Arasında Korku Ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu (TCK- m. 213), (2023) <<https://www.hukukihaber.net/halk-arasinda-korku-ve-panik-yaratmak-amaciyla-tehdit-sucu-tck-m-213-masallah-maral?ysclid=lq9oresi5s438330>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

Hukukihaber, Şen E, 'Halk Arasında Korku Ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu', (2022) <<https://www.hukukihaber.net/halk-arasinda-korku-ve-panik-yaratmak-amaciyla-tehdit-sucu?ysclid=lq9op8103v342853793>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

Jaffe E M, 'Swatting: The New Cyberbullying Frontier After *Elonis V. United States*', (2016) 64(2), *Drake Law Review*, 455-483 <<https://lawreviewdrake.files.wordpress.com/2016/08/jaffe-final.pdf>>

Kangal Z T, Kartal P M, İnceoğlu A A, Evik A H, Retornaz E A, Zafer H, Kiziroğlu S K, Akyürek G, Bozbayındır G B, Evik V S, Yıldız A K, Bayraktar K, Eroğlu F ve Altunç S, *Özel Ceza Hukuku - Cilt VI- Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına Veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (TCK M. 197 - 224) (1st ed, On İki Levha Yayıncılık 2020)*< <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/halk-arasinda-korku-ve-panik-yaratmak-amaciyla-tehdit-978-625-7953-20-7/1>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (9th ed, Seçkin Yayınevi 2023).

Kula A, 'Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümleri' (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 43-70.

Lamb, J B, 'Death by swat: The three elements of swatting', Video games crime and next-gen deviance: Reorienting the debate (1st ed, Emerald Publishing Limited, 2020), 73-89. <<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/978-1-83867-447-220201005/full/html#bib16>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

LEGIFRANCE, 'Code Penal' (2023) <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITE XT000006070719/LEGISCTA000006165343/?anchor=LEGIARTI000006418305#LEGIARTI000006418305> Erişim Tarihi 23 Aralık 2023.

Mery, H, 'The Dangers of Doxing and Swatting: Why Texas Should Criminalize These Malicious Forms of Cyberharassment', (2020) 52, St. Mary's Law Journal, 905-944, <<https://commons.stmarytx.edu/thestmaryslawjournal/vol52/iss3/8>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2023.

Naik R, 'Deepfake crimes: How Real And Dangerous They Are In 2021?', (2022) <<https://cooltechzone.com/research/deepfake-crimes>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

New York Times, Cramer M, 'A Grandfather Died in 'Swatting' Over His Twitter Handle, Officials Say' (2021), <<https://www.nytimes.com/2021/07/24/us/mark-herring-swatting-tennessee.html>> Erişim Tarihi 19 Aralık 2023.

Ojp, 'Swat (Special Weapons And Tactics)', <<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/swat-special-weapons-and-tactics>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (16th ed, Seçkin Yayınevi 2021).

Recupero P. R, 'New Technologies, New Problems', (2016) 44(3), New Laws. The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, 322-327. <<https://jaapl.org/content/44/3/322.long>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

Rençber A, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, (1st ed On İki Levha Yayıncılık 2017).

Retornaz E A, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), (1st

- ed, On İki Levha Yayıncılık 2021) <<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/birincibolum-978-625-7598-24-8/1>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- REUTERS, Gonzales S, ‘California man, two others indicted in fatal Kansas 'swatting' case’ (2018) <<https://www.reuters.com/article/idUSKCN1IP064/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.
- Soysal T, ‘Sanal Gerçeklik Ve Artırılmış Gerçeklik Uygulamalarının Ceza Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri Üzerine Bir Deneme’(2023),(53),Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 169-246. <<https://doi.org/10.54049/taad.1231807>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- Taneri G, ‘İftira Suçu’, (2019), 14.156, *Terazi Hukuk Dergisi*, 1578-1604.
- Taş B, ‘Suç Uydurma Suçu (TCK m. 271)’, (2022) (49), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 517-550 <<https://doi.org/10.54049/taad.1055700>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (20nd ed, Seçkin Yayınevi 2022).
- Toroslu H, ‘Suç Uydurma Suçu’ (2013) 1, Ankara Barosu Dergisi, 319-37.
- TRTHABER, ‘Sosyal Medyanın Acımasız Yüzü: Linç Kültürü’ (2020) <<https://www.trthaber.com/haber/yasam/sosyal-medyanin-acimasiz-yuzu-linc-kulturu->494173.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- Türay A, Yılmaz A E, Börekçi E B ve Özbalcı YY, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler’ (2022) < DOI: 10.13140/RG.2.2.35546.62401> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.
- CNN TURK, ‘112 Acil'e 1.5 milyon çağrı geldi; 1.1 milyonu asılsız çıktı’(2018) <<https://www.cnnturk.com/turkiye/112-acile-1-5-milyon-cagri-geldi-1-1-milyonu-asilsiz-cikti>>Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- 112 Acil Çağrı Merkezi <<https://112.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- CA Penal Code § 148.3 (2018)< <https://law.justia.com/codes/california/2018/code-pen/part-1/title-7/chapter-7/section-148.3/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- MI Comp L § 750.411 (2022) <<https://law.justia.com/codes/michigan/2022/chapter-750/statute-act-328-of-1931/division-328-1931-lx/section-750-411/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

YARGITAY'IN BİR KARARI ÇERÇEVESİNDE ÜCRETİN ÖDENMEMESİ SEBEBİYLE İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ HAKLI NEDENLE FESHİ

*Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali KAPLAN**

ÖZ

İş sözleşmesinin unsurlarından biri işçiye ödenen ücrettir. Zira, ücret işçinin çalışmasının karşılığı olarak kendisine ödenen bir tutar olup, işçi kendisinin ve ailesinin geçimini çoğu durumda ücreti ile sağlamaktadır. Bu yönüyle “ücret” işçi ve ailesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu öneminden ötürü yasal düzenlemelerimizde ücret çeşitli güvencelere bağlanmıştır. Örneğin, ücretin haczi, devri ve takası konusunda sınırlamalar öngörülmektedir. Yine, ücretin ödenmesinde gecikme yaşanması durumunda belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır. Bu çalışmada, ücret için yasalarımızda yer alan başka bir güvence, ücretin zamanında ödenmemesi durumunda işçiye haklı fesih olanağı tanıyan düzenleme, bir Yargıtay kararı çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır. İnceleme konusu karara ilişkin yerel mahkeme ve bölge adliye mahkemesi kararlarında çalışmaktan kaçınma hakkı için kanunda aranan bir koşul olan ücretin en az 20 gündür ödenmemiş olması koşulu, dolaylı bir şekilde de olsa haklı fesih için de bir unsur olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi bakımından hakkın kötüye kullanımı ölçütünün uygulanmasına da değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ücret, ücretin ödenmemesi, haklı fesih, iş sözleşmesi, işçi

* Dr. Öğr. Üyesi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü, hakaplan@yildiz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5685-4986



TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT BY RIGHTFUL TERMINATION OF THE EMPLOYEE DUE TO NON PAYMENT OF WAGES ACCORDING TO A DECISION BY THE COURT OF CASSATION

*Asst. Prof. Hasan Ali KAPLAN ***

ABSTRACT

One of the elements of an employment contract is the wage paid to the worker. Indeed, wages constitute an amount paid to the worker as compensation for their work, which, in most cases, supports the worker and their family's livelihood. In this regard, "wages" carry significant importance for the worker and their family. Due to this importance, our legal regulations have tied wages to various protections. For instance, restrictions are foreseen regarding the seizure, transfer, and offsetting of wages. Furthermore, in case of delays in wage payments, under certain conditions, workers are granted the right to refrain from work. This study aims to examine another protection provided in our laws concerning wages, namely the provision allowing for rightful termination for the employee in case of untimely payment of wages, within the framework of a Court of Cassation decision. The condition stipulated in the law for the right to refrain from work – that the wage has not been paid for at least 20 days – has indirectly been considered as a factor for rightful termination in the local court and regional appellate court decisions related to the subject decision. Additionally, the application of the criterion of abuse of right concerning the rightful termination of the employment contract by the employee due to non-payment of wages will also be discussed.

Anahtar Kelimeler: Wage, non-payment of wages, rightful termination, employment contract, employee

* Assistant Professor, Yıldız Technical University, Department of Business Administration, hakaplan@yildiz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5685-4986

Extended Summary

One of the elements of an employment contract is the wage paid to the worker. Indeed, wages constitute an amount paid to the worker as compensation for their work, which, in most cases, supports the worker and their family's livelihood. In this regard, "wages" carry significant importance for the worker and their family. Due to this importance, our legal regulations have tied wages to various protections. For instance, restrictions are foreseen regarding the seizure, transfer, and offsetting of wages. Furthermore, in case of delays in wage payments, under certain conditions, workers are granted the right to refrain from work. This study aims to examine another protection provided in our laws concerning wages, namely the provision allowing for rightful termination for the employee in case of untimely payment of wages, within the framework of a Court of Cassation decision. Indeed, according to Article 24, Paragraph 2, Subparagraph "e" of Law No. 4857 on Labor Law, failure by the employer to calculate or pay the worker's wage in compliance with legal provisions or contract terms constitutes a justifiable reason for the employee to terminate the employment contract. In this study, the main focus will initially be on identifying the dispute and presenting the opinions of relevant authorities on the matter. Subsequently, the Court of Cassation decision under will be evaluated within the framework of doctrinal views and practical applications.

Firstly, it should be noted that the concept of "wages" referred to in Article 24/2/e of the Labor Law does not solely denote the base salary. In this context, the non-payment of overtime wages, payment of wages below the minimum wage, unilateral deductions from the employee's wages, failure to report or underreporting wages for social security, as well as non-payment of wage supplements such as bonuses, incentives, fuel allowances, clothing allowances, are also considered grounds for rightful termination of the employment contract. Furthermore, it is acknowledged that even in cases where the employer fails to pay advances that the employee lawfully requested, it can still lead to the employee's right to terminate the contract for rightful termination

The condition stipulating that the wage has not been paid for at least 20 days, a requirement stated in the law for the right to refrain from work, is indirectly regarded as a factor for rightful termination in the decisions of local courts and regional appellate courts concerning the subject decision. Additionally, the application of the criterion of abuse of right concerning the termination of the employment contract by the employee due to non-payment of wages will also be addressed.

The employee is not obliged to request payment of their wages from the employer or to grant the employer a period for wage payment before exercising the right to rightful termination based on non-payment of wages.

Non-payment of wages alongside delayed payment may also enable the exercise of the right to rightful termination. However, applying the provision strictly might contradict principles of good faith, indicating that instances where wages, generally paid on time, might experience a short delay without constituting a basis for rightful termination, provided that such delays do not become a continuous practice. It is argued that the limit of the employee's right to rightful termination due to delayed wage payments will be determined by principles of fairness and good faith. Furthermore, it's suggested that if the unpaid portion of the wage and its supplements is relatively minimal compared to the paid amount, the termination of the employment contract without notifying the employer could be considered an abuse of right according to Article 2 of the Civil Code.

Due to its close relationship with the topic, reference should also be made to the employee's right to refrain from work based on non-payment of wages, as stipulated in Article 34 of the Labor Law. According to this provision, if an employee's wages remain unpaid without force majeure within 20 days from the due date, the employee may refrain from fulfilling work obligations. It is evident that a minimum of 20 days from the due date is required for the employee's right to refrain from work based on non-payment of wages. However, as correctly noted in scholarly discussions, this valid 20-day waiting period for the right to refrain from work does not apply to the situation where an employee terminates the employment contract for rightful termination due to unpaid wages. There is no specific duration required for the emergence of the right to rightful termination due to non-payment of wages according to the literal wording of the law. It's stated that an employee can immediately terminate the employment contract for rightful termination if the wages are not paid on the due date. However, in cases where there is a slight delay in the regular timely payment of wages, it is argued that the immediate termination of the employment contract by the employee might be considered an abuse of right, and the employee cannot terminate the contract without allowing a reasonable period, typically a day or two, for the payment of wages. Additionally, it should be noted that although the employee's right to terminate the employment contract due to non-payment of wages is subject to a legal reduction period of 6 working days according to Article 26 of the Labor Law, this 6-day period does not commence as long as the non-payment of wages persists.

GİRİŞ

İş sözleşmesinin unsurlarından biri işçiye ödenen ücrettir. Zira, ücret işçinin çalışmasının karşılığı olarak kendisine ödenen bir tutar olup, işçi kendisinin ve ailesinin geçimini çoğu durumda ücreti ile sağlamaktadır. Bu yönüyle, “ücret” işçi ve ailesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu öneminden ötürü, yasal düzenlemelerimizde ücret çeşitli güvencelere bağlanmıştır. Örneğin, ücretin haczi, devri ve takası konusunda sınırlamalar öngörülmektedir. Yine, ücretin ödenmesinde gecikme yaşanması durumunda, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır. Bu çalışmada, ücret için yasalarımızda yer alan başka bir güvence, ücretin zamanında ödenmemesi durumunda işçiye haklı fesih olanağı tanıyan düzenleme, bir Yargıtay kararı çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu’nun (İşK)¹ 24. maddesinin 2. fıkrasının “e” bendine göre; işverenin işçinin ücretini kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap etmemesi veya ödememesi, işçi açısından iş sözleşmesini haklı nedenle fesih sebebidir. Çalışmamızda öncelikle, uyuşmazlık konusu belirlenerek, konu ile ilgili mercilerin görüşlerine yer verilecektir. Ardından da, öğreti ve uygulamadaki görüşler çerçevesinde incelemeye konu edilen Yargıtay kararı değerlendirilecektir.

I. UYUŞMAZLIK KONUSU KARAR

A. Uyuşmazlık Konusu Olay

İncelememize konu ettiğimiz Yargıtay 9. HD’nin 12.1.2023 tarih ve 2022/17003 E., 2023/341 K. sayılı kararında; davacı işçi, 24.5.2019 tarihli ihtarnamesi ile iş sözleşmesini ücretin ödenmemesi nedeniyle haklı nedenle feshettiğini belirterek kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti ve fazla çalışma ücreti alacaklarının faizi ile birlikte tahsilini talep etmektedir.

B. Mercilerin Görüşleri

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. İlk derece mahkemesince, davacı işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshettiği, Nisan 2019 dönemine ait ücretin iş sözleşmesinin feshinden 5 gün sonra 28.05.2019 tarihinde ödendiği, davacının daha önceki aylara ilişkin ücretlerinin ayın başında ödendiği, dolayısıyla Nisan ayı ücretinin kanunda öngörülen 20 günlük süreden sonra ödenmesi nedeniyle davacının kıdem tazminatına hak kazandığı, davacının 46 günlük bakiye izin süresinin olduğu, fazla çalışma ücretinin de

¹ RG, 10.6.2003, 25134

ispatlanmaması nedeniyle reddi gerektiği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekili yerel mahkemeye sunduğu cevap dilekçesinde; süreklilik arz etmeyen, kısa süreli gecikmelerin işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceğinin Yargıtay uygulaması ile belirlendiğini, davacının izin ücretinin tamamının 30.05.2019 tarihinde ödendiğini, davacının proje yöneticisi olarak çalışarak kendi mesaisini kendisinin belirlediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Bölge adliye mahkemesi'nce davalının istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiştir. Davalı vekili, istinaf dilekçesinde; davacının ücretinin ödenmesinde sadece bir kereye mahsus bir gecikme yaşandığını, davacının bu gecikmeyi bahane ederek yaptığı feshin haklı fesih olmadığını, yerleşik Yargıtay uygulamasıyla süreklilik arz etmeyen, kısa süreli gecikmelerin işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceğinin kabul edildiğini, kanunun işçiye ücretinin 20 gün gecikmesi hâlinde, fesih değil ancak işgörme yükümlülüğünden kaçınma hakkı verdiğini, davalı şirketin ülke çapında yaşanan ekonomik daralma nedeniyle kamu kurumları ve özel firmalardan alacaklarını tahsil edemediğini, bu nedenle 2019 yılının Nisan ayına ait ücretlerin ödenmesinde bir kereye mahsus bir gecikme yaşandığını, çalışanlara hem sözlü olarak hem de gönderilen e-posta ile durumun açıklandığını, davalı şirketin 27.05.2019 tarihinde alacaklarının bir kısmını tahsil eder etmez aynı gün derhâl ücretleri yatırdığını, hatta bir sonraki ayın ücretini de olası mağduriyetleri gidermek için vaktinden önce yatırdığını, davacının ihtarnamesinin, davalı şirkete ücretlerin ödendiği gün tebliğ edildiğini, davacının ücretinin geç ödenmesi nedeniyle değil, davalı şirkette yaptığı işi kendi kuracağı ekiple kendi adına yapmak için istifa ettiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Bölge adliye mahkemesi'nce; taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinde ücretin ödenme zamanı ile ilgili hüküm bulunmadığı, banka kayıtlarına göre davacının aylık ücretinin ayın ilk haftası içinde ödendiği, davacının 2019 yılı Nisan ayına ilişkin ücret ödemesinin iş sözleşmesinin feshedildiği 27.05.2019 tarihinde yapıldığı, Nisan ayı ücretinin geç ödenmesi nedeniyle davacının iş sözleşmesinin feshinde haklı olduğu, davalı tarafça dosyaya sunulan yıllık izin formlarının incelenmesi neticesinde davacıya kullanıldığı ispat edilemeyen bakiye 46 gün yıllık izninin olduğu yönündeki ilk derece mahkemesi kararının da yerinde olduğu tespiti gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Davalı vekilince temyiz dilekçesinde; 4857 sayılı Kanun'da işçinin haklı nedenle fesih sebeplerinin sınırlı sayıda belirlendiği ve bu nedenler arasında, işçinin ücretinin geç ödenmesi hâlinin olmadığı, yerleşik Yargıtay içtihatları ile süreklilik arz etmeyen, kısa süreli gecikmelerin işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği, bu durumun dürüstlük kuralına

aykırılık arzettiği, davacının asıl niyetinin aynı anda işten ayrılan 5 kişiyle birlikte ekip kurarak müvekkili şirketin müşterileriyle doğrudan çalışmak olduğu, bu nedenle kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağına reddine karar verilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle bölge adliye mahkemesi kararının bozulması talep edilmiştir. Yargıtay ilgili dairesinin kararında şu sonuca varılmaktadır; “temyizden incelenen karar, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere göre usul ve kanuna uygun olup davalı vekilince temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir”.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İncelemeye konu kararda uyuşmazlık, İşK m. 24/2/e bendinden doğmaktadır. Anılan hüküm, işverenin işçinin ücretini kanun hükümleri veya sözleşme koşullarına uygun olarak hesaplamaması veya ödememesi durumunda işçiye iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme olanağı tanımaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda değinilen İşK m. 24/2/e bendinde değinilen “ücret” kavramı yalnızca temel ücreti ifade etmemektedir. Bu çerçevede, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, asgari ücretin altında ücret ödenmesi, işçinin ücretinde tek taraflı indirim yapılması, sigorta bildirimini yapılmaması veya eksik ücretten bildirilmesi, ikramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı gibi ücret eklerinin ödenmemesi durumlarında da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği isabetli olarak ifade edilmektedir². Hatta, işverenin işçinin kanuna uygun bir şekilde talep ettiği avansı ödememesi durumunda da işçi lehine haklı nedenle fesih hakkının doğacağı belirtilmektedir³.

² Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri (3. Baskı, Onikilevha 2021), 693, 695; Sarper Süzek, İş Hukuku (21. Baskı, Beta 2021), 713; Öcal Evren, ‘Ücret Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları’, (2007) 2 (9), Terazi, 58

³ Sarper Süzek, ‘İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları’, (2007) 56 (4), AÜHFD, 216; Mehmet Nusret Bedük, Emre Karabacak, ‘İşçinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları’, (2018) 2 (3), Atlas Ulusal Sosyal Bilimler Dergisi, 200-201. Çalışmaktan kaçınma hakkı bakımından da aynı sonuç için bkz. Bedük, Karabacak, 206

Ayrıca, işçinin ücretinin ödenmemesine dayalı haklı fesih olanağını kullanmasından önce işverenden ücretinin ödenmesini talep etmesi veya işverene ücretinin ödenmesi için süre vermesi gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴.

Ücretin ödenmemesi yanında geç ödenmesi de haklı nedenle feshe başvurulmasına olanak sağlayabilir, ancak hükmün katı bir şekilde uygulanmasının dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebileceği, genel olarak zamanında ödenen ücretlerin bazı durumlarda kısa bir süre için gecikmesinin bu durumun süreklilik kazanmamış olması koşuluyla haklı feshe dayanak yapılamayacağı, ücretlerin geç ödenmesinde işçinin haklı nedenle feshe başvurmamasının sınırını dürüstlük ve iyiniyet kurallarının belirleyeceği ileri sürülmektedir⁵. Ücret ve eklerinin ödenmeyen kısmının, ödenen miktara oranla çok küçük bir miktar olması halinde, bu durumun işverene bildirilmeksizin iş sözleşmesinin feshinin, Medeni Kanun (MK)⁶ m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷.

Konu ile yakın ilişkisi nedeniyle İşK m. 34'te yer alan ücretin ödenmemesine dayalı işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını da değinilmelidir⁸. Anılan hükme göre; ücreti ödeme gününden itibaren 20 gün içinde⁹ mücbir bir neden¹⁰ dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Görüldüğü üzere, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı bakımından ücretin ödeme gününün üzerinden en az 20 gün geçmesi gerekmektedir. Ancak, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere; çalışmaktan kaçınma hakkı bakımından geçerlilik taşıyan 20 günlük bekleme süresi, ücreti ödenmeyen işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi durumu için geçerlilik taşımaz, haklı nedenle fesih hakkının doğması için ücretin ödenmemesinin üzerinden belirli bir sürenin geçmesi gerekmez¹¹. Kanunun lafzına göre ücretinin gününde ödenmemesi durumunda, işçi sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilir¹².

⁴ Ekmekçi, Yiğit, (n 2) 694. Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. HD, 4.2.2020, 2017/27253 E., 2020/1489 K.

⁵ Süzek, (n 2) 713-714. Süzek, işyerinin içine düştüğü mali güçlük veya genel ekonomik krizin işçilerin ücretlerinin ödenmemesi veya geç ödenmesi bakımından haklı bir gerekçe oluşturamayacağını da ilave etmektedir.

⁶ RG, 8.12.2001, 24607

⁷ Bedük, Karabacak (n 3) 206

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Ücretin Ödenmemesi, (n 3) 210-215; Ünal Narmanlıoğlu, 'Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkani)', (2010) 12 (Özel Sayı), DEÜHFD, 607-633. Güzel A, 'Karar İncelemesi', (2005) 2 (79), Çalışma ve Toplum, 123-146

⁹ Kanun tasarısında 10 gün şeklinde yer alan sürenin 20 güne çıkarılması, makul olmadığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir. Bkz. Narmanlıoğlu, (n 8) 620, Bedük, Karabacak, 201. Narmanlıoğlu ayrıca, bekleme süresini öngören hükmün amacının, iyiniyetli işvereni korumak olduğunu, bu nedenle kötüniyetli işverene karşı ya da ücreti ödemeceğini kesinlikle ortaya koyan işverenin tutum ve davranışı karşısında işçinin 20 gün beklemesine gerek bulunmadığını ifade etmektedir.

¹⁰ Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında geçerlilik taşıyan "mücbir neden" kavramı ile ilgili bkz. Hasan Kayırgan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, (1. Baskı, Onikilevha 2019), 60-62

¹¹ Ekmekçi, Yiğit, (n 2) 284; Bedük, Karabacak, (n 3) 206. İşK m. 34 ile tanınan imkanın aynı kanunun m. 24/2/e hükmünde yer alan fesih hakkının kullanılmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Narmanlıoğlu, (n 8) 620

¹² Bedük, Karabacak, (n 3) 206

Bununla birlikte, sürekli olarak gününde ödenen ücrette kısa bir gecikme yaşanması halinde, işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin hakkın kötüye kullanımı olacağı¹³ ve işçinin ücretinin ödenmesi için bir iki günlük makul bir süre geçmeden iş sözleşmesini feshedemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁴.

Ayrıca belirtilmelidir ki, işçinin ücretin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkının İşK m. 26 uyarınca 6 iş günlük hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekmektedir birlikte, ücretin ödenmemesi hali devam ettiği müddetçe 6 iş günlük süre işlemeye başlamaz¹⁵.

B. Karara İlişkin Değerlendirme

Yukarıda, ücretin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle sona erdirilmesine ilişkin genel bilgilere yer verilmiş olup, bu başlık altında incelemeye konu Yargıtay kararı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Öncelikle, yerel mahkeme kararında yer alan gerekçeye değinilmelidir. Zira, ilk derece mahkemesince, davacı işçinin Nisan 2019 dönemine ait ücretinin iş sözleşmesinin feshinden 5 gün sonra 28.05.2019 tarihinde ödendiği, davacının daha önceki aylara ilişkin ücretlerinin ayın başında ödendiği, dolayısıyla Nisan ayı ücretinin kanunda öngörülen 20 günlük süreden sonra ödenmesi nedeniyle davacının haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Yerel mahkeme kararında yer alan “20 günlük süre” kavramı yukarıda da değinildiği üzere, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ile ilişkili olmayıp, ücretin ödenmesinde gecikme nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkindir. Bu nedenle, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde bu şekilde bir bekleme süresinin aranması kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim öğretide de, zaman zaman işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle işi bırakması için İşK m. 34’te öngörülen 20 günlük bekleme süresinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için de aranması gerektiğinin ileri sürüldüğü, ancak bu yaklaşımın doğru olmadığı isabetli olarak vurgulanmaktadır¹⁶.

Yerel mahkeme kararında da, bölge adliye mahkemesi kararında da davacı işçinin ücretinin her ayın başında (ilk haftası içinde) ödendiği ve (Mayıs’ın ilk haftası içerisinde ödenmesi gereken) Nisan ayına ilişkin ücretin 28 Mayıs’ta ödendiği (bölge adliye mahkemesi

¹³ Türk iş hukukunda fesih hakkının kötüye kullanılması genellikle işveren tarafından gerçekleştirilen fesihler bağlamında incelenmektedir. Nitekim, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin fesih hakkı kötüye kullanılarak işverence sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi öngörülmektedir. Anılan hüküm nedeniyle, fesih hakkının kötüye kullanılması genellikle işveren fesihleri çerçevesinde incelenmektedir. İşverence fesih hakkının kötüye kullanılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gültan A, İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Hüküm ve Sonuçları, (Yüksek Lisans Tezi, 2010), 20-60

¹⁴ Bedük, Karabacak, 207

¹⁵ Süzek, Ücretin Ödenmemesi (n 3) 217

¹⁶ Ekmekçi, Yiğit, (n 2) 284

kararında ise 27 Mayıs'ta) belirtilmektedir. Böylece gerek yerel mahkeme, gerekse de bölge adliye mahkemesi kararında 20 günden fazla gecikme yaşandığına¹⁷ vurgu yapılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde bu şekilde bir bekleme süresi aranması kanun hükümlerine aykırı niteliktedir. Ancak, ücretin ödeme gününde ödenmemesi üzerine iş sözleşmesi hemen feshedilebilir mi? Öğretide, düzenli olarak gününde ödenen ücrette kısa bir gecikme yaşanması halinde, işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin hakkın kötüye kullanımı olacağı ve işçinin ücretinin ödenmesi için bir iki günlük makul bir süre geçmeden iş sözleşmesini feshedemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir¹⁸. Bu konuda şöyle bir çözüm önerisi sunulabilir. İş sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren bir hukuki ilişki olduğundan, işçinin temel yükümlülüğü iş görme, işverenin ise ücret ödemektir. Bu çerçevede, işçinin işgörme edimini ardı ardına iki gün sunmaması, yani devamsızlığı İşK m. 25/2/g bendi uyarınca işverene haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme olanağı tanımaktadır. Bu hükümle birlikte bir değerlendirme yapıldığında, işverenin ücret ödemesinde gecikmeye düşmesi durumunda da, 2 gün beklendikten sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi menfaatler dengesine uygun ve olası tartışmaları engelleyen bir yaklaşım olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, öğretide haklı nedenle fesih hakkının doğması için ücretin ödenmemesinin üzerinden belirli bir sürenin geçmesinin aranmayacağını belirten görüşe biz de katılmaktayız. Ancak, uygulamada karşılaştığımız ve haklı nedenle fesih için 20 gün bekleme süresinin geçmesini arayan yargı kararları karşısında, menfaat dengesini tesis edebilmek amacıyla işçinin devamsızlığı ile de bir kıyaslama yaparak 2 gün beklenmesinin yararlı olacağını ifade etmekteyiz.

¹⁷ İş sözleşmesinde açıkça ücretin ödeneceği tarihin belirtilmesi durumunda (örneğin her ayın 5. günü gibi) bu tarihin üzerinden (çalışmaktan kaçınma hakkının doğup doğmadığının saptanmasında) 20 günün geçip geçmediği önem taşıyacaktır. İş sözleşmesinde ücretin ödeneceği tarih belirtilmemiş ise, İşK'da bu durumu açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. İşK m. 32/5'te yer alan; "Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir" şeklindeki hüküm uygulanabilir ise de, anılan hükümde ücretin ödenme tarihi değil, en geç hangi periyotlarda ödeneceği düzenlenmektedir. Bu nedenle, bu hüküm de ücretin ödenme tarihinin saptanmasında tek başına sorunu çözebilecek nitelikte değildir. Konu işyeri uygulamaları dikkate alınarak çözümlenmelidir. Bu açıdan da, işyerinde geçmiş dönemlerde ücretin hangi tarihte ödendiği saptanmalıdır. Ancak, inceleme konusu kararlarda ücretin ay başında ve/veya ilk haftası içinde ödendiği şeklinde saptamalar bulunmakta ise de, bu saptamalar da ücretin ödendiği tarihin spesifik olarak belirlenmesinde yeterli değildir. İşK'da açık hüküm bulunmayan konularda, BK hükümlerine başvurulması gerekecektir. Bu çerçevede, hizmet sözleşmesinde ücreti düzenleyen BK m. 406'ya göre; "aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir" şeklindeki hüküm esas alınarak ücretin kural olarak her ayın son gününde ödenmesi sonucuna varılmalıdır. Ayrıca, karara konu olayda olduğu gibi işyeri uygulaması ile ücretin ödenme tarihinin belirlendiği durumlarda da, BK m. 91 dikkate alınmalıdır. Anılan hükme göre, borcun ifası için bir ayın başlangıcının belirlendiği durumlarda, bundan o ayın birinci günü anlaşılacaktır. Bu hüküm, her ne kadar taraflar arasındaki hukuki işlemde yer alan düzenlemenin yorumunu esas almakta ise de, işyeri uygulamaları ile oluşan çalışma kurallarının yorumlanmasında da uygulanması bir engel bulunmamaktadır.

¹⁸ Bedük, Karabacak, (n 3) 207

Ücretlerin işverence ödenmemesi veya geciktirilmesi ile ilgili olarak Borçlar Kanunu'nda¹⁹ (BK) da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Kanunun, “İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi” kenar başlıklı 436. maddesi şu şekildedir; “İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir”. Bu düzenlemede, ücretlerin ödenmemesi veya geciktirilmesi kavramı yerine “işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi”²⁰ kavramı kullanılmakla birlikte, ödeme güçsüzlüğünün en bariz halleri ücretlerin ödenmemesi veya düzensiz ödenmesidir. Bu nedenle, maddede yer alan ödeme güçsüzlüğü kavramının ücretlerin ödenmemesi veya düzensiz bir şekilde ödenmesi hallerini de kapsadığı kanaatindeyiz. Bu açıdan bakıldığında, BK m. 436 hükmü ile İşK m. 24/2/e bendinin kapsamının birçok olayda kesişeceği söylenebilir. İki hükme bakıldığında; BK m. 436’da fesihden önce işçinin sözleşmeden doğan haklarının güvenceye bağlanması için uygun bir süre beklemesi gerekliliği öngörülmektedir. Bu çerçevede işçi, haklı nedenle fesih hakkını uygun bir süre geçtikten sonra kullanabilecektir. İşK m. 24/2/e’de ise ücretlerin ödenmemesi hali açısından bu şekilde bir bekleme süresi öngörülmemiştir. Acaba, BK m. 436’da öngörülen uygun bir süre beklenmesi gerekliliği, İşK m. 24/2/e’ya dayanan fesihler açısından da aranmalı mıdır? İşK hükümlerinin bu kanuna tabi işçiler bakımından BK’ya kıyasla özel kanun niteliğinde olduğu açıktır. Bu nedenle, sonraki tarihli kanun olmakla birlikte BK hükümlerinin İşK’ya tabi işçiler bakımında uygulanma önceliği bulunmamaktadır. İşK’ya tabi işçiler açısından BK genel kanun niteliğinde olduğundan, ancak özel kanunda (İşK) düzenlenmeyen hususlarda uygulanması söz konusu olabilir. İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi İşK’da açıkça fesih hakkı yaratan bir durum olarak düzenlenmemiştir. BK m. 436 ve İşK m. 24/2/e birlikte değerlendirildiğinde, BK m. 436 işverenin ödeme güçsüzlüğüne düştüğü ancak buna karşın ücretlerde bir gecikmenin yaşanmadığı durumlarda, İşK’ya tabi işçiler bakımından uygulanabilir niteliktedir. Örneğin, işverenin malvarlığının önemli bir kısmına haciz konulması, banka hesaplarının tedbiren dondurulması gibi ödeme güçsüzlüğü yaratmakla birlikte, henüz ücretlerde gecikmenin gerçekleşmediği, ancak işçinin iş sözleşmesinden doğan haklarının risk ile karşılaştığı durumlarda İşK’ya tabi işçiler açısından BK m. 436 uygulanabilir bir niteliğe kavuşabilir.

¹⁹ RG, 4.2.2011, 27836

²⁰ Benzeri bir kavram olarak, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesi, İşsizlik Sigortası Kanunu’nun (RG, 8.9.1999, 23810) ek 1. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre; konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur.

Ücretin ödenmemesine dayalı bir feshi konu almamakla birlikte, Yargıtay'ın işçi tarafından gerçekleştirilen feshi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirdiği bir kararının²¹ ilgili bölümü şu şekildedir; “İşçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olabilecek emareler ortaya çıktıktan sonra işverence başlatılan fesih prosedürünü etkisiz kılmak veya boşa çıkarmak için işçinin öne geçen fesih hakkını kullanıp kullanamayacağı değerlendirilmelidir. İşçinin ...öne geçen ... fesih hakkını kullanabilmesi için fesih nedeninin işverenden kaynaklanması gerekir. Örneğin işçinin ödenmeyen ücretleri sebebiyle... derhal fesih hakkı her zaman mevcut olup, ...henüz işveren feshi gerçekleşmediği bir aşamada işçinin öne geçen fesih hakkını kullanması mümkündür. Yine işçinin sigorta primlerinin hiç ya da gerçek ücretten yatırılmaması... öne geçen haklı fesih nedeni olabilir. İşveren açısından haklı fesih nedenlerinin oluşmasından sonra salt fesih prosedürünü etkisiz kılmak için işçinin kendisinden kaynaklanan derhal fesih nedenlerine dayanması mümkün olmaz. Örneğin bu aşamada yaş hariç emeklilik kriterlerini haiz olduğu için veya yaşlılık aylığı alabilmek için işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesinde hakkın kötüye kullanımından söz edilir. Zira işveren tarafından haklı feshi yönünden gerekli iç denetimi yapması, işçiden savunma alması veya varsa disiplin kurulu kararı oluşumu, feshe konu olayların feshe yetkili makama ulaşması aşamalarında işçinin fesih hakkını kullanması, kötüniyetli olarak değerlendirilebilecektir. Somut uyuşmazlıkta ...işçinin yaptığı usulsüzlüklerle ilgili soruşturma başlatıldığı, ...savunmasının alındığı, iç denetim raporu hazırlandığı, yapılan usulüz işlemlerin düzeltilmesi aşamasında davacı işçinin 12.04.2015 tarihinde evlenip noterden gönderdiği 24.04.2015 tarihli ihtarnameyle evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Davacı kadın işçinin evlilik sebebiyle feshi kendisinden kaynaklanan bir fesih nedeni olup, ...haklı feshin sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla yapıldığı ve hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir... işçinin davalı işyerinde işveren açısından haklı fesih sebebi oluşturduğuna kuşku duyulmayan bir çok usulsüz işleminin ortaya çıkmasından sonra devam eden soruşturma sürecinde evlendiği ve bu durumu fesih nedeni yaptığı anlaşılmakla davacı işçinin hakkın kötüye kullanımı mahiyetindeki öne geçen feshi hukuken korunamaz. Açıklanan nedenlerle davacının kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde isteğin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

Öğretide de isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için öncelikle fesih hakkının bulunması, ancak doğmuş bulunan fesih hakkının

²¹ Yargıtay 9. HD, 17.2.2020, E.2017/14500, K. 2020/2329

dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması gereklidir²². Yukarıda da değinildiği üzere, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi uygulamada daha az rastlanabilecek bir durumdur. İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işçilerin hareket alanı işveren ile kıyaslandığında daha geniş olmakla birlikte, işçilerin de fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına aykırı davranışlarda bulunmaları olasılık dahilindedir²³. Doğrudan işçi ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının denetiminin gerçekleştiği bir Yargıtay kararına²⁴ konu olayda; işçi memuriyete geçiş hakkı kazandıktan sonra, halihazırda çalışmakta olduğu işyerindeki iş sözleşmesini ücretin ödenmemesi nedeniyle haklı sebeple feshetmiş ve kıdem tazminatının ödenmesi talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme "davacının davalı iş yerinde çalışmakta iken kamu kurumuna atanmak üzere hazırlık işlemleri yaptığı, atanmasına ilişkin sürecin kesinleşmesi üzerine iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini beyan etmiş ise de gerçek iradesinin başka kurumda çalışma olgusu olduğu sabit olmakla davacının kıdem tazminatına hak kazanamayacağı" gerekçesiyle kıdem tazminatı talebini reddetmiş ve yerel mahkeme kararı bölge adliye mahkemesince de onanmıştır. Bölge adliye mahkemesi kararında; "davacının gerçekteki iş akdinin fesih gerekçesinin memuriyete geçmek olduğu anlaşılmalı kıdem tazminatı talebinin reddi usul ve yasaya uygun bulunmuştur" sonucuna varılmaktadır. Yargıtay kararında ise şu sonuca varılmaktadır; "Öte yandan fesih için haklı sebepleri bulunduğunu iddia eden bir işçinin, muhtemel fesih tarihinden sonraki işsizlik sürecini ve geçim koşullarını nazara alarak, fesihten önce başka bir işe başvurmuş olması ve bu başvurusunun kabul edilmesinden sonra, iş sözleşmesini feshetmesi, işverenden kaynaklanan haklı fesih olgusunu ortadan kaldırmayacağı gibi bu feshin kötü niyetli olduğu sonucunu da doğurmaz. Zira burada fesih iradesinin doğduğu anda değil de sonradan açıklanması, makul kabul edilebilir insanî kaygılardan kaynaklı olup, işvereni zarara uğratma kastı da bulunmadığından, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi yerinde olmayacaktır. Hülasa; haklı fesih sonucunu doğuran nedenler işverenden sadır olup, davacı işçilerce bu hak fiilen yeni işe başlanılmasından evvel kullanıldığı gibi fesihten önce iş başvurusu yapıp kabul edilmesinden sonra kullanılmasının da makul kabul edilebilir insani kaygılardan kaynaklı olduğunun anlaşılması karşısında, bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığının kabul edilmesi hakkaniyet ve

²² Cem Akbıyık, 'Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının İş Sözleşmelerindeki Rolü', (2007) 6 (2), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21-22

²³ Akbıyık (n 22) 23. Akbıyık, böyle bir durumun daha çok nitelikli işçiler bakımından ve işverenin onlara en çok ihtiyaç duyduğu bir zamanda söz konusu olabileceğini belirtmektedir.

²⁴ Yargıtay 9. HD, 1.7.2020, E. 2020/1521, K. 2020/6778

adalet ilkesi ile de bağdaşmayacağından uyuşmazlığın Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin kararı doğrultusunda giderilmesine karar verilmiştir”.

Yargıtay'ın doğrudan ücretin ödenmemesinden kaynaklı fesih hakkının kötüye kullanılması ilkesini değerlendirdiği kararında varılan sonuca katılmaktayız. Bu nedenle, inceleme konusu kararda davalı savunması olarak yer alan hakkın kötüye kullanıldığı itirazında da benzer bir sonuca varılması gerekecektir. Ancak, inceleme konusu karara bir noktada eleştirimiz olacaktır. Davalı, tüm savunmalarında hakkın kötüye kullanıldığı savunmasında bulunmakla birlikte, karar metninden incelenbildiği kadarıyla, sonucu itibarıyla reddedildiği anlaşılan bu itiraza ilişkin herhangi bir gerekçeye yer verilmemesi usuli açıdan eksiklik yaratmaktadır.

SONUÇ

Yasal düzenlemelerimizde ücret çeşitli güvencelere bağlanmıştır. Örneğin, ücretin haczi, devri ve takası konusunda sınırlamalar öngörülmektedir. Yine, ücretin ödenmesinde gecikme yaşanması durumunda belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır. Başka bir güvence de, ücretin zamanında ödenmemesi durumunda işçiye haklı fesih olanağı tanıyan düzenlemedir.

İşK m. 24/2/e bendinde değinilen “ücret” kavramı yalnızca temel ücreti ifade etmemektedir. Bu çerçevede, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, asgari ücretin altında ücret ödenmesi, işçinin ücretinde tek taraflı indirim yapılması, sigorta bildirimini yapılmaması veya eksik ücretten bildirilmesi, ikramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı gibi ücret eklerinin ödenmemesi durumlarında da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilmektedir.

İnceleme konusu karara ilişkin yerel mahkeme ve bölge adliye mahkemesi kararlarında çalışmaktan kaçınma hakkı için kanunda aranan bir koşul olan ücretin en az 20 gündür ödenmemiş olması koşulu, dolaylı bir şekilde de olsa haklı fesih için de bir unsur olarak nitelendirilmektedir. İşçinin ücretinin ödenmemesine dayalı haklı fesih olanağını kullanmasından önce işverenden ücretinin ödenmesini talep etmesi veya işverene ücretinin ödenmesi için süre vermesi gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ücretin ödenmemesi yanında geç ödenmesi de haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasına olanak sağlayabilir, ancak haklı nedenle fesih hakkının sınırını dürüstlük ve iyiniyet kurallarının belirleyeceği öğretide ileri sürülmektedir.

İncelemeye konu kararda gerek yerel mahkeme, gerekse de bölge adliye mahkemesi tarafından 20 günden fazla gecikme yaşandığına vurgu yapılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde bu şekilde bir bekleme süresi aranması kanun hükümlerine aykırı niteliktedir. Ancak, ücretin ödeme gününde ödenmemesi üzerine iş sözleşmesi hemen feshedilebilir mi? Öğretide, düzenli olarak gününde ödenen ücrette kısa bir gecikme yaşanması halinde, işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin hakkın kötüye kullanımı olacağı ve işçinin ücretinin ödenmesi için bir iki günlük makul bir süre geçmeden iş sözleşmesini feshedemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir. İşçinin işgörmeye edimini ardı ardına iki gün sunmaması, yani devamsızlığı İşK m. 25/2/g bendi uyarınca işverene haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme olanağı tanımaktadır. Bu hükümlerle birlikte bir değerlendirme yapıldığında, işverenin ücret ödemesinde gecikmeye düşmesi durumunda da, 2 gün beklendikten sonra iş sözleşmesinin feshedilmesinin menfaatler dengesine uygun ve olası tartışmaları engelleyen bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akbıyık C, 'Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının İş Sözleşmelerindeki Rolü', (2007) 6 (2), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19-28
- Bedük MN, Karabacak E, 'İşçinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları', (2018) 2 (3), Atlas Ulusal Sosyal Bilimler Dergisi, 193-211
- Ekmekçi Ö, Yiğit E, Bireysel İş Hukuku Dersleri (3. Baskı, Onikilevha 2021)
- Evren Ö, 'Ücret Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları', (2007) 2 (9), Terazı, 55-64
- Gültan A, İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Hüküm ve Sonuçları, (Yüksek Lisans Tezi, 2010)
- Güzel A, 'Karar İncelemesi', (2005) 2 (79), Çalışma ve Toplum, 123-146
- Kayırgan H, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, (1. Baskı, Onikilevha 2019)
- Narmanlıoğlu Ü, 'Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkanı)', (2010) 12 (Özel Sayı), DEÜHFD, 607-633
- Süzek S, İş Hukuku (21. Baskı, Beta 2021)
- Süzek S, 'İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları', (2007) 56 (4), AÜHFD, 207-221 (Ücretin Ödenmemesi)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

KARAR İNCELEMESİ / JUDGEMENT REVIEW

BAĞLAMA KÜTÜĞÜNE KAYITLI GEMİLER ÜZERİNDE İPOTEK KURULAMAYACAĞINA DAİR YARGITAY 12.HD 2020/9457 E. 2021/954 K. 02.02.2021 T., KARARI IŞIĞINDA BAĞLAMA KÜTÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİNİN KISA BİR ŞEKİLDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Arş. Gör. Tekincan Akif Karaarslan **

ÖZ

Türk Hukukunda Bağlama Kütüğü, Milli Gemi Sicili ve Türk Uluslararası Gemi Siciline kaydedilmemiş ticari ya da özel kullanıma mahsus gemi, deniz yahut iç su araçlarının takibi için oluşturulmuş bir kayıt sistemi olup oluşturulan bu sistem gemi ve araçların idare, çevre hukuku bakımından denetiminin yapılmasını sağlamakta ayrıca daha düşük maliyetlere elverişli bayrak ülkelerinin filolarına katılan gemileri tekrar kazanarak Türk denizciliğini geliştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak bu kütüğün Türk Ticaret Kanunu bakımından gemi sicili niteliğine sahip olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bu çalışmada Yargıtay'ın kararından ve öğretideki görüşlerden hareketle bağlama kütüğünün TTK bakımından sicil olup olmadığı incelenecek ve ulaşılabilecek olan sonuçla kütüğe kaydedilen araçlar bakımından mülkiyet ve diğer aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerde uygulanacak hükümler hakkında yorum yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bağlama Kütüğü, Gemi İpoteği, Gemilerin Eşya Hukuku, Gemi Sicilleri, Gemi ve Deniz Araçları

* Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı e-posta: akifkaraarslan@klu.edu.tr ORCID:0000-0001-5594-0380



A BRIEF EVALUATION OF THE OPINIONS IN THE DOCTRINE IN THE LIGHT OF THE DECISION OF THE 12TH JUDICIAL COURT OF APPEALS 2020/9457 M. 2021/954 D. 02.02.2021 D. THAT A MORTGAGE CANNOT BE ESTABLISHED ON SHIPS REGISTERED IN THE HOME PORT REGISTER

*Res. Asst. Tekincan Akif Karaarslan ***

ABSTRACT

In Turkish Law, the Home Port Log is a registration system established for the tracking of the vessels, marine or inland water vehicles for commercial or private use that are not registered in the Turkish National Ship Registry and the Turkish International Ship Registry, and this system ensures the supervision of vessels and vehicles in terms of administrative and environmental law, and aims to develop Turkish maritime industry by reacquiring the ships that join the fleets of convenient flag countries at lower costs. However, it is controversial in the doctrine whether this register has the characteristics of a ship registry in terms of the Turkish Commercial Code. In this study, based on the decision of the Court of Cassation and the opinions in the doctrine, it will be analysed whether the mooring log is a register in terms of the TCC, and with the result to be reached, comments will be made on the provisions to be applied in legal transactions regarding ownership and other real rights in respect of the vehicles registered in the register.

Anahtar Kelimeler: Home Port Log, Ship Mortgage, Property Law of Ships, Ship Registries, Ships and Sea Vehicles

* Research Assistant, Kırklareli University Faculty of Law, Department of Maritime Law e-mail: akifkaraarslan@klu.edu.tr ORCID:0000-0001-5594-0380

Extended Summary

In Turkish Law, the Home Port Log (HPL) is a registration system established for the tracking of commercial or privately-owned vessels, maritime, or inland waterway vehicles that have not been registered in the National Ship Registry or the Turkish International Ship Registry. This system aims to facilitate the administration and environmental law oversight of these vessels and vehicles, while also fostering the reacquisition of ships joining fleets of more cost-effective flag states, thereby aiming to enhance the Turkish maritime industry. However, there is scholarly debate regarding whether this log holds the legal status of a ship registry under the Turkish Commercial Code (TCC).

In academic discourse, a minority view suggests that the HPL, due to the responsibilities assigned to port authorities for registration, the issuance of ownership certificates, the requirement for registration for property transfer, the acquisition of the right to hoist the Turkish flag along with registration, and the granting of permits, as well as the provisional seizure and registration of movable pledges according to Article 10 of the BKUY, possesses the characteristics of a registry.

Conversely, the dominant perspective opposes these arguments of the minority view. It contends that holding port authorities responsible does not subject the state to the responsibilities arising from a ship registry. Additionally, it highlights the absence of a specific objection procedure concerning registration and argues that the ownership certificate is issued for evidential purposes. Furthermore, the use of the term 'permit' instead of 'certificate' suggests that the Log does not possess the characteristics of a registry.

In our view, preference should be given to the dominant perspective in academic discourse, leading to the conclusion that the HPL does not serve as a ship registry within the meaning of the TCC. Consequently, in light of TCC Article 1014, which stipulates that ship mortgages can only be established on vessels registered in the Turkish Ship Registry, it should be acknowledged that the provision in Article 14 of the HPL Implementation Regulation stating, "Mortgages, provisional measures, precautionary attachments, or seizure decisions are recorded in the home port log," is formulated merely to ensure transparency. Therefore, it is imperative to recognize that mortgages cannot be established on vessels registered in the Home Port Log within the context of the TCC.

"In the case at hand, a ship mortgage was established on Barge No. 16 by Çeltikçioğlu. Subsequently, due to non-payment of the debt, an enforcement proceeding with a court order was initiated. The debtor argued for the cancellation of the proceeding by asserting that the said barge is registered in the HPL. The court of first instance ruled against this request, following which the debtor appealed to the appellate court. Upon the appeal, the Regional Court of Justice (RCJ) determined that the barge in question falls under the scope of the TCC as a ship. Based on this determination, it was decided that since the barge was registered in the Home Port Log and in accordance with Article 153/a-2 of the Enforcement and Bankruptcy Law, enforcement through the conversion of the mortgage into cash was permissible, leading to the dismissal of the appeal.

The dispute was eventually brought before the Court of Cassation. The Supreme Court ruled that considering the HPL does not qualify as a registry under the TCC, the establishment of the mortgage was inappropriate. It was further established that the matter pertains to public order and would be examined *ex officio* and is subject to an unlimited appeal. Therefore, the court concluded that the complaint should be accepted, leading to the cancellation of the enforcement proceeding.

The dispute under consideration revolves around whether the HPL is among the Turkish Ship Registries mentioned in the TCC and whether a ship mortgage, as regulated by TCC Articles 1014 and subsequent provisions, can be established on the "Çeltikçioğlu Barge No. 16" registered in the HPL. In the aforementioned case, the Regional Court of Justice ruled that the HPL is among the Turkish Ship Registries mentioned in the TCC, thereby determining that a ship mortgage could be established on Barge No. 16.

However, the Court of Cassation, in its ruling, correctly identified that the HPL does not qualify as a ship registry. The Court further elaborated that the primary objective behind the establishment of the said log is to monitor vessels and vehicles not registered elsewhere from the perspectives of administrative law, environmental law, and tax law. Consequently, given its non-status as a ship registry under the TCC, it was determined that a ship mortgage cannot be established on assets registered therein.

In our opinion, the examination conducted by the Court of Cassation and its resulting judgment are appropriate. KHK No. 655, which addresses the HPL, explicitly states that the primary objective behind its establishment is to register and monitor vessels not previously

registered. The said regulation intentionally avoids using terms such as 'registry' and 'registration'.

Furthermore, if the legislator had intended to establish a separate registry, this should have been done through statutory provisions rather than through a regulation. Alternatively, it should be acknowledged that references to the HPL in the TCC's provisions concerning registries should be made explicitly within the context of the HPL Implementation Regulation.

Ultimately, the Court of Cassation correctly determined that mortgages cannot be established on vessels registered in the HPL in accordance with the TCC. This is because Article 10 of the Regulation on the HPL refers to movable pledges regulated under the TCC, rather than stipulating the conditions for establishing a mortgage. The said provision was crafted solely for informational purposes, without detailing the prerequisites for establishing a pledge.

The Court of Cassation aptly pointed out that, given the absence of the HPL as a ship registry under the TCC, mortgages cannot be established on vessels registered therein, noting that the legislator did not make any exceptions to the rule stipulated in TCC Article 996 within the Regulation on the HPL.

As argued, since the phrase "registration of pledges" in Article 10 of the Regulation does not employ the concept of a ship mortgage, it becomes evident that the referenced pledge pertains to the movable pledge addressed in the TCC.

In summary, the HPL should not be considered as one of the ship registries stipulated in the law. Given that ship mortgages can only be established on vessels registered under the designated ship registries in the law, it is evident that a mortgage cannot be established on Barge No. 16, thereby affirming the correctness of the Court of Cassation's decision.

I. OLAYA KONU OLAN MAHKEME KARARI

T.C. Yargıtay Başkanlığı- 12. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2020/9457

Karar No.: 2021/954

Karar tarihi: 02.02.2021

“Yukarıda tarih ve numarası yazılı Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından başlatılan gemi ipoteğinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takipte, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, rehin konusu Çeltikçioğlu 16 adlı dubanın taşınır mal niteliğinde olduğunu, dubanın gemi siciline kayıtlı olmadığı, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı olduğu ileri sürülerek takibin iptalinin talep edildiği, ilk derece mahkemesince, şikayetin reddine karar verildiği, borçlu tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, takip konusu dubanın TTK kapsamında gemi sayıldığı ve Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı olduğu ve İİK'nin 153/a-2 maddesi gereğince ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasının mümkün olduğu gerekçesi ile istinaf başvurusunun HMK'nin 353/1-b(1) maddesi gereğince esastan reddine karar verildiği görülmüştür.

6102 sayılı TTK'nin 936. maddesine göre gemiler sicile kayıtlı olsun veya olmasın taşınır eşya hükmündedir. Yine, TTK'nin 996. maddesinde belirtildiği üzere TTK'nin 1014 vd. maddelerinde düzenlenen akdi gemi ipoteği TTK'da aksine hüküm bulunmadıkça, yalnız Türk Gemi Siciline kayıtlı gemiler hakkında kurulabilir.

Şikâyet konusu husus Bağlama Kütüğü'nün TTK kapsamında bir gemi sicili olup olmadığı ve Kütüğe kayıtlı gemi ve su araçları üzerinde gemi ipoteğinin kurulup kurulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Türk Hukukunda gemi sicilleri, TTK'nin 954 ila 985. maddelerinde düzenlenen Türk (Milli) Gemi Sicili, TTK'nin 986 ila 992. maddelerinde düzenlenen Yapı Halindeki Gemilere Özgü Sicil, 4490 sayılı Kanun ile düzenlenen Türk Uluslararası Gemi Sicili ve TTK'nin 941/3. maddesinde bahsedilen sicildir.

655 sayılı KHK'nin “Bağlama kütüğü” başlıklı 43. maddesinde ise; “Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının malikleri veya işletenleri; söz konusu gemi,

deniz ve içsu araçlarını bağlama kütüğüne kaydettirmek zorundadırlar. Bağlama kütüğüne kayda ilişkin usul ve esaslar ile yapılacak iş ve işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yürütüleceği yönetmelikle belirlenir.” hükmü yer almaktadır.

Sadece bir madde ile düzenlenmiş olan Bağlama Kütüğü 'nün oluşturulma amacı, kayıt dışı gemilerin ve araçların idare hukuku, çevre hukuku ve vergi hukuku açısından izlenmesini sağlamaktır (Doç. Dr. Hacı Kara, Deniz Ticareti Hukuku, 2020, s. 85). Öte yandan, kanun koyucunun “sicil” kelimesini kullanmayarak ve sadece bir madde şeklinde düzenleme yaparak yeni bir sicil ihdas etmeme amacının olduğu aşikardır.

Diğer taraftan, Kütüğü Uygulama Yönetmeliği'nin 10. maddesinde rehnin Kütüğe kaydedilebileceği belirtilmiş ise de rehnin kurulma şartlarından veya gemi ipoteği teriminden bahsedilmediğinden, kaydedilecek rehinlerin taşınır rehni olduğu açıktır. Bu nedenle Bağlama Kütüğü 'ne kayıtlı gemi ve su araçlarının rehni TTK'nin 997/1. maddesi atfı ile Türk Medeni Kanunu hükümlerine tabidir. Her ne kadar, Yönetmeliğin 14. maddesinde Bağlama Kütüğü 'ne kayıtlı gemi ve su araçlarının mülkiyetinin devrine ilişkin özel şartlar düzenlenmiş ise de taşınır niteliğinde olan ve herhangi bir sicile kayıtlı olmayan gemilerin mülkiyetinin devri TMK hükümlerince düzenlenmiş iken, TMK'daki hükmün Yönetmelik ile ilga edilmesi mümkün değildir (Doç. Dr. İsmail Demir, Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler, AÜHFD, 64(1)2015, s. 119,149). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucunun sicil düzenleme amacı olsa idi mülkiyetin devrine ilişkin hususları kanun ile düzenlemesi gerektiği ortadadır. Öte yandan, gemi ipoteğinin Bağlama Kütüğünde kurulabilmesi için TTK'nin 996. maddesine istisna getiren herhangi bir düzenleme ne 655 sayılı KHK'da ne de Yönetmelikte bulunmamaktadır.

Somut olayda... 16 adlı dubanın.....Kütüğü 'ne kayıtlı olduğu hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamakta olup, taraflar arasında 28.05.2013 tarihli resmi yazılı şekilde düzenlenmiş rehin sözleşmesi bulunduğu, bu sözleşmenin de Bağlama Kütüğü 'ne kaydedildiği, ancak yukarıdaki açıklamalar ışığında rehin sözleşmesinin ve Kütüğe kaydın TTK kapsamında düzenlenen gemi ipoteği niteliğinde kabul edilemeyeceği, sonuç olarak takip yolunun doğru olmadığı, bu husus kamu düzeninden olup resen inceleneceği ve süresiz şikayete tabi olduğu anlaşılacakla, şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Borçlunun temyiz isteminin kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi'nin 05.10.2020 tarih ve 2018/3599 E. - 2020/1740 K. sayılı kararının (KALDIRILMASINA), ... 10.

İcra Hukuk Mahkemesi'nin 23.05.2018 tarih ve 2018/306 E. - 2018/428 K. sayılı kararının (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesi'ne, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 02/02/2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi¹.”

II. KARARA KONU OLAN UYUŞMAZLIĞIN BELİRLENMESİ ve YARGITAYIN YORUMU

Karara konu olan olayda Çeltikçioğlu 16 Numaralı Duba üzerinde, gemi ipoteği tesis edilmiş daha sonra ise borcun ödenmemesinden hareketle ilamlı takip başlatılmıştır. Borçlu ise mezkûr dubanın Bağlama Kütüğü 'ne kayıtlı olduğunu ileri sürerek takibin iptalini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi ise talebin reddine karar vermiş daha sonra borçlu tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur. Başvuru üzerine Bölge Adliye Mahkemesince (BAM), takip konusu dubanın TTK kapsamında gemi sayıldığına karar verilmiş ve Bağlama Kütüğü 'ne kayıtlı olduğu ve İcra İflas Kanunu'nun md. 153/a-2 maddesi gereğince ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasının mümkün olduğu gerekçesi ile başvuru reddedilmiştir. Uyuşmazlık son olarak Yargıtayın önüne taşınmış, Yüksek Mahkeme ise Bağlama Kütüğü 'nün, Türk Ticaret Kanunu (TTK) anlamında bir sicil olmadığından hareketle ipoteğin kurulmayacağına söz konusu talebin takip yolunun doğru olmadığı ve kamu düzeninden olup resen inceleneceği ve süresiz şikâyete tabi olduğu anlaşıldığını dolayısıyla da şikâyetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır.

Karara konu olan uyuşmazlık Bağlama Kütüğü 'nün Türk Ticaret Kanunu'nda bahsi geçen Türk Gemi Sicilleri arasında yer alıp almadığı ve Bağlama Kütüğü 'ne Kayıtlı olan “Çeltikçioğlu 16 numaralı dubanın” üzerinde TTK md. 1014 vd. hükümlerinde düzenlenen gemi ipoteğinin kurulup kurulamayacağına ilişkindir. Mezkûr olayda Bölge Adliye Mahkemesi, Bağlama Kütüğü 'nün TTK'nda yer alan Türk Gemi Sicilleri arasında yer aldığını ve gemi ipoteğinin de Türk Gemi Sicilleri üzerinde kurulabileceğinden hareketle Çeltikçioğlu 16 Numaralı Duba üzerinde gemi ipoteği kurulabileceğine karar vermiştir. Lakin Yargıtay, kararında isabetli olarak Bağlama Kütüğü' nün bir gemi sicili olmadığı ve mezkûr kütüğün ihdas amacının kayıt dışı gemilerin ve araçların idare hukuku, çevre hukuku ve vergi hukuku açısından izlenilmesini sağladığını bundan mütevellit TTK kapsamında bir gemi sicili olmadığı dolayısıyla da üzerinde gemi ipoteği kurulamayacağına karar vermiştir.

¹ Yar. 12. HD, E. 2020/9457, K. 2021/954, 2.2.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023

Yargıtay'ın verdiği kararın incelenmesi için ilk olarak Bağlama Kütüğü ve Gemi İpoteği Kavramları değerlendirilecek ardından Bağlama Kütüğü' nün TTK anlamında Türk Gemi Sicili Kavramı² içerisinde yer alıp almadığına dair öğretilerde var olan görüşler incelenecektir.

III- BAĞLAMA KÜTÜĞÜ

Bağlama Kütüğü ilk olarak 491 Sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye (KHK)³, 5897 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴ ile Ek md. 12'de ihdas edilmiştir. Daha sonra bu maddeye dayanılarak Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği yürürlüğe sokulmuş ancak daha sonra 655 sayılı KHK ile 491 sayılı KHK kaldırılmıştır. Mezkûr 655 Sayılı KHK md. 13 ile Bağlama Kütüğü oluşturulmuş buna istinaden Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği⁵ (BKUY) çıkarılarak önceki Yönetmelik ilga edilmiştir.

Tanımlar kenar başlıklı BKUY md. 4/1-a ise Bağlama Kütüğü 'nü "*Gemi, deniz ve içsu aracının kaydedildiği, ana ve yardımcı kütüklerden oluşan elektronik kayıt sistemi*" şeklinde tanımlamaktadır. Böylece tescili belirli şartlarda zorunlu olan Milli Gemi Sicili (MGS) ve tescili ihtiyari olan Türk Uluslararası Gemi Sicili 'ne (TUGS) kaydedilmeyen gemi ve deniz araçlarının kayıt altına olması amaçlanmaktadır. Zira kayıtlı olmayan gemi/su araçlarının takibi yapılamamakta bu hususta denizde işlenen suçlar, çevre emniyeti ve vergisel açıdan birçok sorunu da beraberinde getirmektedir⁶.

Araçlarının takibinin yapılması için belirli şartları taşıyan gemi ve deniz araçlarının Bağlama Kütüğü 'ne tescili zorunlu tutulmuştur. BKUY md. 9 ile "*a) 18 gros tonilatunun altında ve 2,5 metre ve üzerindeki; Milli Gemi Siciline veya Türk Uluslararası Gemi Siciline*

² Gemi Sicilleri, geminin ayırıcı unsurları ile hakların/hak üzerindeki sınırlamaların kaydedildiği sicildir. Kanun koyucu gemilerin niteliği gereği hareket halinde olması ve ekonomik bakımdan alelade bir taşımandan daha büyük bir değere sahip olmasından dolayı bunların denetim altında tutulmasını istemiş ve bu nedenle de kaydedilecekleri bir sicil düzeni ihdas etmiştir: Emine Yazıcıoğlu ve Rayegan Kender ve Ergon Çetingil, Deniz Ticareti Hukuku (17. Bası, Filiz Kitapevi 2021), 96

³ RG: 10.08.1993, S. 21673

⁴ RG: 16.05.2009, S. 27230

⁵ RG: 25.09.2014, S. 2913

⁶ İsmail Demir, Deniz Ticareti Hukuku (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 145; Yasin Yavşan, 'Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İç Su Araçları Üzerinde Sözleşmeye Dayanan Rehin Hakkının Kurulması', Teminat Hukuku, iç. Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz (Seçkin Yayınları 2023) 558; Hakan Bilgeç, "*Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, (2020), s. 11; Hacı Kara, Yatların Hukuki Durumu ve Deniz Turizmi (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 85

*tescil edilmemiş ticari gemi*⁷, *deniz ve iç su araçları b) Boyu 2,5 metre ve üzerindeki özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve iç su araçlarının*”, zorunlu olarak kaydedileceği hüküm altına alınmaktadır.

BKUY md. 4 ise gemi, deniz ve iç su araçlarını tanımlamaktadır⁸. Yönetmelik md. 4/f'e göre gemi, “*Cinsi, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her aracı*” ifade etmektedir. Mezkûr Yönetmelik md. 4/e'ne göre ise deniz aracı, “*Gemi dışında, denizde yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan her türlü araç ve yapıyı*” ifade etmektedir. Yönetmelik md. 4/1'da ise iç su aracının kavramı verilmekte “*İç sularda kullanılan ve gemi dışındaki her türlü tekne ve yapıyı*”¹⁰ kapsadığı belirtilmektedir.

BKUY md. 9 ise ihtiyari olarak Bağlama Kütüğü 'ne tescil edilebilecek araçları hüküm altına almaktadır. Mezkur düzenlemeye göre “a) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun bayrak çekme hükümlerine bağlı olmaksızın; yabancı uyruklu olup oturma izni bulunan gerçek kişilere ait özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçları, b) Devlete ait olup temel kamu hizmetlerinde kullanılan gemi, deniz ve içsu araçları, c) 2,5 metrenin altındaki ticari ve özel gemi, deniz ve içsu araçları, ç) Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescil edilmiş spor kulübü ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup da münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemi, deniz ve içsu araçları” talep olması hâlinde Kütüğe kayıt edilebilecektir.

⁷ BKUY md. 4/i'de ticari gemi, deniz ve iç su aracı: Denizde veya iç sularda kazanç elde etmek amacıyla tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her türlü tekne ve yapı şeklinde ifade edilmektedir.

⁸ Mezkûr madde öğretilerde eleştirilmektedir. Demir'e göre tanımlar, “garip, karmaşık ve amacı ifade etmekten” yoksundur: Demir, n (6), 149

⁹ Öğretilerde bu tanım eleştirilmektedir. *Demir*, deniz ve iç sulardaki bütün gemilerin kaydı amaçlandığı halde geminin isabetsiz şekilde deniz unsuru esas alınarak tanımlandığını belirtmektedir: Demir, n (6), 149; Yine öğretilerde bir başka görüş, mezkûr tanımın TTK md. 931'de yer alan gemi tanımından daha geniş olduğunu belirlemekte ve “pek küçük olmama” unsuruna yer verilmediği ifade edilmektedir: Yavşan, n (6), 561; Aslıhan Sevinç Kuyucu, ‘Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar’ (2017) 37 (2) Public And Private International Law Bulletin, 695; Böylece, TTK anlamında gemi vasfına sahip olmayan araçlar da Bağlama Kütüğü 'ne kaydedilebilecektir. Yine öğretilerde *Yetiş Şamlı*, Yönetmelik'te suda hareketi gerektiren amaca yönelik bir unsura yer verilmediğini ifade etmekte dolayısıyla da kıyıya sürekli olarak sabitlenmiş otel gemilerinin de Bağlama Kütüğü 'ne kaydedileceğini belirtmektedir: Kübra Yetiş Şamlı, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması* (Onikilevha Yayınları 2021) 34

¹⁰ İlgili tanım tafsilata muhtaç kalmakta ve öğretilerde tarafından eleştirilmektedir. İç Su araçları bakımından TTK md. 931'de yer alan “yüzme” şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla iç sularda kullanılan her türlü teknenin Bağlama Kütüğü 'ne kaydedileceği anlamı çıkmaktadır: Murat Aydın, *Gemilerin Kaydedilmesi ve Kayıtlarının Silinmesi*, (Onikilevha Yayınları 2022) 271; Yavşan, n (4), 561; Ayrıca hükümde “gemi dışında” ibaresi kullanılmaktadır. Yazıcıoğlu ise iç sularda kullanılan gemilerin ifade dolayısıyla Bağlama Kütüğü'ne kaydedilemeyeceğini ifade etmektedir: Yazıcıoğlu, 139; Demir, gemilerin de iç su aracı tanımına dahil olması gerektiğini belirtmektedir: Demir, n (4), 149

III- GEMİ İPOTEĞİ KAVRAMI

TTK md. 1014 uyarınca bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulabilecektir. Mezkûr ipotek, alacaklıya, alacağını ödenmediği takdire geminin bedelinden alma yetkisi vermektedir. TTK md. 1014/I c. II uyarınca sicile kayıtlı gemilerin rehni sadece gemi ipoteği yoluyla sağlanmaktadır. Dolayısıyla bir Türk Gemi Siciline kayıtlı gemiler bakımından TTK hükümlerine göre ipotek kurulabilecektir¹¹.

Kararda görüldüğü üzere söz konusu uyuşmazlık Bağlama Kütüğü ‘nün bir Türk Gemi Sicili Kavramına dahil olup olmadığı konusunda ortaya çıkmıştır.

IV BAĞLAMA KÜTÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİNE DAİR ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

TTK’nda düzenlenen Türk Gemi Sicillerinin amacı gemilerin bayrak çekme hakları, milliyetleri ve gemilerin ayırt edici unsurlarının bilinmesini sağlamak ve ayrıca gemiler üzerinde sınırlı aleni hakların kazanımını sağlayarak aleniyeti sağlamaktır¹². Türk Hukuku’nda ise gemilerin kaydedildiği aleniyeti sağlayan sicillerin Türk Milli Gemi Sicili, Türk Uluslararası Gemi Sicili ve Yapı Halindeki Gemilere Özgü Sicil olduğu kabul edilmekte ve TTK md. 941/II’de düzenlenen ve yabancı gemilerin geçici süre için Türk Bayrağı çekmesi hususunun kaydedildiği Bakanlık tarafından tutulan Özel Sicil (*Kiracı Sicili*) ise içil adını taşısa da sicilin sahip olduğu özelliklerden uzak olduğundan gemi sicili olarak kabul edilmemektedir. Zira bu özel sicil bakanlık bünyesinde tutulmakta ve Türk Bayrağı çekme izni verilen gemilerle birlikte, gemi kira sözleşmeleri ile üçüncü kişilere bırakılan gemilerin kaydedildiği bir sistemi oluşturmaktadır¹³.

Mahkeme kararındaki uyuşmazlık konusu ise Bağlama Kütüğü ‘nün TTK uyarınca gemi sicillerinden sayılıp sayılmayacağı meselesidir. Bu sorunun çözüme kavuşturulması ise uygulama ve teori açısından önem arz etmektedir zira Bağlama Kütüğü ‘nün bir Türk Gemi Sicillerinden biri olduğunun kabul edilmesi halinde hem sicile güven prensibi ortaya çıkacak

¹¹ Kara, n (6), 112; Gemi İpoteği hakkında detaylı bilgi için: Muhammet Haluk Nitelik, Türk Hukukunda Gemi İpoteği, (1. Baskı Seçkin Yayınları, 2022)

¹² Yazıcıoğlu n (2), 97; Zehra Şeker Ögüz, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Gemi Mülkiyetinin Devrine İlişkin Getirilen Esaslar”, iç. Tufan Ögüz edr. Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (Filiz Kitapevi 2013) 847, 850; Hacı Kara, Deniz Ticareti Hukuku (Onikilevha Yayınevi 2020) 85 vd; Sevinç Kuyucu, n (9) 689; İsmail Demir, “Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Düşünceler”, (2015) 64 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 104; Cüneyt Süzel ve Güneş Karol Işıklar, “Bağlama Kütüğü’nün Hukuki Niteliğinin Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, (2021) 4(1) Dehukam Deniz Hukuku Dergisi, 33, 33; Türk Gemi Sicili ifadesinin neleri kapsadığı için: Tekincan Akif Karaarslan, “Sicile Kayıtlı Gemi Mülkiyetinin Devren İktisabı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Devren İktisabının Karşılaştırılması” (2023) 1 (1) Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 233, 237

¹³ Demir (n 2) 104; Fevzi Topsoy, Deniz Ticareti Hukuku I (1. Baskı, Legal Yayınları 2020) 67

hem de TTK uyarınca üzerinde gemi ipoteği kurulabilme ihtimali gündeme gelebilecektir. Öğretide kütüğün sicil niteliğinde olmadığını ileri süren görüşlerden ilki Yönetmeliğin (*Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği*) “sicil” kavramı yerine kütük ifadesinin kullanılmasından hareketle bu kütüğün sicil statüsünde olmayacağını zira Yönetmeliği kaleme alanların sicil kavramına yer vermekten kaçındıklarını belirtmektedir¹⁴.

Öğretide bu görüşe karşı çıkan ve Kütüğün sicil olabileceğini ileri süren aksi yöndeki görüş ise sadece kelimelerin anlamlarından yola çıkılarak ilgili kütüğün sicil vasfı taşıyıp taşımayacağını yorumlanamayacağı belirtmektedir¹⁵.

İlk görüş taraftar olan ve Bağlama Kütüğü ‘nün TTK uyarınca bir gemi sicili olmadığı belirten diğer görüş ise kullanılan kelimelerden ziyade bağlama kütüğünün ihdas amacının ne olduğuna bakılması gerektiği ifade etmektedir¹⁶. Yine kütüğün sicil olarak ihdas edilmediğini kabul eden görüşlerden bir diğeri ise TTK’nda yer alan gemi sicilleri ile ilgili hükümlerde Türk Uluslararası Gemi Siciline atıfta bulunulmuşken, Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği’ne atıfta bulunulmamasının kanun koyucunun Bağlama Kütüğünü Kanun uyarınca bir gemi sicili olarak kabul etmediği yönünde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷.

Algantürk Light ise Bağlama Kütüğü ‘ne kayıt için liman başkanlıklarının sorumlu tutulması, hak sahipliği belgesinin düzenlenmesi, mülkiyetin nakli için tescil şartının aranması, kayıt ile birlikte Türk Bayrağı çekme hakkının kazanılması ve ruhsatname verilmesi, BKUY md. 10 uyarınca ihtiyati haciz, menkul rehninin Bağlama Kütüğü ‘ne kaydedilmesinden hareketle Bağlama Kütüğü ‘nün bir sicil niteliğinde olduğunu belirtmektedir¹⁸.

Bağlama Kütüğü ‘nün sayılan gerekçelerle Sicil olduğunu kabul eden görüş öğretide eleştirilmekte;

-Liman ve Belediye Başkanlıklarında tutulan kayıttan hareketle Kütüğün, Sicil olarak kabul edilemeyeceğini zira kütük işlemlerinin yapılmasında çıkacak ihtilaflarda TTK’nın tescile davet hükümlerine atıf yapılmadığını ayrıca Yönetmelikte bu kayıtlara özel bir itiraz usulü benimsediği gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁹.

¹⁴ Demir (n 2) 120; Yazıcıoğlu (n 2) 120; Yetiş Şamlı, n (9) 85

¹⁵ Topsoy (n 13) 104; her iki görüşün de detaylı incelemesi için Kerim Atamer, *Gemilerin Eşya Hukuku* (Onikilevha Yayınları 2012) 51vd

¹⁶ Sevinç Kuyucu (n 2) 691

¹⁷ Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I* (6. Bası, Vedat Kitapevi 2022) 105; Kerim Atamer, *Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi* (2009) 15 (4) *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi*, 297, 343

¹⁸ Didem Algantürk Light, “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler” (2009) 8 (16) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 49, 51; aynı yönde: Topsoy (n 13) 103 vd.

¹⁹ Demir (n 12) 118

-Hak Sahipliği Belgesi ve Ruhsatnamenin varlığının Kütüğün, Sicil olarak kabulü için yeterli olmayacağı ifade edilmekte ve Hak Sahipliği Belgesinin Bağlama Kütüğü' ne malik olarak kayıtlı kişinin söz konusu aracın mülkiyetini elde ettiğini gösteren bir belge olduğunu ifade edilmektedir. Ayrıca Ruhsatnamenin bayrak çekme hakkını göstermesinden başka bir işlevi olmadığı belirtilmekte yine TTK'ndan farklı olarak tasdikname yerine ruhsatname kavramının kullanılmış olmasının kanun koyucunun farklı bir düzen getirme çabası olarak adlandırılmaktadır²⁰.

Rehin ve takyidatların, Bağlama Kütüğü 'ne kaydının mümkün olduğunu düzenleyen BKUY md. 10 hükmünün, Kütüğün, Sicil olarak kabul edilmesine yol açmaması gerektiği ifade edilmekte ve eski Yönetmelikte bu hüküm menkul rehini olarak yer aldığına işaret edilmektedir. Ayrıca bu görüşe göre buradaki rehin ibaresi Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerinde düzenlenen taşınır rehni olarak kabul edilmeli bunun yanı sıra sadece bilgi verme amacının güdüldüğü belirtilmektedir²¹. Dolayısıyla Bağlama Kütüğü' ne kayıtlı araçların rehininin TMK tabi olmaya devam edecek, BKUY md. 10 uyarınca yapılacak kayıt da rehin hakkının kazanılmasında herhangi bir işlevi olmayacaktır. Ancak Kütüğü sicil olarak kabul eden bir görüş ise bu rehinin gemi ipoteği olmadığını ancak TMK md. 940/II uyarınca sicilli taşınır rehini olduğunu ileri sürmektedir²².

V DEĞERLENDİRME

BAM 18. HD. uyuşmazlığa konu olan dubanın TTK uyarınca bir gemi olduğunu kabul etmiş ve bu duba üzerine kurulan rehnin, TTK md. 1014 vd. düzenlenen gemi ipoteği olduğunu kabul ederek ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.

Karar Yargıtaya taşınmış ve Yargıtay 12. HD., Bağlama Kütüğü 'nün TTK uyarınca bir Gemi Sicili olmadığını hüküm altına alarak duba üzerimde TTK uyarınca gemi ipoteği kurulamayacağını belirtmiştir.

Kanaatimizce Yargıtayın incelemesi ve verdiği karar yerindedir. Zira Bağlama Kütüğü 'nü ele alan 655 sayılı KHK'nde açıkça kütüğün oluşturulma amacının kayıt dışı gemilerin kayıt altına alınmasını ve izlenmesinin sağlanması olduğu belirtilmiş söz konusu yönetmelik sicil ve

²⁰ Süzel ve Işıklar (n 12) 59 vd.

²¹ Demir (n 12) 119; Sami Aksoy, "Türk Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü", iç Sabih Arkan edr, Fırat Öztan'a Armağan CI (Turhan Kitapevi 2010) 65, 102

²² Topsoy (n 13) 105; Kütüğün sicil olarak kabul etmeyen Yazıcıoğlu, sicilli taşınır rehininin kabul edilmeyeceğini Bağlama Kütüğü 'nün kapsamına giren araçların tümünün tescilinin kanunen zorunlu olmadığı bir sicil olduğunu vurgulamaktadır: Yazıcıoğlu (n 2) 119

tescil ibarelerine yer vermekten kaçınmıştır.

Ayrıca Kanun koyucunun ayrı bir sicil ihdas etmeyi arzu etmiş olması halinde bu durumu bir yönetmelikle değil kanun hükmü ile düzenlemesi gerekmekte yahut TTK'nın sicilleri ele alan hükümlerinde Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği'ne atıf yapması gerektiği kabul edilmelidir.

Nihai olarak Yargıtay isabetli olarak Bağlama Kütüğü 'ne kayıtlı gemiler üzerinde TTK uyarınca ipotek kurulamayacağını yönünde hüküm sevk etmiştir. Zira BKUY md. 10 TMK hükümlerinde düzenlenen taşınır rehnini belirtmektedir. Mezkûr madde rehinin kurulma şartlarından bahsetmemiş bilakis yalnızca bilgi verme amacıyla kaleme alınmıştır.

Yargıtay da isabetli olarak Bağlama Kütüğü 'nün TTK uyarınca bir gemi sicili olmadığından yola çıkarak bu Kütüğe kayıtlı gemiler üzerinde gemi ipoteğinin kurulamayacağını, kanun koyucunun BKUY'de TTK md. 996'da yer alan kurala istisna getirecek şekilde bir düzenlemeye gitmediğini belirtmiştir.

Savunulduğu gibi BKUY md. 10'nda yer alan "rehinlerin kütüğe kaydedilmesi" ibaresinde herhangi bir şekilde gemi ipoteği kavramı kullanılmadığından burada bahsedilen rehinin TMK'nda ele alınan taşınır rehini olduğu konusu da izahtan varestedir.

Ezcümle Bağlama Kütüğü Kanunda yer alan gemi sicillerinden biri olduğu kabul edilmemelidir. Kanunda düzenlenen gemi ipoteği yalnızca kanunda öngörülen gemi sicilleri üzerine tesis edilebildiğinden somut olayda Çeltikçioğlu 16 numaralı duba üzerinde gemi ipoteği tesis edilemeyeceği açık olduğundan Yargıtayın verdiği kararın yerinde olduğu kabul edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Olay, Çeltikçioğlu 16 Numaralı Dubada gemiye ilişkin bir ipotek kaydının yapılmasıyla başlamış, bu kaydın ödenmemesi sonucunda icra takibi gündeme gelmiştir. Borçlunun, söz konusu dubanın Bağlama Kütüğün de kayıtlı olduğunu belirterek takibin iptalini istemesi üzerine, ilk mahkeme bu talebi reddetmiştir. Ancak borçlu, bu karara itiraz ederek istinaf yoluna gitmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi, Çeltikçioğlu 16 Numaralı Dubanın Türk Ticaret Kanunu (TTK) çerçevesinde bir gemi olarak değerlendirildiğini belirterek, takip yolunun doğru olduğuna karar vermiştir. Fakat Yargıtay, Bağlama Kütüğü 'nün TTK'da belirtilen gemi sicilleri arasında olmadığını, bu nedenle üzerinde ipotek kurulamayacağını belirtmiştir. Yargıtay'ın bu kararıyla Bağlama Kütüğü 'nün gerçekten bir gemi sicili olmadığı ve bu nedenle ipotek tesisinin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

655 Sayılı KHK md. 43 ile "Türk Uluslararası Gemi Sicili 'ne tescilli olanlar ve Milli

Gemi Sicili 'ne tescili zorunlu olanlar dışında ticari veya özel kullanıma mahsus, gemi, deniz ve iç su araçlarının malik/işletenlerinin mezkûr gemi, deniz ve iç su araçlarını Bağlama Kütüğü 'ne kaydettirmelerinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Daha sonra 655 sayılı KHK'ya istinaden Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği çıkarılmış ve Türk Gemi Sicillerinden birine kayıtlı olmayan gemi, deniz, iç su araçlarının asayiş ve vergisel sebeplerle kontrol altına alınması amaçlanmıştır. Bundan mütevellit Kütüğe kaydedilecek gemi, deniz ve iç su araçları geniş bir yelpaze içerisinde sayılmıştır.

Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği düzenlemeleri ise öğretime eleştirilmiş Yönetmeliğin lafzının muğlak olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla Kütüğün bir, TTK anlamında bir gemi sicili sayılıp sayılmayacağı konusunda tartışma çıkmış ve öğretime görüşler iki temel eksen üzerinde toplanmıştır.

Karara konu olan Yargıtay'ın kararı ve öğretime baskın görüş, Bağlama Kütüğü 'nün kayıt ve takip amacıyla kurulduğunu, Yönetmeliği kaleme alanların sicil ve tescil ibarelerinden kaçındığını ayrıca getirilen düzenlemelerin güven ilkesinden ziyade bilgi vermek için kaleme alındığını ifade etmiştir.

Öğretime azınlık bir görüş ise Bağlama Kütüğü 'ne kayıt için liman başkanlıklarının sorumlu tutulması, hak sahipliği belgesinin düzenlenmesi, mülkiyetin nakli için tescil şartının aranması, kayıt ile birlikte Türk Bayrağı çekme hakkının kazanılması ve ruhsatname verilmesi, BKUY md. 10 uyarınca ihtiyati haciz, menkul rehlinin Bağlama Kütüğü 'ne kaydedilmesinden hareketle Bağlama Kütüğü 'nün bir sicil niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

Baskın görüş ise azınlık görüşün bu savunmalarına karşı çıkmakta ve Liman Başkanlıklarının sorumlu tutulmasının, devletin gemi sicilinden doğan sorumluluğu hükümlerine tabi olmadığını ayrıca kayıt bakımından özel bir itiraz prosedürünün düzenlenmediği, hak sahipliği belgesinin ispat amacıyla verildiğini yine Tasdikname yerine ruhsatname ibaresinin kullanılmasından hareketle Kütüğün sicil niteliğinde olmadığını ileri sürmektedir.

Kanaatimizce öğretime baskın görüşe üstünlük tanınmalı ve Bağlama Kütüğü 'nün, TTK anlamında bir gemi sicili olmadığı sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla da yalnız Türk Gemi Sicili 'ne kayıtlı gemiler üzerinde gemi ipoteği kurulabileceğini düzenleyen TTK md. 1014'ün ışığında Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği md. 14'ün "*Bağlama kütüğüne, rehin ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz yahut haciz kararları kaydedilir*" şeklindeki düzenlemesinin yalnızca aleniyeti sağlamak için kaleme alındığının kabul edilmesi ve Bağlama Kütüğü 'ne kayıtlı gemiler üzerinde TTK anlamında ipotek kurulamayacağının kabul edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aksoy S, “Türk Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü”, iç Sabih Arkan edr, Fırat Öztan’a Armağan CI (Turhan Kitapevi 2010) 65, 139.
- Algantürk Light D, ‘Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler’ (2009) 8 (16) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 49, 64.
- Atamer K, Gemilerin Eşya Hukuku (Onikilevha Yayınları 2012)
- Atamer K, Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi (2009) 15 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi, s. 297, 366.
- Aydın M, Gemilerin Kaydedilmesi ve Kayıtlarının Silinmesi (Filiz Kitapevi 2022)
- Bilgeç H, ‘Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri’ (2020) 22(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1, 55
- Demir İ, Deniz Ticareti Hukuku (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2023)
- Demir İ, ‘Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Düşünceler’, (2015) 64 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 170
- Kara H, Deniz Ticareti Hukuku (Onikilevha Yayınevi 2020)
- Kara H, Yatların Hukuki Durumu ve Deniz Turizmi (Adalet Yayınevi 2023)
- Karaarslan TA, “Sicile Kayıtlı Gemi Mülkiyetinin Devren İktisabı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Devren İktisabının Karşılaştırılması” (2023) 1 (1) Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 233, 269
- Nitelik MH, Türk Hukukunda Gemi İpoteği (Seçkin Yayınları 2022)
- Sevinç Kuyucu A, “Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar” (2017) 37 (2) Public And Private International Law Bulletin 689, 710
- Sözer B, Deniz Ticareti Hukuku I (6. Bası, Vedat Kitapevi 2022)
- Süzel C ve Işıklar GK, Bağlama Kütüğü ‘nün Hukuki Niteliğinin Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi” (2021) 4(1) Dehukam Deniz Hukuku Dergisi 33, 248
- Şeker Öğüz Z, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Gemi Mülkiyetinin Devrine İlişkin Getirilen Esaslar’ iç. Tufan Öğüz edr. Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (Filiz Kitapevi 2013)
- Topsoy F, Deniz Ticareti Hukuku I (Legal Yayınları 2020)
- Yavşan Y, ‘Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İç Su Araçları Üzerinde Sözleşmeye Dayanan Rehin Hakkının Kurulması’ iç. Bilgehan Çetiner, Abdullah Furkan Korkmaz

(Seçkin Yayınları 2023) s.557, 587

Yazıcıoğlu E, Kender – Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17. Bası, Filiz Kitapevi 2021)

Yetiş Şamlı K, Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması (Onikilevha 2021)



p-ISSN:2717-9621 - e-ISSN:2757-6752

LAW FACULTY JOURNAL OF TEKİRDAĞ NAMİK KEMAL UNIVERSITY